

N. F. Nº - 298958.0021/17-3
NOTIFICADO - SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.
NOTIFICANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT/NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/12/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0193-02/21NF-VD

EMENTA: 1. ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Decretada, de ofício, a decadência do lançamento tributário para o período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, diante do lapso temporal existente entre os fatos geradores e a constituição do crédito tributário, vez ter a ciência regular do mesmo ocorrido apenas em 26/04/2021, prazo superior aos cinco anos previstos no CTN. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal ora apreciada foi lavrada em 28 de junho de 2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$5.647,53, bem como multa percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **03.02.02**. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013.

Tempestivamente, a notificada, por seu titular, apresentou justificção ao lançamento constante às fls. 22 a 24, onde, inicialmente, protesta em relação à intimação, uma vez que no momento da ciência feita pela via postal (Correios), não foi anexada a Notificação Fiscal, bem como a demonstração dos débitos reclamados, tendo se dirigido à Inspetoria, sendo ali informado que não se encontravam os elementos de tal processo, o que lhe impossibilitou totalmente de examinar e aferir a realidade das infrações supostamente cometidas.

Relata que tal situação somente foi sanada no dia 17/08/2017, quando se dirigiu à cidade de Feira de Santana, oportunidade em que tomou conhecimento das infrações atribuídas.

Aduz que tal ocorrência lhe tolheu o direito de defesa, já que não existiu o lapso temporal necessário para se certificar da exatidão e veracidade do objeto da Notificação Fiscal em lide, e para que não suscite dúvida alguma anexa cópia da mesma com a data da sua ciência.

Postula a reabertura do prazo de defesa para sua manifestação, a fim de que perdure a verdade material dos fatos, conforme previsto na legislação.

Conclui no sentido de que sejam acatadas as razões oferecidas, ouvida a Procuradoria Fiscal do Estado sob a legalidade do pedido ora feito, em respeito ao princípio constitucional do amplo e geral direito de defesa, bem como provar o alegado, por todos os meios admitidos em direito.

Acosta documentos de fls. 25 a 28.

Informação Fiscal prestada pelo Notificante às fls. 34 e 35 esclarece ter decorrido a Notificação da identificação de irregularidades fiscais verificadas nos exercícios de 2012 e 2013, consistente no recolhimento a menor do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Aponta ter a impugnação se circunscrito ao argumento de reabertura do prazo de defesa, não tendo sido interpostas quaisquer arguições quanto ao mérito da infração, razão pela qual mantém o seu valor originário.

Em 20/09/2020 o feito foi convertido em diligência, com o fito de se entregar ao contribuinte a respectiva mídia com os demonstrativos que embasaram a autuação, com reabertura de prazo de defesa de sessenta dias (fl. 37).

Em atendimento a tal determinação, foi a empresa intimada a tomar conhecimento do teor da diligência, tendo recebido cópia dos demonstrativos com reabertura do prazo de defesa, consoante se verifica no recibo firmado em 26/04/2021 (fl. 39), pelo seu sócio, todavia, não se manifestou.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 28/06/2021 (fl. 41), recebidos no CONSEF em 24/08/2021 e encaminhados a este relator em 30/08/2021 (fl. 41-v).

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de justificação por parte da empresa notificada.

O procedimento fiscal foi iniciado em 03/04/2017, com a lavratura de Termo de Início de Fiscalização (fl. 36).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 04 a 14, na forma analítica, e na mídia de fl. 15, cuja entrega ao contribuinte foi determinada e feita conforme determinado na diligência requerida, consoante relatado acima.

O Notificante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de justificação, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, os todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa Notificada compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso, é que abordou o aspecto da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, exercendo a atividade de comércio varejista de mercadorias em geral.

Inexistindo questões preliminares a serem analisadas, adentro no mérito, em relação ao qual, a tese do sujeito passivo é a que teria o seu direito de defesa prejudicado frente a não entrega não somente da Notificação Fiscal, como, de igual modo, dos demonstrativos que suportariam a acusação fiscal.

Diante da razoabilidade do pedido formulado, bem como da necessidade de se sanear o feito, foram os demonstrativos entregues ao sujeito passivo, com a reabertura do prazo de defesa, todavia o contribuinte se manteve silente, nada trazendo ao seu amparo, no sentido de desconstituir a imputação formulada.

Da análise dos autos, constato que lavrado em junho de 2017, se reportando a fatos geradores do período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013 sendo a ciência inicial em 19/07/2017 (fl. 38), e em 26/04/2021 a entrega formal dos demonstrativos da Notificação em 26/04/2021 com a reabertura do prazo de defesa (fl. 59).

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que *“o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse*

prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses como a da presente infração, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior da matéria, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: *“Entendimento firmado: Conta-se 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 correspondia às operações declaradas”.*

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: *“Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.*

Inequívoco o fato de o contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.

Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo à infração lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, ao recolhimento a menor realizado pelo sujeito passivo, frente ao longo lapso temporal, deixando ocorrer a decadência ora avertada.

E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.

A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar

o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.

E a justificativa para tal entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

E tal raciocínio se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetros pelo Tribunal, a saber, o AgRg no REsp 1.277.854:

“Deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN”.

Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.

Como visto, diante da disposição contida no artigo 150, § 4º do CTN, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, e caso expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

De tal inteligência, se depreende que o passar do prazo para homologação, sem que esta tenha sido expressamente realizada, não apenas configura homologação tácita, mas também a decadência do direito de constituir o crédito relativo ao valor antecipado pelo contribuinte e aquele entendido como devido pelo Fisco.

Em verdade, o que decai é o direito de se lançar de ofício as diferenças apuradas, caso deixe de homologar. Entretanto, passado o prazo sem qualquer providência, reputa-se efetuado o lançamento, hipótese presente nos autos.

Importante se ressaltar que não basta apenas ao Fisco lançar, e sim, notificar regularmente o contribuinte dentro do prazo decadencial.

Na hipótese dos autos, estamos diante de recolhimento a menor, ou seja, houve pagamento do imposto, ainda que em valores menores do que os devidos, sendo, pois, hipótese de aplicação do artigo 150, § 4º do CTN, diante do raciocínio acima exposto.

E a justificativa para tal entendimento, reside no fato de a jurisprudência estar sedimentada no sentido de que se o contribuinte pagar qualquer valor (artigo 150, § 4º), contará da data do fato gerador, ao passo que ficando o contribuinte inerte, nada constituindo, o prazo se contará a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador (artigo 173, I).

No âmbito administrativo este tem sido o entendimento, podendo mencionar a decisão da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), em 10/11/2020, por meio do acórdão 9303-010.944, cujo trecho do voto conduto destaque:

“...nos casos de responsabilidade tributária, o marco da contagem do prazo decadencial é a data da ciência do lançamento fiscal pelo sujeito passivo direto...”.

No caso em comento o sujeito passivo antecipou o pagamento, sendo lançada a diferença entre o devido e o recolhido, caso típico, como já exaustivamente visto, de aplicação do artigo 150, § 4º do CTN.

Diante da ausência de lançamento dentro do prazo de cinco anos contados do fato gerador, por meio do qual se constituiria o crédito tributário que porventura considerasse devido, a declaração do crédito tributário efetuada pelo contribuinte foi homologada tacitamente pela Fazenda Pública, de forma que o crédito tributário lançado na presente Notificação Fiscal foi alcançado pela decadência, motivo pelo qual deve ser declarado extinto, nos termos do artigo 150, § 4º combinado com o artigo 156, V e VII todos do CTN.

Registro que ainda que observado o prazo do artigo 173, inciso I do CTN, igualmente o lançamento seria fulminado pela decadência, diante do largo lapso temporal decorrido.

Isso diante do fato de não poder o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, entendendo presente a hipótese de decadência, uma vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, e recolhido, ainda que insuficientemente, abarcando as ocorrências do período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor, uma vez ter a ciência válida se dado apenas, como já relatado, em 26/04/2021, consoante documento de fl. 39.

Por tais razões, de ofício, conheço a existência da decadência, devendo os valores lançados no período acima indicado ser excluídos, o que torna a infração improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, e em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº. **298958.0031/17-3** lavrada contra **SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR