

PROCESSO - A. I. Nº 279757.3005/16-6
RECORRENTE - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0216-03/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0244-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A legislação tributária aplicável, nos casos de prestações sucessivas de serviço de transporte, atribui ao tomador dos serviços a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto devido, ficando expressamente excluída a responsabilidade do contribuinte substituído. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Acatada a alegação de decadência de parte do lançamento tributário, por ter ficado comprovado o pagamento do ICMS nos períodos considerados. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/16 para imputar ao contribuinte o cometimento de três infrações, todas objeto do Recurso, como a seguir descrito:

Infração 1 - falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.570,30, acrescido da multa de 60%, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de junho, agosto a outubro de 2011, fevereiro de 2012 e julho de 2013.

Consta, ainda, o seguinte: “Referente às aquisições de peças de manutenção, óleo lubrificante, produtos para tratamento de água, jaquetas, calças, conforme demonstrativo DIFAL 2011 a 2013, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte”;

Infração 2 - multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativamente a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente, nos meses de março de 2011, setembro e dezembro de 2013. Exigida a multa no valor de R\$1.505,76.

Consta, ainda, o seguinte: “Referente às entradas, em operações de transferências das filiais estabelecidas nos Estados de Minas Gerais, Pernambuco e São Paulo, de Nitrogênio líquido e Oxigênio líquido industrial, conforme demonstrativo Antecipação Parcial, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”;

Infração 3 - falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro a março e setembro de 2011, março, abril, julho e agosto de 2012 e março e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$57.335,71 acrescido da multa de 60%.

Consta, também, o seguinte: “Referente aos serviços contratados junto à Transtassi Ltda. nas saídas em operações de transferências de mercadorias para o Estado de Pernambuco, conforme demonstrativo Crédito

Indevido Fretes, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”.

A Junta de Julgamento decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

VOTO

O defensor suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que parte do crédito tributário exigido já se encontrava extinto por ter sido operado a decadência. Sustentou o autuado que a lavratura se consumou por meio da comunicação que ocorreu em 26/06/2016 e apontou, dentre outros, débitos com vencimentos no período de 15/02/2011 a 15/04/2011, os quais, segundo seu entendimento, por se tratar de lançamento por homologação, já havia transcorrido o interregno de cinco anos preconizado pelo §4º, do art. 150 do CTN.

De plano, saliento que no âmbito do CONSEF resta patente consoante reiteradas decisões sobre a matéria, o entendimento prevalecente é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, §4º, do CTN”. O que significa dizer que o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

No presente lançamento, à contrário senso, o resultado do levantamento fiscal apurou imposto não declarado e não pago ou diferença entre o declarado, o devido e o recolhido, implica dizer que não há pagamento a ser homologado, e neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN, in verbis:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Os fatos geradores atinentes à infração 03, objeto da autuação questionada pelo impugnante, ocorreram no período de 31/01/2011 até 31/12/2013, fl. 02,

Assim, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2011 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2016. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 27/06/2016, tendo como data de ciência 29/06/2016, nestas datas, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo.

Nestes termos, constato que não houve recurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto ao pedido do autuado de diligência, fica indeferido com base no art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, o Auto de Infração cuida de três infrações à legislação tributária do ICMS, consoante descrição circunstanciada enunciada no preâmbulo do relatório.

As infrações 01 e 02 não foram impugnadas pelo sujeito passivo, tendo, inclusive informado que já providenciou o pagamento, pedindo que sejam, na forma da lei, homologados os pagamentos realizados em relação às mencionadas infrações. Assim, considero procedentes os itens não impugnados, haja vista que não há lide a ser decidida.

A infração 03 cuida da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual intermunicipal efetuadas por Transportadora, consoante demonstrativo colacionado às fls. 12 a 23.

Em suas razões de defesa, o sujeito passivo concentrou seus argumentos quase que exclusivamente em torno da decadência do lançamento, aspecto já abordado no enfrentamento da preliminar suscitada. Eis que, adicionalmente em seus argumentos defensivos somente questionou a multa sugerida no Auto de Infração, aspecto que será abordado adiante.

Convém aviventar o enquadramento jurídico, na legislação do ICMS, no tocante à responsabilidade tributária pelo lançamento e recolhimento do ICMS transporte.

O instituto da substituição tributária no ICMS-Transporte é instituído no inciso V do art. 8º, da Lei nº 7.014/97, in verbis:

“Art. 8º- São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

V - o contratante de serviço ou terceiro que participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal.”

A responsabilidade por substituição do sujeito passivo no serviço de transporte é estatuídas pelos comandos do

art. 380, inciso II e pelo art. 382, ambos do RICMS-BA/97, e do art. 268 do RICMS-BA/12, vigente, à época dos fatos geradores do Auto de Infração. Estes dispositivos regulamentares estatuem expressamente que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS-Transporte recai sobre o contratante/tomador de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, estabelecem ainda que para a configuração da substituição da condição do sujeito passivo, a observação de duas condições, quais sejam: i) que o tomador fosse inscrito na condição de contribuinte normal; ii) que as prestações de serviços de transporte sejam sucessivas ou repetidas.

Nestes termos, além do acertado fundamento legal supra referido, constato que fica patente nos autos que a acusação fiscal afigura-se revestida de lastro constitutivo devidamente discriminada no demonstrativo de apuração e de débito elaborado pelos autuantes, colacionado às fls. 12 a 23, cuja cópia fora entregue ao autuado, fl. 34.

Em relação à multa de 60% indicada infração 03, saliento que a penalidade sugerida na autuação é a prevista para a irregularidade apurada, estando em total consonância com a tipificação expressa na alínea “e”, do inciso II, o art. 42, da Lei 7.014/96.

No que concerne ao argumento de que o percentual da multa sugerida de 60% seria abusivo, de caráter confiscatório e inconstitucional, observo que, em conformidade com o disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de redução da multa, sob o argumento de ter agido com boa-fé, observo que ser descabido o pleito nesta instância de julgamento administrativo fiscal, tendo em vista que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

No tocante à solicitação do defendente para que todas as futuras notificações sejam endereçadas preferencialmente à AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, a/c do Departamento Fiscal, na Av. das Nações Unidas, nº 11541, 19º e 20º andar, Brooklin Paulista, São Paulo/SP, CEP: 04.578-000, e também ao advogado Henrique Silva de Oliveira, OAB/BA nº 18.433, com endereço profissional na Rua Frederico Simões, 98, Ed. Advanced Trade, 15º andar, Caminho das Árvores, Salvador/BA - CEP 41.820-730, Tel: 55 71 2101-0550/ Fax: 55 71 2101-0551, e-mail henrique.oliveira@trigueirofontes.com.br, em nome de quem deverão ser veiculadas as eventuais publicações na imprensa oficial, observo que inexiste qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretaria deste CONSEF. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão de Primeira Instância, interpôs Recurso Voluntário, requerendo, inicialmente, a declaração de decadência de parte do débito, afirmando o seguinte: “considerando que a fiscalização, que ensejou a autuação ora combatida ocorreu em 28.6.2016, pela regra estabelecida pelo código tributário nacional todos os períodos anteriores à 30.6.2011 estão decaídos, restando impossibilitada esta fazenda estadual de lançar de ofício eventual diferença apurada, e forçar a aplicação da regra geral, a qual frisa-se, no caso em tela inaplicável comporta, é verdadeiro malabarismo tributário, para aumentar a arrecadação”.

Alega que, “conforme demonstrado na defesa apresentada, apresentou a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), conforme recebido de nº 3327473, referente ao período dos fatos geradores ocorridos em janeiro de 2011, nº 3394526, referente a fevereiro de 2011, e nº 3459858 referente ao mês de março de 2011, constando a escrituração dos serviços contratados discriminados nas planilhas informados pelo próprio fisco” e, além disso, “os livros de registro de entrada, de cada período citado anteriormente, de controle da própria empresa, demonstram os exatos valores que foram informados na DMA”.

Acrescenta que, “com a entrega da DMA, o fisco toma conhecimento do fato gerador no momento da escrituração da Nota Fiscal de Serviço, no campo de transporte, onde é informado que a modalidade do frete é por conta do Destinatário (AIR LIQUIDE), indicando para tanto em sua obrigação acessória a transportadora TRANSTASSI LTDA, que por consequência emite o conhecimento de transporte rodoviário de cargas, em que uma das vias serve para fins de controle do fisco do destino, o qual gera outro meio instrumental para que o fisco tenha

conhecimento do serviço prestado e sendo assim, do fato gerador”.

Diante disso, afirma que, “*seja pela obrigação acessória, incumbência da AIR LIQUIDE, seja pela obrigação acessória incumbência da TRANSTASSI LTDA, quando da emissão do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, é que fica demonstrada a impossibilidade do fisco estadual alegar desconhecimento da atividade da empresa”.*

Conclui que, “*dante deste cenário, em que o fisco estadual, possuía vários meios para ciência da operação, é que se constata que a AIR LIQUIDE é fiel ao cumprimento do disposto no caput do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que o lançamento por homologação opera-se pelo ato em que a autoridade, toma ciência da operação realizada, exercida pelo obrigado, expressamente homologa, o que deveria ser seguido pela SEFAZ/BA, e que não foi observado”.*

Aduz, por fim, que, “*por onde quer que se analise a demanda, melhor sorte não assiste à Autuante, restando consubstanciada que a exigência fiscal formalizada carece de liquidez e certeza, o que impõe a evidente necessidade de seu cancelamento”.*

Argumenta que as multas indicadas no lançamento de ofício são confiscatórias “*em plena afronta ao disposto no artigo 150, IV da Constituição Federal, isto porque o montante arbitrário de 60% (sessenta por cento) sobre o valor do imposto é demasiadamente alto*”, razão pela qual “*pugna pela aplicação do artigo 918 do RICMS e do RPAF, no sentido de eximir, ou ao menos reduzir equitativamente o valor imputado a título de multa*”.

Por último, requer o reconhecimento da decadência da exação relativa “*aos períodos anteriores a 30.6.2011*”; o cancelamento da “*penalidade aplicada, em razão da nulidade em sua imposição, e pelo manifesto caráter confiscatório*”; a conversão do julgamento em diligência, caso este Colegiado entenda necessário, “*para ampla análise da documentação apresentada*”; o envio das intimações “*preferencialmente à AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., a/c do Departamento Fiscal, na avenida das Nações Unidas, nº 11541, 19º e 20º andar, Brooklin Paulista, São Paulo/SP, CEP 04.578-000, e também ao advogado Henrique Silva de Oliveira, OAB/BA nº 18.433, com endereço profissional na Rua Frederico Simões, 98, Ed. Advanced Trade, 15º andar, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41.820-730, Tel 55 71 2101-0550/Fax 55 71 2101-0551, e e-mail Henrique.oliveira@trigueirofontes.com.br, em nome de quem deverão ser veiculadas as eventuais publicações na imprensa oficial, tudo sob pena de nulidade, à luz das disposições da LPAF e do RPAF*”.

Consta às fls. 209 e 210, demonstrativo do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT indicando o pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte do lançamento de ofício.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em face da Decisão da Primeira Instância que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS e multa em razão de três infrações:

1. infração 1 - falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições interestaduais de mercadorias oriundas destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de junho, agosto a outubro de 2011, fevereiro de 2012 e julho de 2013;
2. infração 2 - multa percentual (60%) sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para posterior comercialização, nos meses de março de 2011, setembro e dezembro de 2013;
3. falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro a março e setembro de 2011, março, abril, julho e agosto de 2012 e março e dezembro de 2013.

Inicialmente, indefiro a solicitação de diligência formulada pelo recorrente, porque, a meu ver, já se encontram no processo todos os documentos necessários ao deslinde da causa, ao teor do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99. Ademais, cabia ao sujeito passivo, por ter a sua posse, trazer aos autos as contraprovas de que dispunha para elidir a acusação fiscal.

O autuado, *en passant*, suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que “*carece de liquidez e certeza, o que impõe a evidente necessidade de seu cancelamento*”. Contudo, não pode ser acolhido o pleito, considerando que as descrições das infrações e seu enquadramento não deixam margem a dúvidas quanto aos fatos imputados ao contribuinte.

O sujeito passivo requereu, ainda, o reconhecimento da decadência dos fatos geradores ocorridos no período anterior a 30/06/11, com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação e declarou ao Fisco, mediante a apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), os valores dos serviços contratados à transportadora TRANSTASSI, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2011, e, portanto, “*com a entrega da DMA, o fisco toma conhecimento do fato gerador no momento da escrituração da Nota Fiscal de Serviço, no campo de transporte, onde é informado que a modalidade do frete é por conta do Destinatário (AIR LIQUIDE), indicando para tanto em sua obrigação acessória a transportadora TRANSTASSI LTDA, que por consequência emite o conhecimento de transporte rodoviário de cargas, em que uma das vias serve para fins de controle do fisco do destino, o qual gera outro meio instrumental para que o fisco tenha conhecimento do serviço prestado e sendo assim, do fato gerador*”.

Concluiu que, “*diante deste cenário, em que o fisco estadual, possuía vários meios para ciência da operação, é que se constata que a AIR LIQUIDE é fiel ao cumprimento do disposto no caput do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que o lançamento por homologação opera-se pelo ato em que a autoridade, toma ciência da operação realizada, exercida pelo obrigado, expressamente homologa, o que deveria ser seguido pela SEFAZ/BA, e que não foi observado*”.

Sobre o assunto, vale ressaltar que, recentemente, houve uma mudança radical no posicionamento da PGE/PROFIS relativamente à decadência, o que foi acatado pelo CONSEF, em decorrência da revogação do §5º do artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do cumprimento do teor da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal.

A referida Súmula Vinculante nº 8 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/08 e publicada no Diário Oficial da União de 20/06/08 – declarou a inconstitucionalidade de legislação federal que dispunha sobre a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento, baseado em diversos precedentes judiciais, de que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária e, portanto, deve ser aplicado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional. Eis o texto da referida Súmula: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*”.

Merece destaque o que disse a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, em Parecer exarado nos autos do processo administrativo fiscal oriundo do Auto de Infração nº 269200.0333/12-4, e chancelado pelo Procurador Chefe daquele órgão: “*em data recente, nos autos do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, esta Procuradoria Fiscal reviu seu entendimento acerca do tema, para estabelecer que deve ser contado o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas*”.

Sendo assim, percebe-se que, diante desse novo posicionamento, não basta o mero lançamento nos livros fiscais ou em declarações de informações fiscais, como deseja o recorrente, para se aplicar o prazo decadencial previsto no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional. Faz-se necessário que o contribuinte tenha recolhido, pelo menos, parte do ICMS devido nos períodos considerados, o que restou comprovado em todos os meses do exercício de 2011, como se verifica

no sistema de processamento de dados da Secretaria da Fazenda (Arrecadação por Receita) e na Relação de DAEs acostada à fl. 27 dos autos.

Por conseguinte, há de se reconhecer, com o apoio do representante da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento, a decadência do débito referente aos meses de junho de 2011 (infração 1), março de 2011 (infração 2) e de janeiro a março de 2011 (infração 3).

O mérito das imputações não foi abordado pelo sujeito passivo em seu apelo recursal e, portanto, deve ser mantida a Decisão recorrida no período não alcançado pela decadência.

Por fim, não pode ser acatado o argumento recursal, de que as multas são confiscatórias, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, inciso II, alíneas “d”, “e” e “f”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96 e não compete a este órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Também não há como atender ao pedido do recorrente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Saliento que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas “à AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., a/c do Departamento Fiscal, na avenida das Nações Unidas, nº 11541, 19º e 20º andar, Brooklin Paulista, São Paulo/SP, CEP 04.578-000, e também ao advogado Henrique Silva de Oliveira, OAB/BA nº 18.433, com endereço profissional na Rua Frederico Simões, 98, Ed. Advanced Trade, 15º andar, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41.820-730, Tel 55 71 2101-0550/Fax 55 71 2101-0551, e e-mail Henrique.oliveira@trigueirofontes.com.br , em nome de quem deverão ser veiculadas as eventuais publicações na imprensa oficial, tudo sob pena de nulidade, à luz das disposições da LPAF e do RPAF”. Entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, desde que as notificações dirigidas ao contribuinte obedeçam aos requisitos previstos no artigo 108 do RPAF/99.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para excluir apenas os débitos referentes ao mês de junho de 2011 da infração 1 e ao mês de março de 2011 da infração 2, devendo ser homologados os valores recolhidos, conforme os documentos juntados às fls. 209 e 210 dos autos.

VOTO DISCORDANTE

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento da ilustre Relatora, quanto à sua Decisão de reconhecer a decadência do débito referente aos meses de janeiro a março de 2011 da infração 3, sob a justificativa de que o contribuinte recolheu, pelo menos, parte do ICMS devido nos períodos considerados, como se verifica no sistema de processamento de dados da Secretaria da Fazenda (Arrecadação por Receita) e na Relação de DAEs acostada à fl. 27 dos autos.

Sustenta a Conselheira Relatora que o fato de haver algum recolhimento por parte do contribuinte já caracteriza recolhimento a menor o que deslocaria o prazo decadencial para a regra estipulada no §4º do art. 150 do CTN, ou seja, o marco inicial passa a ser o fato gerador da operação.

Contudo, divirjo deste entendimento pelo fato de que o imposto exigido na terceira infração se trata de falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, ou seja, de imposto de terceiros e pior, apurado à parte do ICMS normal do contribuinte substituto, em DAE separado e em momento diverso ao imposto recolhido pelo contribuinte decorrente de suas próprias operações comerciais.

Conforme se pode comprovar no art. 332, inciso I, do RICMS/BA, o recolhimento do ICMS ocorrerá

até o dia 9 do mês subsequente, quando:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

- a) ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto;*
- b) quando o termo final do diferimento for a entrada da mercadoria no estabelecimento do responsável, porém mediante documento de arrecadação distinto;*
- c) ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto, na condição de responsável solidário, em relação às aquisições de mercadorias efetuadas junto a contribuintes não inscritos no cadastro;*

Por outro lado, no inciso XIII do mesmo dispositivo legal, o recolhimento do ICMS ocorrerá até o dia 15 do mês subsequente, quando:

[...]

XIII - até o dia 15 do mês subsequente:

- a) ao da saída de mercadorias sujeitas a substituição tributária por retenção;*
- b) ao da prestação de serviço de transporte em que seja atribuída a terceiro a responsabilidade pela retenção do imposto;*

Logo, não há como contaminar o recolhimento do imposto normal do contribuinte com o de sua responsabilidade na condição de substituto tributário, apurado e recolhido em momento diverso, para se concluir que houve recolhimento a menos do imposto, **sequer retido**, e deslocar o marco inicial do prazo decadencial ao fato gerador, para reconhecer a decadência e excluir os débitos referentes aos meses de janeiro a março de 2011 da infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.3005/16-6, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.850,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$1.400,46**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos, conforme os documentos juntados às fls. 209 e 210.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Tiago de Moura Simões, Ildemar José Landin, José Carlos Barros Rodeiro e Paulo Sérgio Sena Dantas.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS