

PROCESSO - A. I. Nº 232879.0001/13-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E TRUST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE REFRIGERANTES LTDA.
RECORRIDOS - TRUST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE REFRIGERANTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0240-05/14
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 29/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0173-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. Falta de entrega ao sujeito passivo de documentos necessários ao exercício pleno do direito de defesa. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida através do Acórdão 5ª JJF nº 0240-05/14 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado com a referida Decisão, apresenta a irresignação respaldado no art. 169, I, “b” do citado Regulamento processual.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 27/12/2013 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 130.474,54, sob a acusação do cometimento de cinco (05) irregularidades, abaixo discriminadas. O apelo ataca o mérito daquelas de números 1, 3, 4 e 5, enquanto a remessa necessária decorre do julgamento pela procedência parcial das infrações 1 e 3 e improcedência da infração 2.

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do imposto referente às operações escrituradas nos livros próprios. R\$ 53.932,89 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2. Recolhimento a menor, devido a desconcontro entre os valores escriturados no livro Registro de Apuração de ICMS e os efetivamente pagos. R\$ 1.707,74 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. R\$ 59.783,19 e multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4. Entradas tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 13.930,06, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 5. Entradas não tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 1.120,66, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 04/12/2014 (fls. 180 a 189), decidindo pela Procedência Parcial de forma não unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

O lançamento constitui-se de cinco infrações arroladas pela fiscalização, todas contestadas pelo sujeito passivo.

Inicialmente, abordarei as preliminares aventadas, iniciando pelo argumento da existência de decadência

parcial, o qual não posso acolhê-lo, em que pese o esforço defensivo realizado, especialmente em relação aos argumentos trazidas em sede de defesa. Impende afirmar-se que a decadência cessa o direito de constituir o crédito através do ato administrativo do lançamento. O crédito tributário perde o seu conceito abstrato somente quando a autoridade administrativa formaliza o direito a esse crédito através da emissão do lançamento. Procedida tal formalização, com a devida ciência ao sujeito passivo do mesmo, não se fala mais de decadência, pois o direito de constituir o crédito já foi feito e notificado.

Verificado o nascimento da obrigação tributária com a ocorrência do fato gerador, é imperioso à administração, a realização de um ato que a individualize, caracterizando o fato e a identificação da matéria tributável, indicando o sujeito passivo vinculado à relação jurídica valorando a prestação pecuniária, mediante procedimento administrativo regular. Tal ato representa-se pelo lançamento tributário, consoante definido pelo Código Tributário Nacional (CTN), artigo 142:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

Na definição de Eduardo de Moraes Sabbag (Elementos do Direito. Direito Tributário. 8ª edição, São Paulo, Premier Máxima, 2007, página 214), “é ato documental de cobrança, por meio do qual se declara a obrigação tributária nascida do fato gerador”.

O CTN elenca três espécies de lançamento, que são: o lançamento por declaração, o lançamento de ofício e o lançamento por homologação. A nós interessarão apenas estes dois últimos.

Fala-se em lançamento de ofício quando o próprio Fisco, de posse das informações necessárias para efetuar o lançamento, o faz por si, sem qualquer contribuição por parte do contribuinte. Já no lançamento por homologação ocorre nos casos em que a lei determina o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, na época em que nasce o fato gerador. Esse pagamento é feito antes de constituído o crédito pelo sujeito ativo, isto é, ainda não há lançamento, mas o sujeito passivo se antecipa e recolhe o valor do tributo com base nos critérios (base de cálculo, alíquota etc.) estabelecidos na lei respectiva. A Fazenda Pública tem o direito de, posteriormente, verificar se aquele pagamento correspondeu à verdade.

Observe-se que o lançamento, na forma do artigo 142 do CTN, 1ª parte, é ato privativo da autoridade administrativa. Logo, se vislumbra a necessidade de haver ulterior homologação pelo Fisco no lançamento por homologação, a despeito da conduta do contribuinte ser essencial na modalidade em tela.

Aparentemente, o lançamento por homologação seria aquele realizado pelo contribuinte, tendo em vista que ele próprio notifica o fato gerador que praticou, quantifica o valor devido e o recolhe ao erário. Todavia, em harmonia com o artigo 142 do CTN acima mencionado, entendo que o lançamento, nessa modalidade, somente se aperfeiçoa com a homologação do Fisco, uma vez que é competência privativa deste.

Assim, a partir da ocorrência do fato gerador, a autoridade tributária disporia de cinco anos para conferir o procedimento prévio realizado pelo sujeito passivo no lançamento por homologação. Caso isso não ocorra, afigura-se a homologação tácita, e, conseqüentemente, extinção da obrigação tributária, condicionada ao regular e total recolhimento do tributo.

Contudo, nesse procedimento de verificação dos dados apresentados pelo sujeito passivo, pode ocorrer de o Fisco entender que houve omissões ou inexatidões, em ordem a concluir que o tributo foi recolhido a menor. Lembrando que isso deve ser feito no prazo para a homologação, sob pena de perda do direito de cobrar eventuais diferenças.

Essas diferenças, se verificadas, deverão ser objeto de lançamento de ofício. Nessa esteira, assim dispõe o inciso V do artigo 149 do CTN:

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V – quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte (lançamento por homologação)”.

Parte da doutrina entende que a lei trata da notificação do efetivo lançamento, isto é, o pronunciamento da Fazenda Pública traduz-se em “notificado do lançamento”. Com a devida vênia, não concordo com tal argumentação, diante do fato de que aos termos do § 4º do artigo 150 do CTN, cuja aplicação é defendida pela defesa, reúno a redação do artigo 173 e parágrafo do mesmo diploma que impõe:

“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;

II - da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.

Diz, então, o parágrafo único do artigo 173 que o direito de constituir o crédito extingue-se a contar da data em que tenha sido iniciada a respectiva constituição pela notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Ora, como apurar se o pagamento antecipado realizado pelo contribuinte foi total ou parcial sem que haja ação fiscal preliminar, devidamente notificada ao contribuinte? Pois o pronunciamento da Fazenda Pública nada mais é do que a comunicação formal de que estão sendo tomadas medidas preparatórias indispensáveis ao lançamento, através de uma ação fiscal.

Um dos pontos que a doutrina ataca é a de que o artigo 173 do CTN trata somente da decadência relativa aos lançamentos de ofício, tendo em vista de que o artigo 150 já trata da decadência dos lançamentos por homologação. Com a devida vênia, discordo de tal entendimento. Em nenhum momento o CTN esclarece que o artigo 173, se encontra no capítulo das extinções do crédito tributário, trata somente de lançamentos de ofício. Além disso, o artigo 150 encontra-se inserido no capítulo sobre a constituição do crédito tributário, trata, pois, do lançamento por homologação, e não de decadência como modalidade de extinção do crédito tributário.

Analizando o artigo 150 do CTN em seu § 4º, entendo que ele está a se referir ao lapso de tempo para ser promovida a homologação do lançamento, ao dispor que “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos”. Não está, portanto, a dar prazo à decadência, a essa modalidade de extinção do direito de constituir o crédito, pois se assim fosse não poderia haver outra lei a fixar prazo diferenciado, pois esbarraria aos próprios termos do CTN, conforme prevê o artigo 170 desse diploma legal. Um ente político pode estabelecer outro prazo, em sua lei, para a homologação do lançamento, todavia, em qualquer hipótese, não pode alterar o prazo decadencial fixado no art. 170, que não abre qualquer possibilidade a esse respeito.

Logo, o artigo 150, § 4º trata somente do prazo limite pelo qual a homologação, se não foi expressa, passa a ser entendida como aceita tacitamente. Dessa forma, poderíamos afirmar que para o lançamento por homologação, inexistiria decadência.

Acaso o Fisco não homologue expressamente e venha a apurar uma diferença a pagar pelo sujeito passivo, o lançamento dessa diferença não é mais “lançamento por homologação”, mas, sim, lançamento de ofício. Aqui, não se fala mais em lançamento por homologação, quando o ato administrativo de lançar foi, exclusivamente, através da autoridade administrativa competente para tal, nos termos previstos no artigo 149 do CTN.

Desse modo, entendo que a decadência está amparada somente nas disposições contidas no artigo 173, que estabelece as seguintes regras de contagem de prazo:

a) do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, regra esta que serve para todos os tributos quando a modalidade de lançamento utilizada é de ofício ou declaratória, inclusive aquela que, originalmente, seria de homologação, mas passou a ser de ofício. Neste caso, a decadência começa a contar do primeiro do exercício seguinte ao fato gerador, não importando o mês em que ocorreu;

b) da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, vez que a anulação do lançamento anterior, por evidência, é administrativa, e efetivada pela verificação de algum erro, reclamado pelo sujeito passivo ou constatado de ofício pela administração. Neste caso, a decadência passa a contar da Decisão definitiva em processo administrativo da anulação do lançamento anterior, sendo necessário formalizar outro lançamento e notificar do ato o sujeito passivo dentro do prazo de cinco anos; e

c) previsto no parágrafo único do referido artigo, da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Este raciocínio não é tão fantasioso nem absurdo quanto poderia Parecer à primeira vista. Luciano Amaro (Direito Tributário Brasileiro, 7ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, páginas 391/2) a respeito, entende que:

“O lançamento por homologação não é atingido pela decadência, pois, feito o pagamento (dito ‘antecipado’), ou a autoridade administrativa anui e homologa expressamente (lançamento por homologação expressa) ou deixa transcorrer, em silêncio, o prazo legal e, dessa forma, anui tacitamente (lançamento por homologação tácita). Em ambos os casos, não se pode falar em decadência (do lançamento por homologação), pois o lançamento terá sido realizado (ainda que pelo silêncio).

O que é passível de decadência é o lançamento de ofício, que cabe à autoridade realizar quando constante omissão ou inexecução do sujeito passivo no cumprimento do dever de ‘antecipar’ o pagamento do tributo.

Se o sujeito passivo ‘antecipa’ o tributo, mas o faz em valor inferior ao devido, o prazo que flui é para a autoridade manifestar-se sobre se concorda ou não com o montante pago; se não concordar, deve lançar de ofício, desde que faça antes do término do prazo cujo transcurso implica homologação tácita. Assim, o prazo, após o qual se considera realizado tacitamente o lançamento por homologação, tem natureza decadencial (...), pois ele implica a perda do direito de a autoridade administrativa (recusando a homologação) efetuar o lançamento de ofício. O que é passível de decadência, pois, é o lançamento de ofício, não o lançamento por homologação”.

E tanto é assim, intrincada a questão, que até mesmo observamos o entendimento jurisprudencial até mesmo no Superior Tribunal de Justiça (STJ), da tese do denominado “cinco mais cinco”, como, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº. 58.918-5-RJ, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, cuja ementa segue transcrita:

“TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA– CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – PRAZO (CTN ART. 173).

I – O Art. 173, I do CTN deve ser interpretado em conjunto com seu Art. 150, § 4º.

II – O termo inicial da decadência prevista no Art. 173, I do CTN não é a data em que ocorreu o fato gerador.

III – A decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, Art. 150, § 4º).

IV – Se o fato gerador ocorreu em outubro de 1974, a decadência opera-se em 1º de janeiro de 1985”

De mais a mais, a norma regulamentar inserida no RPAF/99, determina, no artigo 167 inciso III, que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Ao se analisar o Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81, em seu artigo 107-A, inciso I, verifico que o comando contido no mesmo é o de que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Logo, por tais motivos, não acolho tal preliminar.

Além disso, consoante entendimento predominante neste órgão, inclusive na 2ª instância, a decadência não se encontra atrelada à data de cientificação do lançamento.

Quanto a solicitação de decretação de nulidade do lançamento, pelo fato de estar destituído do demonstrativo que lhe deu origem, onde se verifica que as infrações não trazem prova material para lançamento do crédito tributário, apenas demonstrativos, a realização das duas diligências supriu tal fato, tendo sido reaberto o prazo de defesa, após a entrega dos documentos ao sujeito passivo, saneando-se o feito quanto a este aspecto, motivo pelo qual, rejeito a mesma.

No que concerne ao pedido de remessa para a apreciação da PGE/PROFIS, igualmente não acolho o pleito, tendo em vista o disposto no 118, inciso I, alínea “a”, o qual determina que cabe àquele órgão emissão de Parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei, no prazo de 10 (dez) dias, nos casos previstos pela legislação ou sempre que solicitado pela autoridade competente. no caso presente, inexistente motivo ensejador para a remessa, diante da matéria em discussão, ser eminentemente fática.

Passando a apreciar o mérito da autuação, a infração 01, diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Em sede defesa, o contribuinte arguiu o fato de ter faltado ao autuante considerar os parcelamentos realizados pela empresa, conforme documentos anexados, bem como os DAE's de recolhimento dos mesmos, o que foi acatado quando da informação fiscal prestada pelo autuante, remanescendo, entretanto, débito de R\$ 21.431,49, relativo aos meses de janeiro e novembro de 2008, diante da comprovação de pagamento, via parcelamentos 6987109 e 10096086, dos valores consignados no lançamento. por tal motivo, e diante do fato de que a infração dependia apenas da prova material, fornecida pela empresa autuada, a infração é julgada procedente em parte.

Para a infração 02, a argumentação defensiva se prendeu, unicamente, à alegação de estar a mesma alcançada pela decadência, por tratar-se de fato gerador do ano de 2008. O autuante, ao analisá-la, informou que diante dos argumentos trazidos, a infração encontrava-se elidida. Verificando a mesma, constato que às fls. 127 e 128 foram acostados cópias do Livro Registro de Apuração de ICMS, nas quais, em relação ao mês de agosto, apurou-se saldo credor de R\$ 12,42, inexistindo, pois, saldo de imposto a recolher, ao passo que no mês de outubro, apurou-se saldo devedor de R\$ 5.618,14, o qual, diante da documentação trazida pelo sujeito passivo às fls. 91 a 109, correspondente a parcelamentos de débitos realizados pelo sujeito passivo, foi analisada pelo autuante, que a considerou elidida. Desta forma, nada mais resta ao julgador, do que acompanhar tal entendimento. Infração improcedente.

Quanto a infração 03, a defesa apegar-se ao argumento de que os fatos geradores de 2008, estão alcançados pela decadência, e os fatos geradores de 2009, faltou ao autuante imputar os valores dos processos de parcelamentos, conforme documentos trazidos ao feito. O autuante, ao prestar a informação fiscal, excluiu os valores relativos aos meses de janeiro, março, junho, outubro, novembro e dezembro de 2009, diante da prova apresentada, remanesecendo apenas os débitos relativos aos meses de fevereiro e novembro de 2008, totalizando R\$ 20.337,30. Infração procedente em parte.

Nas infrações 04 e 05, o contribuinte, inicialmente alega não ter recebido a prova material da mesma, ou seja, as notas fiscais que pudessem evidenciar a cobrança da penalidade, o que, contudo, foi sanado pela diligência, oportunidade na qual manteve-se silente em relação às mesmas, não mais apresentando qualquer argumento. Tendo em vista os elementos de prova coligidos ao feito, provando a falta de escrituração e registro dos documentos fiscais nos livros respectivos, julgo ambas procedentes.

Quanto ao pedido de redução das multas formulado pela defesa, realizado ao amparo do artigo 42, § 7º "as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto", trata-se, como a própria redação específica, em mera possibilidade, que fica submetida ao entendimento do julgador.

Da análise dos elementos contidos no processo, denota-se com clareza solar que a prática da defendente não era esporádica, mas sim, reiterada.

Isso por que a infração submete-se ao princípio da tipicidade, o qual em Direito Tributário, decorre justamente do princípio da legalidade, de previsão constitucional. Alguns doutrinadores consideram-no até mesmo um subtipo desse princípio. Dessa forma, todos os elementos essenciais da relação jurídico-tributária terão que ser necessariamente objeto de tipificação em sede de lei formal, sob pena de uma atuação discricionária por parte da Administração Tributária.

O princípio da tipicidade enuncia que não basta simplesmente exigir lei para criação do tributo, sendo necessário que a lei que crie um tributo defina tipo fechado, cerrado, todos os elementos que compõem a obrigação tributária, de modo a não deixar espaço que possa ser preenchido pela Administração em razão da prestação tributária corresponder a uma atividade administrativa vinculada, na forma prescrita no CTN, em seu artigo 3º.

O alcance da regra inexistente sanção sem lei, nem tributo sem lei correspondente será obtida a partir da análise da origem normativa do tipo, do objeto da tipificação e dos caracteres da tipologia. O tipo tributário exige a necessidade que a lei que institua um tributo, defina-o como tipo fechado, cerrado, delimitando todos os elementos de sua definição legal.

Assim, a legislação tributária deverá definir com clareza e exatidão o tributo o tipo deverá ser fechado, cerrado e também deverá conter todos os seus elementos fundamentais da figura típica.

A tipicidade no direito tributário ocorre quando o comportamento do contribuinte se adéqua ao tipo tributário. (hipótese material de incidência ou tipo tributário em abstrato, previsto em lei).

Também há de ocorrer com a multa, porque esta implica em dispêndio de parcela monetária do sujeito passivo para o Estado, razão pela qual ela necessariamente deverá estar prevista em lei porque é uma obrigação patrimonial, mas dizer que a multa deve estar prevista em lei não significa dizer que ela faz parte do tributo. A multa é devida pelo descumprimento do tributo, não se confundindo com este. Mas, mesmo assim, deve estar prevista em lei. Multa é sanção, todavia, tributo não o é. Ela pode, inclusive, vir a se caracterizar, como obrigação tributária principal.

Dessa forma, a aplicação da presente penalidade, prevista em lei, e no regramento normativo, é de forma compulsória e vinculada, por parte do agente do Fisco, independente de qualquer outro elemento, inclusive a apreciação da existência ou não de dolo, simulação ou má-fé, bem como da situação tributária da mercadoria.

Ou seja, o cometimento da infração está claro, restando, apenas dosar-se em que medida deva ser apenado. Se é certo que não somente o percentual, mas também a base utilizada como parâmetro para a sua aplicação encontram-se na legislação (Lei 7.014/96, artigo 42), também há previsão legal para que este órgão, em casos como o presente, possa reduzir ou até mesmo cancelar a penalidade aplicada (§ 7º, artigo 42 da Lei 7.014/96 - As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto), conforme, inclusive apelo defensivo lançado pelo autuado.

De mais a mais, o artigo 40 da mesma Lei nº. 7.014/96, em seu § 2º estipula que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

No caso específico, não me parece adequada tal redução pleiteada, até diante dos valores, motivo pelo qual

nego o mesmo.

Por tais motivos, voto no sentido de que o presente Auto de Infração seja julgado procedente em parte, de acordo com o seguinte demonstrativo:

<i>Infração 01</i>	<i>R\$21.431,49</i>
<i>Infração 02</i>	<i>zero</i>
<i>Infração 03</i>	<i>R\$20.337,30</i>
<i>Infração 04</i>	<i>R\$13.930,06</i>
<i>Infração 05</i>	<i>R\$1.120,66</i>

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para divergir do ilustre relator no que se refere à preliminar de decadência suscitada na peça de defesa em relação ao exercício de 2008.

Observo que os atos de fiscalização foram iniciados com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização em 15/10/2013. Por sua vez a lavratura do A.I, pelo autuante, na repartição fiscal, ocorreu em 27/12/2013. O PAF permaneceu na repartição fiscal e somente em 03/01/2014 houve a postagem do "AR" (aviso de recebimento) nos correios, conforme atesta às fls. 88/89 dos autos. O contribuinte, por sua vez, foi notificado do lançamento em 10/01/2014 (doc. fl. 77).

O "inter" processual acima revela claramente que o PAF permaneceu na repartição, de forma injustificada, até 03/01/2014, quando ocorreu a postagem nos correios do ato de intimação do lançamento.

Assim, para os fatos geradores vinculados ao exercício de 2008, o prazo para a formalização do lançamento de ofício, que é um procedimento complexo, revestido de diversos atos, entre eles o ato de elaboração pela repartição da notificação do lançamento, ocorreu após 31/12/2013, termo final do prazo de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário. Ou seja, a repartição fiscal somente conclui todos os atos do procedimento em 03/01/2014, após o prazo de 5 anos para a constituição do crédito tributários, conforme estabelece a regra positivada no art. 173, inc. I, e seu parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 107-A, inc. I, do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia), com a seguinte redação:

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

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

Já a ciência do contribuinte, ato jurídico posterior de comunicação processual, ocorreu, conforme alinhado acima, em 10/01/2014, quando já havia se operado a decadência por inércia da repartição fiscal de origem do processo.

Importante ressaltar ainda que os fatos geradores do lançamento tributário em lide são basicamente compostos de infrações relacionadas a imposto de operações escrituradas nos livros fiscais próprios (infrações 1 e 2) e por descumprimento de obrigações acessórias (infração 4).

Pelos motivos acima expostos acolho a decadência suscitada na peça de defesa para declarar improcedentes as exigências fiscais relacionadas aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2008".

Em virtude de a desoneração da sociedade empresaria ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, "a" do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JF 0240-05/14.

O contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 199 a 202, no qual inicia sustentando a tese da decadência proposta pelo Voto divergente de primeira instância (vencido), relativa aos fatos ocorridos no exercício de 2008.

No mérito das infrações 1 e 3, diz que há falta de clareza na demonstração dos valores devidos, motivo pelo qual requer a declaração de nulidade.

Prossegue suscitando nulidade, ao tratar das imputações 4 e 5, sob o argumento de que faltaram as provas materiais do cometimento dos supostos ilícitos, quais sejam, as notas fiscais, que não lhe foram entregues. Nas suas palavras, "*constam apenas os demonstrativos, o que não prova nem sequer se foi o contribuinte que fez estas aquisições*".

Na hipótese de não acolhimento das razões acima relatadas, pede a redução das multas, já que não houve dolo, fraude, simulação ou falta de recolhimento de tributo.

Encerra pleiteando o provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 208 a 210, manifestando-se pelo não provimento, ressalta a ausência de argumentos jurídicos capazes de modificar a Decisão de primeiro grau. Rechaça a tese de nulidade e - quanto à decadência - opina no sentido da rejeição, com fulcro no art. 107 do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia).

Por fim, assinala que os requisitos legais para redução ou cancelamento das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, dispostos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, não restaram caracterizados, principalmente em virtude dos valores devidos na primeira infração.

VOTO

Antes de ingressar na análise de mérito dos Recursos, é dever deste julgador verificar os pressupostos de validade do ato administrativo sob apreciação, qual seja, a Decisão proferida através do Acórdão 5ª JF nº 0240-05/14.

Relativamente às infrações 4 e 5, o sujeito passivo, na peça de irresignação, reclamou do fato de não ter recebido cópias das notas fiscais que as embasaram. Efetivamente, assiste-lhe razão, pois não há nos presentes autos evidências de que o mencionado recebimento tenha ocorrido. Na intimação decorrente da segunda diligência restou destacado o envio das cópias dos documentos de fls. 124 a 158, mas não das notas fiscais de fls. 32 a 75.

A situação contraria o art. 2º do RPAF/1999, por cerceamento de direito de defesa, e se enquadra na hipótese prevista no art. 18, II do mesmo Regulamento processual.

O processo deverá retornar à primeira instância para novo julgamento, após a adoção das medidas saneadoras necessárias ao caso concreto.

Em face do exposto, voto PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Fica PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida relativo ao Auto de Infração nº **232879.0001/13-6**, lavrado contra **TRUST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE REFRIGERANTES LTDA.**, devendo os autos devem retornar à Primeira Instância para novo julgamento, após a adoção das medidas saneadoras.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES - RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS