

PROCESSO - A. I. Nº 123624.3004/16-7
RECORRENTE - STRATURA ASFALTOS S.A. (I.A.S.A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0045-02/17
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 19/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0395-12/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. Diante da legislação vigente e segundo o disposto no art. 353, § 3º, do RICMS/97 e o correspondente art. 289, § 3º do RICMS/2012, o substituto tributário nas saídas internas de asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo (CAP) é o contribuinte localizado no território da Bahia que adquirir o produto junto à refinaria de petróleo. Assim, esses produtos estão na ST interestadual por força das disposições do Convênio ICMS 74/94, com a indicação das respectivas NCM's (Item VI, do Anexo Único), sendo que está lastreado nos dispositivos citados. Impossibilidade de exigir a antecipação parcial nas aquisições de asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo. Infração descaracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade e de decadência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão 2ª JJF nº. 0045-02/17 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2016, para exigir o valor de R\$167.414,21, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 07.01.03: “Multa percentual sobre o Imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.”. Fato ocorrido nos meses de junho, agosto e novembro de 2011 e fevereiro, março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2012.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente, após as seguintes considerações:

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, pois, caso fosse aplicável a antecipação exigida, o autuante não considerou a efetiva data de pagamento do tributo, o qual poderia ter sido realizado até o dia 25 do mês subsequente, sem incidência de multa.

Afasto essa arguição de nulidade, uma vez que no presente Auto de Infração não se está exigindo o imposto que não teria sido recolhido pelo autuado no momento previsto na legislação. O presente lançamento de ofício trata da aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, c/c o §1º do mesmo artigo e lei, quando se constata a falta de recolhimento de imposto por antecipação, mas restar comprovado o recolhimento do imposto na operação de saída posterior. No caso em análise, as operações de saídas efetuadas pelo defendente foram tributadas normalmente, apesar de o produto em tela estar enquadrado no regime de substituição tributária.

Na sessão de julgamento, o patrono do autuado suscitou a nulidade do lançamento em razão de equívoco no enquadramento legal da infração. Todavia, não há razão para a nulidade suscitada, uma vez que o enquadramento legal está correto e a descrição do fato imputado ao autuado é clara e precisa. Ressalto que, no caso em análise, um eventual equívoco no enquadramento não seria motivo para nulidade, já que pela descrição clara e precisa do fato deixa evidente o enquadramento, tudo nos termos do art. 19 do RPAF-BA/99.

Ainda em sede de preliminar, foi arguida a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no mês de junho de 2011, tendo em vista que a notificação do lançamento ocorreu em 15 de julho de 2016. Afirma que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do §4º do art. 150 do CTN, uma vez que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação. Para embasar seus argumentos, cita jurisprudência.

Afasto essa arguição de decadência, pois a homologação tácita prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em comento, não há o que se falar em pagamento antecipado do imposto, uma vez que a infração imputada ao autuado se refere a descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de pagamento da antecipação tributária, pela qual foi aplicada multa. A jurisprudência citada na defesa trata de situações referentes a inobservância de obrigação principal, quando se pode observar se o imposto foi pago, ainda que a menos.

Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2011, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/16 para constituir o crédito tributário. Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/16, não ocorreu a decadência arguida na defesa.

Conforme já relatado, no Auto de Infração o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS devido por antecipação tributária, na condição de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de cimento asfáltico de petróleo (NCM 2713), proveniente de outra unidade da Federação e destinado à comercialização, lançado em sua escrita sob o CFOP 2102 e vendido na mesma condição. Em consequência dessa irregularidade, foi aplicada a multa equivalente a 60% do imposto não recolhido no momento previsto, mas pago na operação de saída posterior.

Visando elidir a autuação, o defendente sustenta que nas operações interestaduais com cimento asfáltico, NCM 2713, o seu estabelecimento assumia a condição de sujeito passivo por substituição, por força do previsto no §2º da cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94, com a redação vigente à época dos fatos. Ressalta que, nos termos do art. 355 do RICMS-BA/97, não seria realizada a antecipação tributária, seja por retenção ou antecipação, sobre a mercadoria adquirida em operação interestadual, quando o substituto tributário fosse o adquirente. Conclui que, assim, a autuação não procede.

Prevê o artigo 8º, inciso II, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, que o contribuinte alienante neste Estado das mercadorias constantes no Anexo I dessa lei é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, exceto na hipótese de já ter recebido as mercadorias com o imposto antecipado.

Considerando que no caso em análise, o cimento asfáltico de petróleo (NCM 2713) não tinha sido recebido com o imposto pago antecipadamente, pois, por força do §2º da cláusula primeira do Conv. ICMS 74/94, o remetente estava desobrigado a efetuar a retenção do imposto, cabia ao autuado efetuar o pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, o que não foi feito conforme consta na autuação.

Em perfeita conformidade com a Lei nº 7.014/96, o RICMS-BA/97 no §3º do art. 353 previa que “Nas saídas de asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo, classificados nos códigos 2715.00.00 e 2713 da Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH, caberá ao contribuinte que adquirir o produto junto à refinaria de petróleo o lançamento e pagamento do imposto referente às operações subsequentes”. Nesse mesmo sentido e com idêntica redação dispunha o § 3º do art. 289 do RICMS-BA/12, parágrafo que vigeu até 03/02/15.

Efetivamente, a legislação baiana prevê que na hipótese de existência de convênio ou protocolo estabelecendo o regime de substituição tributária, o ICMS a ser retido deverá ser calculado conforme o respectivo acordo interestadual. Todavia, esse argumento defensivo não se mostra capaz de alterar a autuação, pois a exigência fiscal cobrada no Auto de Infração em tela é referente às operações internas subsequentes que ocorrerão neste Estado e, além disso, a cláusula oitava do Convênio ICMS 74/94 expressamente prevê que “Os Estados signatários adotarão o regime de substituição tributária também para as operações internas, inclusive de importações, com as mercadorias de que trata este Convênio”.

Tendo em vista o regramento citado acima, o previsto no art. 355, II, do RICMS-BA/97, não socorre o autuado, haja vista que a Lei nº 7.014/96 expressamente prevê a antecipação do imposto na situação em comento.

Apesar de o autuado ter deixado de recolher o imposto por antecipação, consta no lançamento de ofício que as saídas posteriores do cimento asfáltico foram tributadas normalmente. Nessa situação, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, conforme consta no Auto de Infração em comento.

Em face ao exposto, a infração imputada ao autuado é subsistente e, em consequência, é cabível a multa indicada no Auto de Infração.

A multa de 60% indicada na autuação é a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade descrita no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade desse dispositivo legal, conforme prevê o art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Não há com acolher o pedido de afastamento, ou mesmo de redução, da multa indicada na autuação, pois o procedimento irregular do autuado causou prejuízo ao erário estadual, uma vez que não foi recolhido no prazo regulamentar, uma das condições exigidas no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para a redução ou dispensa de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto ao pedido para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas em nome do advogado Sidnei Humberto Pedrosa Oliveira, OAB/SP 222.656, no endereço citado na defesa, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém o não atendimento não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no art. 108 do RPAF-BA/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 78/113, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

Inicialmente, aduz que: *(como é cediço) não existe preclusão relativamente a razões de direito, vez que: (i) é um dever empírico do julgador conhecer o direito; (ii) em razão do Princípio da Legalidade Estrita, é defeso à Administração Tributária exigir qualquer obrigação fiscal sem haver base legal específica; e, (iii) em razão do Princípio da Moralidade Pública, é vedado exigir qualquer débito fiscal sabidamente indevido – até porque essa possibilidade constituiria enriquecimento ilícito.*

Preliminarmente pede a nulidade da decisão de Primeira Instância, pois ela *encontra-se maculada, em razão da absoluta ausência de manifestação quanto a ponto específico constante da peça impugnatória protocolizada pela Recorrente, a saber: “IV.3 - Prazo De Recolhimento”.* A falta de análise do ponto acima citado corresponde a uma verdadeira supressão de instância, a qual resulta em preterição do direito de defesa da Recorrente, a qual, por sua vez, é veementemente combatida pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

Dessa feita, face aos argumentos acima elencados, a Recorrente espera que esta E. Câmara de Julgamento determine a nulidade da decisão de primeira instância para que outra seja proferida, nos moldes da legislação aplicável, salvo se aplicável disposto no parágrafo único do art. 155, do Decreto nº 7.629/99.

Em sua peça impugnatória, a Recorrente explicitou que o lançamento ora guerreado somente lhe foi notificado em 15 de julho de 2016 e que, portanto, os fatos geradores ocorridos anteriormente a 14 de julho 2011 estariam fulminados pela decadência. Isso porque, observando-se a diferença entre a data da primeira ocorrência constante do Auto de Infração (30.06.2011) e a efetiva notificação do Auto de Infração ora combatido, denota-se o transcurso de prazo superior a cinco anos, previsto pelo art. 154, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

Inclusive, conforme há tempos pacificado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando da publicação da Súmula Vinculante nº 08, a entrega de declaração, por parte da Recorrente, constitui o crédito tributário, sem a necessidade de qualquer outro tipo de providência por parte do Fisco. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação declarado e não pago, o Fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do respectivo crédito.

Portanto, a Recorrente espera que, no que tange os fatos geradores ocorridos anteriormente a 15 de julho 2011, o lançamento seja considerado decaído.

Em apertada síntese a Recorrente repete suas alegações recursais.

No mérito destaca a Inaplicabilidade Do Instituto Da Antecipação Tributária. Conforme antecipado, por meio do Auto de Infração ora combatido, pretende-se exigir multa (60% do valor do tributo) pela ausência de pagamento de ICMS supostamente devido por antecipação tributária, relativamente às aquisições de cimento asfáltico de petróleo (NCM 2713), remetido por outras unidades da Federação.

Inicialmente, deve-se frisar que, em momento algum, a i. Autoridade Fiscal contesta o fato de o tributo ter sido totalmente recolhido aos cofres públicos, mas exige multa por ausência de pagamento antecipado, ou seja, quando do recebimento da mercadoria

Afirma que; Autoridade Fiscal partiu da premissa (*data maxima venia*) equivocada de que a Recorrente estaria obrigada a recolher antecipadamente o ICMS incidente sobre as aquisições de produtos, com fulcro na seguinte capitulação legal: artigo 2º, 50, 61, inc. II, “a”, 125, inciso II, alínea “b”, 352, inciso I e II, § 1º e 3º, 353, inciso I e II, 371 e § 3º do artigo 938, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e art. 8º, inciso II e § 3º, art. 23 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Assevera que: *o i. Auditor Fiscal simplesmente desconsiderou o fato de que não se aplica o instituto da antecipação tributária, seja por retenção ou por antecipação, sobre a mercadoria adquirida em operação interestadual, quando o substituto tributário for o adquirente.*

Explica que a antecipação tributária ocorre quando se opera a substituição tributária em relação às operações subseqüentes, uma vez que a lei determina que um contribuinte recolha o imposto incidente em operações futuras, que ainda não correram de fato. Transcreve o disposto no art. 352 do RICMS-BA/97 e, em seguida, afirma que a expressão “antecipação do lançamento” abrange tanto a “substituição tributária por antecipação” (ou substituição tributária por retenção) quanto a “antecipação tributária propriamente dita” (ou substituição tributária por antecipação). Pontua que, na substituição tributária por retenção, cabe ao fornecedor incluir em sua nota fiscal o montante referente ao ICMS das operações subseqüentes e, neste caso, o fornecedor exige do adquirente o imposto que seria devido pelo próprio adquirente no momento da saída desta mercadoria. Já nos casos da substituição tributária por antecipação cabe ao adquirente da mercadoria calcular e recolher o tributo devido nas operações subseqüentes.

Aduz que as hipóteses de substituição tributária por antecipação encontram-se expressamente previstas na legislação e referem-se às operações de entrada, no território da Bahia, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior. Menciona que as hipóteses em questão estão taxativamente listadas no art. 125, II, “b”, do Decreto nº 6.284/97 (RICMS-BA/97) e no art. 332, III, do Decreto nº 13.780/12 (RICMS-BA/12), dentre as quais se encontram “*mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes*” – dispositivos adotados pelo autuante no intuito de capitular a infração imputada ao defendente. Transcreve dispositivos do RICMS-BA/97 e do RICMS-BA/12 constantes na capitulação legal do Auto de Infração.

Diz que no caso em análise, ao efetuar o lançamento fiscal, o autuante não se atentou à própria legislação do Estado da Bahia, pois nos termos do art. 355, do RICMS-BA/97, não será realizada a antecipação tributária, seja por retenção ou antecipação, sobre a mercadoria adquirida em operação interestadual, quando o substituto tributário seja o adquirente.

Ressalta que as operações interestaduais do produto “*cimento asfáltico de petróleo, NCM-2713 (produzido em sistema de refino de petróleo)*”, à época dos fatos geradores, encontrava-se sob a

égide do Convênio ICMS 74/94, o qual previa que “*o sujeito passivo por substituição é o estabelecimento destinatário, relativamente às operações subsequentes*”. Reproduz o previsto na cláusula primeira, §2º, desse citado Convênio e, em seguida, frisa que não resta dúvidas de que no caso em análise o substituto tributário é o adquirente (Stratura Asfaltos S.A.), pois, esta condição está descrita no Convênio ICMS 74/94, o qual foi recepcionado pelo Estado da Bahia no art. 353 do RICMS-BA/97, cujo teor transcreveu.

Assevera que, no caso específico do asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo, classificados nas NCM 2715.00.00 e 2713, o autuado, na condição de adquirente do produto junto à refinaria, é o substituto tributário e, portanto, consoante determinado pelas normas supra transcritas, a antecipação tributária somente deve ser efetuada quando ocorra a alienação da mercadoria adquirida da refinaria.

Salienta que, nos termos da legislação do próprio Estado da Bahia, na hipótese de existência de convênio ou protocolo estabelecendo o regime de substituição tributária entre o Estado de procedência da mercadoria e o Estado da Bahia, o ICMS a ser retido deverá ser calculado conforme os termos do acordo interestadual.

Aduz que o art. 352, § 2º, II, do RICMS-BA/97, quando disciplinou a substituição tributária por antecipação, fez menção ao inc. II, do art. 125, do mesmo Regulamento. Transcreve esses citados dispositivos regulamentares e, em seguida, sustenta que não resta dúvida de que o instituto da antecipação tributária somente pode ser aplicado às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, previstas em convênio ou protocolo, procedentes de outra unidade da Federação, nos casos em que o fornecedor, na qualidade de substituto tributário, não fizer a antecipação tributária por retenção.

Diz que a substituição tributária por antecipação somente deveria ser aplicada pelo adquirente (Stratura/BA) se, em uma situação hipotética, o fornecedor (Refinaria - REGAP/MG) fosse o substituto tributário e não tivesse aplicado o ICMS-ST em sua nota fiscal de venda. Destaca que, no entanto, no caso em exame, a situação real é inversa: a substituição tributária foi atribuída ao adquirente junto a refinaria e, portanto, somente pode ser aplicada no momento da alienação da mercadoria, conforme previsto no Convênio ICMS 74/94 c/c item “1”, alínea “i”, inciso II, do artigo 125, do RICMS-BA/97. Aduz que a mesma lógica se aplica ao RICMS-BA/12, do qual reproduz o disposto no art. 33, III, “g”, “1”, bem como o art. 295. Afirma que, desse modo, não resta dúvida quanto à ilegalidade da exação fiscal descrita no Auto de Infração.

Ressalta que o lançamento tributário de ofício também contém vício que o tornaria nulo caso fosse aplicável a antecipação exigida no lançamento de ofício, pois, nos termos da legislação de regência, o recolhimento da antecipação deve ser efetuado no ato da entrada da mercadoria. Todavia, nas operações em comento o imposto relativo à antecipação pode ser recolhido até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Reproduz o disposto no art. 125, §7º, I a IV, do RICMS-BA/97, bem como no art. 332, §2º, I a IV, do RICMS-BA/12, frisa que preenchia os requisitos necessários para fazer jus ao diferimento do pagamento e, em seguida, diz que em nenhum momento o autuante comprova que o impugnante não teria efetuado o pagamento até o vigésimo quinto dia posterior à entrada da mercadoria.

Assevera que, mesmo que se aplicasse a antecipação no caso concreto, o que frisa admitir apenas para fins de debate, o lançamento estaria viciado, uma vez que o autuante não considerou a efetiva data de pagamento do tributo, o qual poderia ter sido realizado até o dia 25 do mês subsequente, sem qualquer incidência de multa.

Finaliza argüindo que a multa aplicada pelo autuante possui nítido caráter confiscatório. Transcreve o disposto no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e, em seguida, reitera que é evidente o caráter confiscatório da penalidade aplicada, de modo que a sua cobrança deve ser afastada, conforme orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual cabe a aplicação do

art. 150, IV, da Constituição Federal. Cita jurisprudência para embasar sua tese.

Por fim, requer:

1. *Em face de todo o exposto, a Recorrente requer a reforma do Acórdão nº 0045-02/17, exarado pela Segunda Junta de Julgamento Fiscal, para que seja determinada o cancelamento integral do Auto de Infração nº 123624.3004/16-7, ante os fundamentos supra aduzidos e, conseqüentemente, a extinção dos créditos tributário e não-tributário constituídos em favor da Fazenda Estadual.*
2. *A Recorrente se reserva o direito de apresentar todos os meios de prova admissíveis, em atenção ao princípio da verdade material.*
3. *Por derradeiro, requer, em cumprimento ao art. 106, I e II do Novo CPC, que todas as publicações e intimações sejam feitas em nome da Advogada Lidiane Leles Parreira Costa, OAB 24165/GO, com escritório na cidade de São Paulo, na Avenida Paulista nº. 1754, 7º andar, Cerqueira César, CEP 01310-200, Tel.: (11) 3513-4240.*

VOTO

Temos sob apreciação, Recurso Voluntário interposto em face da decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lançado pelo suposto cometimento de uma infração, referente à “*Multa percentual sobre o Imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.*”. Fato ocorrido nos meses de junho, agosto e novembro de 2011 e fevereiro, março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2012.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário.

Em relação à nulidade da decisão de primeira instância, a Recorrente argúi em sua peça impugnatória que a decisão encontra-se maculada, em razão da absoluta ausência de manifestação quanto a ponto específico constante da peça impugnatória protocolizada pela Recorrente, a saber: “IV.3 - Prazo De Recolhimento”.

Conclui que a falta de análise do ponto acima citado corresponde a uma verdadeira supressão de instância, a qual resulta em preterição do direito de defesa da Recorrente, a qual, por sua vez, é veementemente combatida pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

Da análise dos fólios processuais entendo que tal argumento não deve prosperar, pois o Relator de primeira instância relata as alegações da Recorrente à fl.57 do PAF e em seu voto na fl. 59 que transcrevo abaixo:

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, pois, caso fosse aplicável a antecipação exigida, o autuante não considerou a efetiva data de pagamento do tributo, o qual poderia ter sido realizado até o dia 25 do mês subsequente, sem incidência de multa.

Afasto essa arguição de nulidade, uma vez que no presente Auto de Infração não se está exigindo o imposto que não teria sido recolhido pelo autuado no momento previsto na legislação. O presente lançamento de ofício trata da aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, c/c o §1º do mesmo artigo e lei, quando se constata a falta de recolhimento de imposto por antecipação, mas restar comprovado o recolhimento do imposto na operação de saída posterior. No caso em análise, as operações de saídas efetuadas pelo defendente foram tributadas normalmente, apesar de o produto em tela estar enquadrado no regime de substituição tributária.

Na sessão de julgamento, o patrono do autuado suscitou a nulidade do lançamento em razão de equívoco no enquadramento legal da infração. Todavia, não há razão para a nulidade suscitada, uma vez que o enquadramento legal está correto e a descrição do fato imputado ao autuado é clara e precisa. Ressalto que, no caso em análise, um eventual equívoco no enquadramento não seria motivo para nulidade, já que pela descrição clara e precisa do fato deixa evidente o enquadramento, tudo nos termos do art. 19 do RPAF-BA/99.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o

direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais à demonstração da infração, objeto do presente Recurso Voluntário.

Desta forma afastou a preliminar de nulidade.

Quanto à arguição decadência, suscitada pelo Recorrente, que fulminaria parcialmente com o lançamento exigido mês de junho de 2011, no valor de R\$ 15.708,04, feitas as considerações iniciais e valendo-me do disposto no art. 155, § único, do RPAF/99, que diz que: *"quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta"*, passo à análise fulcral do lançamento.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas: no art. 42, II, alínea "d" e §1º da Lei nº 7.014/96.

No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que nos termos do art. 125, I, da Lei nº 5.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Com relação ao mérito, teço as seguintes considerações:

A Recorrente defende em sua peça recursal que nas operações interestaduais com cimento asfáltico, NCM 2713, o seu estabelecimento assumia a condição de sujeito passivo por substituição, por força do previsto no §2º da cláusula primeira do Convênio ICMS 74/94, com a redação vigente à época dos fatos. Sendo assim, nos termos do art. 355 do RICMS-BA/97, não seria realizada a antecipação tributária, seja por retenção ou antecipação, sobre a mercadoria adquirida em operação interestadual, quando o substituto tributário fosse o adquirente. Conclui que, assim, a autuação não procede.

Constato da legislação aplicável, mas precisamente o RICMS-BA/97 no §3º do art. 353 previa que:

"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

§ 3º Nas saídas de asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo, classificados nos códigos 2715.00.00 e 2713 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL - Sistema Harmonizado - NCM/SH, caberá ao contribuinte que adquirir o produto junto à refinaria de petróleo o lançamento e pagamento do imposto referente às operações subseqüentes.

Nota: A redação atual do § 3º do art. 353 foi dada pela Alteração nº 143 (Decreto nº 12551, de 20/01/11, DOE de 21/01/11), efeitos a partir de 21/01/11.

Redação anterior dada ao § 3º do art. 353 pela Alteração nº 13 (Decreto nº 7691, de 03/11/99, DOE de 04/11/99), efeitos de 04/11/99 a 20/01/11:

"§ 3º Nas saídas de asfalto diluído de petróleo - NCM 2715.00.00, caberá ao contribuinte que adquirir o produto junto à refinaria de petróleo o lançamento e pagamento do imposto referente às operações subseqüentes."

Redação originária, efeitos até 03/11/99:

"§ 3º Nas saídas de asfalto diluído de petróleo, observar-se-á o disposto no § 5º do art. 512."

Ao compulsar o PAF, verifico que, o próprio autuante declarou no corpo do Auto de Infração que a empresa autuada desenvolve atividade industrial que produz Asfalto Diluído (NCM 2715), produto resultante da diluição do Cimento Asfáltico (CAP) por destilação leve de petróleo.

Com base na legislação retro citada, acolho o argumento defensivo de que a legislação baiana prevê que na hipótese de existência de convênio ou protocolo estabelecendo o regime de substituição tributária, o ICMS a ser retido deverá ser calculado conforme o respectivo acordo interestadual, pois a exigência fiscal cobrada no presente PAF refere-se às operações internas subsequentes que ocorrerão neste Estado.

Desta forma, diante de toda a legislação citada acima e segundo o disposto no art. 353, § 3º, do RICMS/97 e o correspondente art. 289, § 3º do RICMS/2012, o substituto tributário nas saídas internas de asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo (CAP) é o contribuinte localizado no território da Bahia que adquirir o produto junto à refinaria de petróleo. Sendo que esses produtos estão na ST interestadual por força das disposições do Convênio ICMS 74/94, com a indicação das respectivas NCM's (Item VI, do Anexo Único).

Assim, lastreado no Art. 353, § 3º do RICMS/97 e o correspondente art. 289, § 3º do RICMS/2012, entendo não ser possível aplicar o instituto da antecipação parcial nas aquisições de asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo.

Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **123624.3004/16-7**, lavrado contra **STRATURA ASFALTOS S.A. (I.A.S.A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS