

PROCESSO	- A. I. N° 269141.0004/19-0
RECORRENTE	- COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO COROA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0103-12/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 24/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0056-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. INEXISTÊNCIA. Constitui requisito para admissibilidade do Pedido de Reconsideração a Decisão da Câmara que tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado no mérito a de primeira instância em processo administrativo fiscal. Inexiste tal reforma. Inadmissibilidade Pedido de Reconsideração. Decretada, de ofício, a exclusão dos valores relativos aos períodos decaídos, quanto às exações 6 e 13. Pedido **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, interposto pelo sujeito passivo em 12/09/2022, nos termos previstos no art. 169, I, “d” do RPAF/99, contra a Decisão da 2ª CJF – Acórdão nº 0103-12/22-VD, que Não Proveu o Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF através do Acórdão JJF nº 0127-02/21-VD, mantendo a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte, no valor de R\$ 374.308,65, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29.03.2019 para reclamar o valor de R\$ 1.962.940,52, em razão da apuração de quatorze irregularidades, inerentes aos exercícios de 2014 a 2016.

Em seu Pedido de Reconsideração, às fls. 2.342 a 2.347 dos autos, o recorrente aduz que o Auto de Infração padece de vício insanável já que o autuante modificou a “infração 08” após apresentação da defesa pelo contribuinte, através de diligência fiscal, não lhe sendo oportunizado o prazo legal para apresentação de defesa sobre a nova imputação cominada.

Registra que a matéria é de ordem pública, pois elaborou sua defesa e toda a produção probatória inerente a infração “omissão de saída”, contudo, no curso do processo administrativo fiscal, tal cominação fora alterada para “omissão de entrada”, situação totalmente incompatível com o “Estado de Direito” garantido constitucionalmente.

Sustenta, ainda, que todo o Auto de Infração deve ser anulado já que a “infração 08” repercutiu em todas as demais infrações, “n. 09 e 10”, conforme se evidencia do próprio Acórdão.

Assim, segundo o apelante, diante do cerceamento de defesa e do princípio da legalidade, não resta outra alternativa a não ser a anulação total do Auto de Infração.

Além disto, diante da matéria que envolve controle de legalidade, o recorrente requer a intimação da Procuradoria do Estado para intervenção no feito, do que apresenta os seguintes pedidos:

- a)** Reconhecimento da nulidade em razão da alteração da infração 08, após o prazo de defesa, para anular o Auto de Infração em sua totalidade;
- b)** Sucessivamente, caso não reconheça a nulidade total, que a infração 08 seja anulada, haja vista ter sido constituída através de vício insanável;
- c)** Intimação da PGE para realização do controle da legalidade;
- d)** A reconsideração da Decisão nos termos propostos para assegurar o direito constitucional do contribuinte a ampla defesa e ao contraditório.

Nesta oportunidade se fez presente na sessão de videoconferência, Dr. Antonio José Spósito Leão

Neves – OAB/BA nº 30.387, no qual exerceu o direito de fala.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, da análise da peça recursal verifico que o Recurso de Pedido de Reconsideração interposto não deve ser conhecido em razão de não preencher o requisito de admissibilidade previsto no art. 169, I, “d” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, eis que a Decisão da Câmara não reformou a Decisão de Primeira Instância em relação ao julgamento do Recurso de Ofício e, em consequência, inexiste o requisito de admissibilidade para impetrar o Pedido de Reconsideração, conforme previsto no referido dispositivo legal, a seguir transscrito:

Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

[...]

d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;

No presente caso, o Acórdão recorrido NÃO PROVEU o Recurso de Ofício interposto pela JJF e, consequentemente, manteve a Decisão de Primeira Instância administrativa.

Em consequência, a ferramenta processual para o reexame da alegação, através do Recurso de Pedido de Reconsideração, não está adequada, visto não preencher o requisito de admissibilidade previsto no art. 169, I, “d” do RPAF, uma vez que a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal não reformou a Decisão da JJF em julgamento de **Recurso de Ofício**.

Porém, apesar de concluir pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado, **de ofício**, verifica-se a existência de óbice parcial na lavratura do Auto de Infração, em razão da prejudicial de mérito de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, estabelecido no artigo 150, § 4º do CTN, em relação aos fatos geradores de janeiro a abril de 2014, eis que, só quando da ciência ao sujeito passivo do lançamento de ofício, ocorrida em 03/05/2019, via Correios (AR - fl. 77), o lançamento de ofício se completou, conforme Súmula nº 12 do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, que estabelece, para efeito da contagem do prazo decadencial, que o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.

Por sua vez, há de esclarecer que a PGE/PROFIS já firmou entendimento, através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, de que o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com supedâneo no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Logo, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com base no art. 173, I do CTN, quando o contribuinte: *i*) declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; *ii*) não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável e *iii*) declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação.

Assim, das quatorze infrações que compõem o Auto de Infração, apenas as exações impugnadas pelo sujeito passivo de nº: 06, 08, 09, 10 e 13 serão submetidas a análise da prejudicial de mérito de decadência, já que as demais foram objeto de reconhecimento e parcelamento pelo contribuinte, conforme extrato às fls. 1.246/1.247 dos autos, no valor principal histórico de R\$ 144.027,32, correspondentes às infrações 1 a 5, 7, 11, 12 e 14 do lançamento de ofício.

Porém, das exações impugnadas, o fato das infrações 8, 9 e 10 decorrerem de operações realizadas sem documentos fiscais, apuradas através de auditoria de estoque, aplica-se o art. 173, I do CTN e, em consequência, quando da ciência ao contribuinte do Auto de Infração, em 03/05/2019, não havia ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, cujo termo final seria 31/12/2019.

Contudo, em relação às infrações 06 e 13, pelas quais acusa-se o sujeito passivo, respectivamente, de: utilização de crédito indevido de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado em valor superior ao permitido e efetuar recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária, há de registrar que os Acórdãos JJF nº 0127-02.21-VD e CJF nº 0103-12/22-VD, às fls. 1.299/1.300 e 1.327/1.328, mantiveram as exigências de:

Infração 06 – 01.03.12: janeiro/2014: R\$ 1.413,68; fevereiro/2014: R\$ 1.455,46; março/2014: R\$ 1.541,53 e abril/2014: R\$ 1.521,18 e

Infração 13 – 07.01.02: janeiro/2014: R\$ 16.449,59 e março/2014: R\$ 5.272,40.

Todavia, ressalte-se que as ditas acusações (utilização indevida de crédito fiscal e recolhimento a menor da antecipação tributária) decorreram da análise pelo fisco dos lançamentos das operações registradas pelo contribuinte em sua escrita fiscal e oferecidas a tributação, que concluiu pelo recolhimento a menor do imposto a ser homologado.

Logo, nestes casos de crédito indevido e de recolhimento a menor da antecipação tributária, o prazo para homologação sujeita-se a contagem decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN, cujo direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, já que não restou comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado e, **de ofício**, concluo que, quando da efetiva *notificação* do Auto de Infração, em 03/05/2019, sob a égide do art. 150, § 4º do CTN, já havia ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos meses de janeiro a abril de 2014, parte das exações fiscais 06 e 13, devendo-se excluir os valores acima mencionados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269141.0004/19-0, lavrado contra **COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO COROA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 328.983,39**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 257.959,73 e 100% sobre R\$ 71.023,66, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”; III, V, “b” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$ 17.671,42**, prevista no inciso IX da mesma Lei e artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS