

A. I. Nº - 206896.0010/17-3
AUTUADO - SAL E BRASA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/12/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Decretada, de ofício, a decadência do lançamento tributário para o período de março de 2012 a abril de 2015, 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 19/02/2021, prazo superior aos cinco anos previstos no artigo 150, § 4º do CTN. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 20 de junho de 2017, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$110.034,02, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **03.03.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março, junho e novembro de 2013, janeiro, fevereiro, julho a novembro de 2014, janeiro, março, abril, junho a dezembro de 2015.

Consta a seguinte informação do autuante: *“Valores apurados através do processamento dos arquivos ECF, fornecidos pelo contribuinte, processados e confrontados com os valores recolhidos a este título.*

Dados constantes na alça ‘Trib 0846 e 3963’, na planilha ‘Sal e Brasa Al Cruzamentos E14 x E15 x E21 0846 e 3963’”.

Tempestivamente, a autuada, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 21 a 36, requerendo, inicialmente, que sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito fossem encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Como preliminar, suscita a decadência do direito de constituição do crédito tributário, em relação aos valores pertinentes aos meses de março, abril e maio de 2012, totalizando R\$ 65.301,31, na medida em que, tendo sido intimada do lançamento no dia 30/06/2017, decorreram mais de cinco anos dos supostos fatos geradores.

Invoca, neste sentido, posicionamento vigente da Procuradoria Geral do Estado da Bahia - PGE, que inclusive editou o Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0, reconhecendo a contagem a partir do fato gerador, assim como decisões do CONSEF dentro do mesmo contexto, como a dos Acórdãos CJF 0278-11/16, e JJF 0179-03/12, cujas Ementas reproduz.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade da autuação, por ofensa ao artigo 18, incisos II e IV, “a” do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa. Com efeito, o lançamento não se fez acompanhar do necessário demonstrativo analítico da apuração, não se podendo auferir qual as razões das alegadas “divergências”.

Aponta que o Auto de Infração se fez acompanhar, tão somente, do demonstrativo sintético, com indicação dos “totais das vendas”, alíquota, “ICMS devido”, “valores pagos” e “diferenças”, o que não espelha, por exemplo, a apuração dos valores pagos por substituição tributária (total ou parcial).

Assim, não consegue entender a motivação das diferenças apontadas, não podendo, por via conexa, exercer livremente o direito à defesa. O Auto de Infração, portanto, deve ser declarado nulo, protesta.

No mérito, diz ser o lançamento improcedente, na medida em que serve para atestar que pagou ICMS a maior, não sendo assim devedora ao Erário. De acordo com o demonstrativo sintético que acompanhou a autuação, a partir de junho de 2012, recolheu R\$ 101.673,79, que não foram considerados na apuração e na medida em que a apuração implica no refazimento da sua conta corrente fiscal, comparando valores apurados e pagos, é evidente que não poderia apenas se concentrar nas “diferenças negativas”, mesmo identificando “diferenças positivas” superiores.

Tal sistemática, de apuração concomitante de débitos e créditos, se pode auferir, em julgados do CONSEF, como os Acórdãos CJF 0058-11/15 e JJF 0152-02/02, ementas reproduzidas.

Aduz que na hipótese de superação das questões prejudiciais, os valores dos “saldos credores” mensais precisam ser deduzidos, anulando os supostos débitos. E não se diga que os pagamentos a maior não podem ser considerados, eis que não existem impedimentos legais para tanto, assim como a busca da “restituição” impõe desequilíbrio na relação entre o Estado e o Contribuinte, especialmente decorrente da “multa por infração”. Se veria prejudicado, ainda, pela decadência sobre meses posteriores, até a data do julgamento do PAF. A medida legal e correta é a dedução dos valores pagos a maior, na presente apuração, ficando impedido de buscar a restituição, até o limite do valor compensado.

Considera impossível admitir tamanhas diferenças na apuração da receita bruta, em valores que representam quase metade do faturamento total. Não é sensato admitir que, inclusive, recebe cerca de 90% dos seus pagamentos em cartões, iria sonegar importâncias tão vultosas, tais como R\$306.768,00, R\$456.550,50, R\$105.073,43, R\$49.193,25.

Se tais valores fossem reais certamente ensejariam divergências entre informações prestadas por administradoras de cartões e o ECF, o que não se tem notícia no caso presente, garantindo que irá tentar investigar as informações utilizadas no lançamento, de logo pedindo prazo para juntada de demonstrações e/ou documentos. Os valores apresentados ficam expressamente impugnados, pois não possuem elementos conjuntos de prova, no sentido de que se referem a efetivas receitas não tributadas.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, e revisão dos valores para que seja alcançada a verdade material, protesta pelo reconhecimento da decadência suscitada, pela nulidade da autuação ou, no mérito, pela compensação com os valores apurados na ação fiscal como recolhidos a maior.

Instado a prestar informação fiscal, o autuante fez constar às fls. 45 e 46 a observação de que estava fornecendo ao contribuinte, nos termos do artigo 39 do RPAF/99 “*outra mídia de conteúdo idêntico conteúdo para que possa realizar plenamente o seu direito de defesa e contraditório no prazo regulamentar*”, enumerando os arquivos, e concluindo que “*efetuando o cruzamento dos citados registros, obtivemos as alças acima elencadas, as quais apontaram as infrações cometidas*”.

Consta recibo firmado pessoalmente em 05/04/2018 (fl. 47).

A autuada retorna aos autos às fls. 50 a 55, renovando, inicialmente, o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa, tudo conforme

poderes especificados na procuração anexa, o que não foi atendido em relação ao presente ato, causando “*prejuízo temporal*” ao contribuinte.

Argui que não obstante a instrução do PAF, uma vez apresentada a defesa, não seja competência da INFAZ, que, na condição de “órgão preparador”, deve atender o disposto nos artigos 130 e 131, do RPAF, lhe sendo vedados atos de instrução, cumpre ressaltar que o “termo de entrega”, que informa que o ato é “*para que possa realizar plenamente o seu direito de defesa e contraditório no prazo regulamentar*”, em primeiro plano, não traduz de forma segura o prazo concedido.

Enxergando, contudo, que se trata de reabertura do prazo de defesa, para atendimento ao artigo 46, do RPAF, conclui que a “*primeira intimação acerca do AP*”, realizada dia 30/06/17, é nula de pleno direito, na medida em que não permitiu o exercício integral da defesa e do contraditório.

Assim, mesmo com vícios, o ato ora praticado haveria que ser considerado como a “*intimação válida do Contribuinte sobre a autuação*”, posto que somente agora foram fornecidos os elementos imprescindíveis à formação do PAF e, principalmente, ao exercício regular da defesa.

Lista julgado do CONSEF, no Acórdão CJF 0238-12/13, reproduzido em sua Ementa.

Esclarece que na presente demanda, decorre que a “regular intimação”, somente quando foram ofertados os elementos necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa, foi realizada, no mínimo, em 05/04/18 (data da expedição da “intimação”/certificar no PAF dia do recebimento pelo contribuinte), sendo nulo, por vício sanável, o ato anterior.

Assim, em preliminar, suscita a decadência do direito de constituição do crédito tributário, em relação aos valores pertinentes aos fatos geradores ocorridos até 05/04/13, pois, decorreram mais de cinco anos dos mesmos, até a “regular intimação”.

Menciona o posicionamento vigente da Procuradoria Geral do Estado da Bahia - PGE, que inclusive editou o Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0, reconhecendo a contagem a partir do fato gerador, assim como decisões do CONSEF dentro do mesmo contexto, a saber, Acórdãos CJF 0278-11/16 e JJF 0179-03/12.

Em sendo acatada a questão acima, renuncia à preliminar da defesa, que sustentou a nulidade da autuação, por ofensa ao artigo 18, incisos II e IV, “a” do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, em decorrência, justamente, da ausência dos elementos imprescindíveis à formação do PAF e à defesa livre.

No mérito, diz ser o lançamento improcedente, na medida em que serve para atestar que a Autuada pagou ICMS a maior, não sendo assim devedora ao Erário. De acordo com o demonstrativo sintético que acompanhou a autuação, a partir de junho de 2012, recolheu R\$101.673,79, que não foram considerados na apuração.

Na medida em que a apuração implica no refazimento da sua conta corrente fiscal, comparando valores apurados e pagos, é evidente que não poderia apenas se concentrar nas “diferenças negativas”, mesmo identificando “diferenças positivas” superiores.

Aduz que tal sistemática, de apuração concomitante de débitos e créditos, se pode auferir, mediante os seguintes julgados do CONSEF: CJF 0058-11/15 e JJF 0152-02/02.

Como visto, na hipótese de superação das questões prejudiciais, os valores dos “saldos credores” mensais precisam ser deduzidos, anulando os supostos débitos. E não se diga que os pagamentos a maior não podem ser considerados, eis que não existem impedimentos legais para tanto, assim como a busca da “restituição” impõe desequilíbrio na relação entre o Estado e o Contribuinte, especialmente decorrente da “multa por infração”. O contribuinte se veria prejudicado, ainda, pela decadência sobre meses posteriores, até a data do julgamento do PAF. A medida legal e correta seria a dedução dos valores pagos a maior, na presente apuração, ficando o Contribuinte impedido de buscar a restituição, até o limite do valor compensado, arremata.

Diz ser impossível admitir tamanhas diferenças na apuração da receita bruta, em valores que representam quase metade do faturamento total, não sendo sensato admitir que a empresa, que

inclusive recebe cerca de 90% dos seus pagamentos em cartões, iria sonegar importâncias tão vultosas, tais como R\$306.768,00, R\$456.550,50, R\$105.073,43, R\$49.193,25.

Se tais valores fossem reais certamente ensejariam divergências entre informações prestadas por administradoras de cartões e o ECF, o que não se tem notícia no caso presente, fala, garantindo que irá tentar investigar as informações utilizadas no lançamento, de logo pedindo prazo para juntada de demonstrações e/ou documentos, ressaltando a ausência de. Os valores apresentados ficam expressamente impugnados, pois não possuem elementos conjuntos de prova, no sentido de que se referem a efetivas receitas não tributadas.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, e revisão dos valores para que seja alcançada a verdade material, protestando também pelo reconhecimento da decadência suscitada, pela nulidade da autuação ou, no mérito, pela dedução dos valores apurados na ação fiscal como recolhidos a maior.

Informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 59 e 60), após resumir os termos da manifestação defensiva, diante da arguição de existência de decadência, a refuta, frente ao fato de que nenhum dos argumentos postos pode ser acolhido.

Quanto a nulidade da infração, também não acolhe, justificando que conforme pode ser visto à fl. 45, com o fornecimento dos dados fiscais alegados como não recebidos, foi saneada, com a reabertura do prazo regulamentar para realizar plenamente o seu direito de defesa e contraditório.

Relativamente a improcedência do lançamento apontados, aponta que os dados referentes às apurações estão contidos nas planilhas gravadas no DVD, detalhadamente, sem deixar dúvidas quanto ao acerto da cobrança realizada neste Auto de Infração.

Para a alegação da defesa de não ter obtido o detalhamento das informações prestadas pelas administradoras, esclarece ter sido tal situação resolvida com o fornecimento de todos os elementos, mediante termo de entrega, em mídia, ao Sr. Lourenço Pinto Júnior, Gerente Financeiro, em 05/04/2018, conforme se percebe no “documento de fl. 118”.

Inobstante o mesmo ter feito alegação neste sentido, garante ter a empresa recebido cópia de todas as peças analíticas do Auto de Infração.

Indica competir ao contribuinte comprovar tratar-se de idênticas receitas, vez que as omissões descritas se referem a apurações em função da receita bruta devidamente registradas, mas, não tributadas corretamente, enquanto *“as receitas discriminadas na infração 03 refere-se a omissões de saídas tributadas apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido pela instituição financeira e administradoras de cartão, ou seja, receitas omitidas”*.

Em 30/04/2020, o feito foi convertido em diligência, a fim de que, diante dos fatos então relatados, fosse a empresa autuada cientificada do teor da informação fiscal prestada, mediante entrega de cópia da mesma e da solicitação, com reabertura do prazo de defesa de sessenta dias (fl. 120), e havendo manifestação do sujeito passivo, retornasse ao autuante para nova informação fiscal.

A ciência do teor da informação fiscal foi feita através do Domicílio Tributário Eletrônico em 19/02/2021 (fls. 66 e 68).

Às fls. 71 a 74, retorna a defesa aos autos, para se manifestar no sentido de, inicialmente, renova o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa ao feito.

Renova, de igual modo, que a reabertura do prazo de defesa, ora ratificado pela JJF, implica na nulidade da intimação realizada no dia 30/06/17, na medida em que, naquela época, não foi permitido o exercício pleno da defesa e do contraditório. Assim considerado a presente como a

“intimação válida do Contribuinte sobre a autuação”, realizada no dia 19/02/21, todos os fatos geradores apontados no Auto de Infração se encontram atingidos pela decadência.

Como ilustração, traz ementas dos Acórdãos CJF 0238-12/13 e CJF 0211-12/16.

Ainda que não seja afastada a totalidade da cobrança, mesmo considerando a irregular intimação realizada em 30/06/2017, os valores apontados como “recolhimentos a menor”, até maio de 2012, se encontram fulminados, arremata.

Reitera o pedido de nulidade da autuação, por ofensa ao artigo 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, o que se encontra agravado, pois não existe no presente caso a ocorrência comentada pelo Autuante, as quais implicam em “*bis in idem*”.

No mérito, considera o lançamento improcedente, na medida em que serve para atestar que pagou ICMS a maior, não sendo assim devedora ao Erário. De acordo com o demonstrativo sintético que acompanhou a autuação, a partir de junho de 2012, recolheu R\$ 101.673,79, que não foram considerados na apuração.

Na medida em que a apuração implica no refazimento da sua conta corrente fiscal, comparando valores apurados e pagos, é evidente que não poderia apenas se concentrar nas “diferenças negativas”, mesmo identificando “diferenças positivas” superiores, trazendo neste sentido, Ementas dos Acórdãos CJF 0058-11/15 e JJF 0152-02/02.

Como visto, na hipótese de superação das questões prejudiciais, os valores dos “saldos credores” mensais precisam ser deduzidos, anulando os supostos débitos. E não se diga que os pagamentos a maior não podem ser considerados, eis que não existem impedimentos legais para tanto, assim como a busca da “restituição” impõe desequilíbrio na relação entre o Estado e o Contribuinte, especialmente decorrente da “multa por infração”, fala.

Frisa que se veria prejudicado, ainda, pela decadência sobre meses posteriores, até a data do julgamento do PAF, sendo a medida legal e correta a dedução dos valores pagos a maior, na presente apuração, ficando o contribuinte impedido de buscar a restituição, até o limite do valor compensado.

Falando ainda sobre esta suposta infração, aduz ser impossível admitir tamanhas diferenças na apuração da receita bruta, em valores que representam quase metade do faturamento total. Não é sensato admitir que, inclusive recebe cerca de 90% dos seus pagamentos em cartões, iria sonegar importâncias tão vultosas, tais como R\$ 306.768,00, R\$ 456.550,50, R\$ 105.073,43, R\$ 49.193,25. Se tais valores fossem reais certamente ensejariam divergências entre informações prestadas por administradoras de cartões e o ECF, o que não se tem notícia no caso presente.

Ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, e revisão dos valores para que seja alcançada a verdade material, protesta pelo reconhecimento da decadência suscitada, pela nulidade da autuação ou, no mérito, pela dedução dos valores apurados na ação fiscal como recolhidos a maior.

Mais uma vez intervindo no feito, o autuante repete, reforça e reitera as informações anteriormente prestadas (fls. 78 a 81).

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 30/08/2021 (fl. 84), e recebidos no CONSEF em 31/08/2021 (fl. 84-v).

Presente na sessão de julgamento, o advogado da empresa Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA 11.026, o qual em sede de sustentação oral, abordou apenas a questão da decadência, ainda que reiterando as demais arguições postas, enxergando, no presente caso, uma “bagunça” do autuante, que tem relação com esta questão de decadência.

Informa ter o Auto de Infração apenas uma infração, e o contribuinte, tem o direito de no momento em que é intimado do lançamento, ter todos os elementos necessários para exercer o seu direito de defesa.

Invoca posição da PGE, inclusive quanto a contagem do prazo a partir da intimação válida do contribuinte, sendo tal entendimento hoje pacificado. Sendo a intimação inválida, torna o ato nulo, ou seja, inválido.

VOTO

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

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal, através da lavratura de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos e Arquivos Magnéticos (fls. 06 a 10).

A memória de cálculo da autuação se encontra de forma sintética à fl. 11, constando, igualmente, da mídia de fl. 12, entregue em cópia ao contribuinte em 20/06/2017, conforme recibo de fl. 13.

O contribuinte exerce a atividade econômica de “Restaurantes e similares”, CNAE 56.11-2-01, na forma de consulta realizada no site da Receita Federal, disponível em https://servicos.receita.fazenda.gov.br/servicos/cnpjreva/Cnpjreva_Comprovante.asp.

O autuante, 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 defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal quanto a tais aspectos.

Registro, por pertinência, em função de colocações do autuante quando de suas manifestações, que o objeto da autuação não decorreu de levantamento das vendas realizadas por cartões, quer de débito, quer de crédito, e sequer existe “infração 03” no lançamento.

A empresa autuada compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos não só da autuação, como especificamente da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Analisando as questões preliminares postas, inicio pela ocorrência de decadência. A acusação é a de recolhimento a menor de imposto referente à comercialização de refeições.

A lavratura do Auto de Infração, como já dito, se deu em 20/06/2017, e a ciência válida do lançamento ao contribuinte ocorreu apenas em 19/02/2021, diante de inúmeros equívocos cometidos, quais sejam, a falta de entrega de demonstrativos analíticos, prejudicando o direito de defesa do contribuinte, a intimação feita pelo autuante sem indicação expressa do prazo concedido ao contribuinte para apresentar sua manifestação, quando deveria ser feita pelo órgão preparador, na forma do RPAF/99, ou seja, se observam fatos geradores com mais de cinco anos de ocorridos, o que, de plano, leva o julgador a um exame mais acurado dos mesmos.

A legislação pertinente, 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.

Analisando o tema, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto ao 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, revisou o entendimento anterior da mesma, 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 número 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”*.

Registro ter sido tal Incidente de Uniformização invocado pela defesa em sua peça de impugnação apresentada.

Inequívoco o fato de o contribuinte ter lançado o imposto reclamado na infração, antecipando o seu pagamento de que nos fala o dispositivo normativo acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo ao caso em comento, devendo nesta hipótese se afastar a incidência do prazo previsto no artigo 173, inciso I do CTN, diante de inequivocamente se vislumbrar nos autos, a presença do instituto da decadência.

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.

O pensamento acerca da matéria 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.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, entendo presente a hipótese de decadência, vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, e recolhido, ainda que insuficientemente, abarcando as ocorrências do período de março de 2012 a abril de 2015, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor.

Diante de tais colocações, claro 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 do sujeito passivo, diante do longo lapso temporal, não agindo de forma a evitar a ocorrência da decadência ora aventada e acolhida, motivo para que sejam afastadas as ocorrências lançadas entre março de 2012 e abril de 2015, o que fulmina o Auto de Infração.

Quanto à solicitação da defesa para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206896.0010/17-3**, lavrado contra **SAL E BRASA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR