

PROCESSO - A. I. N° 269138.0078/19-0
RECORRENTE - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0203-11/23-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/01/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0354-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. CONSTATAÇÃO DE ESTOQUE NÃO JUSTIFICÁVEL PELA VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTADAS; **b)** MERCADORIA OU SERVIÇO TOMADO. INADISSIBILIDADE DO RECURSO. FALTA DE REQUISITOS. A decadência se reporta à data dos fatos geradores, e considerando-se que o lançamento só está perfeitamente realizado e perfeito após intimação do sujeito passivo acerca do lançamento, são indiferentes as intimações posteriores decorrentes de imperfeições sanáveis do processo, já que em nada se altera dois pontos fundamentais: a data do fato gerador e a data ciência do lançamento em que o contribuinte é intimado a se defender. Considerando que a ciência do lançamento ocorreu em 13.12.2019, e o fato gerador mais antigo se reporta a dezembro de 2015, 4 anos antes, e o art. 150, parágrafo 4º do CTN estabelece o prazo de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Considerada equivocada a decisão de piso que acatou o pedido de decadência parcial da infração 01 e decadência total das infrações 02 e 03. Decretada, de ofício, a redução da multa referente a infração 1, de 100% para 60%, devido alteração na legislação. Modificada a decisão da 2ª Instância. Pedido **CONHECIDO** e **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, apresentado pelo sujeito passivo, por intermédio do seu patrono, em relação ao Acórdão nº 0203-11/23-VD da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que em decisão unânime, decidiu pelo Provimento do Recurso de Ofício anteriormente apresentado, declarando Procedente o Auto de Infração em referência.

Originalmente, o Auto de Infração indica a apuração de três infrações à legislação tributária pelo recorrente, na forma abaixo:

INFRAÇÃO 01 – 04.07.02 – Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal decorrente da omissão do registro da entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índices do admitido pela ANP registrada no

LMC/Registro 1300 da EFD. ICMS exigido R\$ 214.296,62, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, apurado nos períodos de dezembro de 2015, 2016, 2017 e 2018.

Enquadramento legal: art. 4º, § 4º, inc. IV; art. 6º, inc. IV; art. 23-A, inc. II da Lei nº 7.014/96 e art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98.

INFRAÇÃO 02 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa percentual no valor de R\$ 207,00, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, reduzida retroativamente em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/com o art. 106, inc. II, alínea “c” da Lei nº 5.172/66 – CTN, correspondente ao período de julho, setembro e novembro de 2015.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa no percentual de 1% sobre o valor de cada nota fiscal, no montante de R\$ 56,92, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, correspondente ao período de março e agosto de 2015.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

Os autos foram apreciados pela 2ª JJF e julgado procedente em parte, por unanimidade, sob o fundamento de que teria sido alcançado pela decadência, os fatos geradores acontecidos até 31/12/2016. Assim, concluiu após a exclusão dos valores decaídos, subsistir parcialmente a infração 01 e que as infrações 02 e 03 foram integralmente fulminadas pela decadência.

A decisão de piso registra que não foram apreciadas as questões de mérito, considerando a escolha da via judicial pelo contribuinte, importando renúncia ou a desistência na esfera administrativa, estando a impugnação quanto a ela prejudicada.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0144-02/22-VD.

Cabe registrar, por importante, que o Autuado não ingressou com Recurso Voluntário contra a Decisão de Piso. O Relator em 2ª Instância afirmou que com o Pedido de Controle de Legalidade junto à PGE/PROFIS, e do citado ingresso da medida judicial, especificamente sobre a matéria tratada e nomeando o presente AI, restou concretizada a renúncia à defesa ou recurso.

Acrescentou que o pedido de controle de legalidade não se afigura como peça defensiva ou recursal, tão somente um direito que assiste aos contribuintes em razão do disposto no art. 113, dos parágrafos 1º a 6º do RPAF.

Assim, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) apreciou a controvérsia no dia 12/07/2023 (fls. 264 a 274), nos seguintes termos:

VOTO

O Recurso de Ofício decorre da redução das infrações 01, 02 e 03, em que a infração 01 foi alterada de R\$ 214.296,62 para R\$ 89.984,86 em razão de decadência parcial (o lançamento não foi julgado no que diz respeito às razões de mérito, em função de desistência do contribuinte da via administrativa, por haver optado por antecipação da lide judicial), e as infrações 02 e 03 foram completamente extintas em razão de reconhecimento da decadência total destes itens.

O Auto de Infração foi lavrado em 10.12.2019, e os fatos geradores se iniciam em 31.12.2015. Consta à fl. 21, que o contribuinte foi cientificado da lavratura do Auto de Infração em 13.12.2019, apenas 03 dias depois, com leitura na mesma data.

À fl. 80 a Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o processo em diligência aos Autuantes para que fosse prestada a devida informação fiscal, tendo sido apensada entre as fls. 90/110. À fl. 113 em novo pedido de diligência em 26.02.2021, o processo foi enviado à PGE/PROFIS para emissão de parecer, tendo sido emitido em 15.02.2021, às fls. 119/124.

Um terceiro pedido de diligência foi encaminhado à INFAZ DE ORIGEM, quando se pediu que os Autuantes que anexassem CD com o demonstrativo analítico do levantamento fiscal, reabrindo-se prazo de defesa em 24.09.2021. O contribuinte foi intimado conforme fl. 138 na data de 07.03.2022, tendo sido juntado o AR à fl. 141, com ciência em 11.03.2022.

Segundo o voto recorrido, consta o seguinte fundamento para acolhimento parcial da decadência:

Trata-se, portanto, de fato não declarado ao Fisco, o que autoriza aplicar, para a contagem do prazo decadencial a regra insculpida no art. 173, inc. I do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Considerando a data de ciência 11/03/2022, estão alcançados pela decadência os fatos geradores ocorridos até 31/12/2016 para a infração 01, restando os valores abaixo reproduzidos a serem exigidos caso seja essa a decisão judicial.

O que se verifica, é que a Junta considerou a data da ciência do lançamento para efeitos decadenciais, de quando o contribuinte recebeu os demonstrativos analíticos, e não quando da primeira intimação relativa no dia 13.12.2019. Importa ressaltar que nesta data, o fato gerador mais antigo era de 31.12.2015, 04 anos antes, longe do risco de decadência, pois o auto poderia ter sido lavrado até mesmo um ano depois.

Verifico que o contribuinte se defendeu às fls. 23/62 no dia 28.01.2020, dentro do prazo de defesa de 60 dias. A seguir, o processo passou por 3 diligências - a primeira pra prestar informação fiscal após a defesa inicial que estava ausente do processo, a segunda em consulta à PGE/PROFIS, e a terceira após e-mail do coordenador de avaliação do CONSEF, orientando que todos os autos lavrados contra os postos de combustíveis deveriam constar o demonstrativo analítico do levantamento fiscal, reabrindo-se novo prazo de defesa, tendo o contribuinte tomado conhecimento dos demonstrativos em 11.03.22, data em que a Junta aderiu ao prazo decadencial, 27 meses depois da ciência lançamento.

*Constato que à fl. 151, quando da manifestação do contribuinte após a última diligência, pediu-se pela decadência arguindo que a **intimação válida somente teve lugar em 11.03.2022**, alegando-se a decadência do direito de constituição ao crédito em relação aos fatos geradores até 31.12.2016, que foi acatada pela Junta de Julgamento Fiscal.*

Ora, para se considerar a primeira intimação inválida, faz-se necessário a fundamentação da sua invalidade. Embora o voto não tenha feito isto, a defesa justificou à fl. 151 que na primeira intimação a defesa teria sido preterida, e que o ato em que não houve preterimento da defesa só teve lugar em 11.03.2022.

É preciso justificar se havia alguma razão para que a ciência inicial do lançamento continha vícios que a invalidassem. A considerar válida a intimação apenas quando não houver preterimento ao direito de defesa, certamente muitos processos seriam atingidos pela decadência, visto que muitas vezes há falhas processuais, inclusive ausência dos demonstrativos adequados (como os recorrentes casos dos relatórios TEF ANALÍTICOS em lançamentos relativos às omissões de saídas presumidas em operações por cartões de débito/crédito) que não raro, só é realizada a diligência com entrega dos demonstrativos analíticos nesta segunda instância, muito tempo após a ciência inicial do Auto de Infração.

Há casos de processos longevos neste Conselho de Fazenda, em que mediante diligência, o contribuinte tem acesso a todos os elementos necessários à sua defesa depois de muitos anos da lavratura e situações em que é decretada a nulidade da Decisão recorrida, voltando os autos à primeira instância com instrução específica de nova intimação com novos demonstrativos que faltaram inicialmente, com reabertura de prazo de defesa para novo julgamento.

Pois bem, não tenho conhecimento de que quaisquer jurisprudências desses processos, que tenha sido considerado válida a intimação, apenas a partir do momento em que o contribuinte tenha tido toda condição de se defender.

A intimação é ato próprio, independente, cuja validade não se confunde com vícios do processo que são corrigíveis e saneáveis, como a preterição ao direito de defesa, que poderá ser corrigida a qualquer tempo, sem que se afete o prazo decadencial, por se considerar válida apenas a última intimação a salvo de vícios processuais.

A primeira intimação deste processo visava dar conhecimento da existência do processo, abrindo-se o prazo de defesa. Na segunda, o contribuinte já estava cientificado da existência do processo 27 meses antes, inexistindo desconhecimento da primeira. O objetivo da segunda intimação era evitar o cerceamento de defesa por falta de demonstrativos que foram considerados essenciais pela coordenação. Não há relação entre uma intimação e a outra, cuja finalidade é totalmente diferente, pois não se tratava de dar ciência do lançamento, mas de preservar a ampla defesa.

Mario Bernardes de Melo, em “Teoria do Fato Jurídico – plano da validade” diz que a imputação de invalidade a um ato jurídico constitui como observa Bobbio, uma forma de assegurar a integridade do ordenamento jurídico, que, recusando utilidade jurídica e conseqüentemente prática, aos atos jurídicos com infringência de suas normas, resguarda a sua validade (no sentido de vigência) como um todo e de cada uma de suas normas, em particular. A invalidade, seja nulidade ou anulabilidade, tem portanto, caráter de sanção, com a qual se punem condutas que violam certas normas jurídicas porque lhe é próprio o mesmo fundamento lógico comum às demais sanções: repetir as infrações e às normas, assegurando a integridade da vigência do sistema jurídico fl. 07

(Editora Saraiva, 2008).

Assim é que a utilidade jurídica da intimação, nos termos do art. 269 do novo CPC, é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo e sua finalidade é garantir o amplo direito de defesa e ao contraditório e do devido processo legal.

Da mesma forma, em um processo administrativo, o contribuinte ao tomar ciência da existência de um lançamento de ofício da administração fazendária, fica configurado um ato jurídico perfeito, sem falhas no seu objetivo, que é a comunicação da existência do Auto de Infração e alegando-se cerceamento de defesa, deve ser atendido o pleito, sob pena de nulidade processual, mas de forma alguma há que se falar em invalidade da intimação pretérita, tendo esta cumprido o seu intento, que é a CIÊNCIA DO LANÇAMENTO, que interrompe o prazo decadencial. As intimações seguintes, já tem outra pretensão, a de suprir falha sanável.

Há processos com inúmeras intimações subsequentes visando corrigir vícios sanáveis, e não há que se cogitar em considerar a última, quando todo o processo é saneado, como sendo a intimação válida para efeitos de decadência.

A nova intimação já não visou dar ciência da existência de um Auto de Infração, mas de prover o contribuinte dos meios necessários à sua ampla defesa, mas em absoluto, o fato de não ter possibilitado o contribuinte de se defender integralmente na primeira intimação, isto implica em sua invalidade, visto que o objetivo de dar ciência da existência do lançamento de ofício, repito, foi sobejamente cumprido.

O Domicílio Tributário Eletrônico - DTE foi instituído pela Lei nº 13.199, de 28/11/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no Artigo 127 – D. Através do DTE 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.

Uma vez confirmado o recebimento da intimação, estamos diante de um fato jurídico perfeito, porque foi cumprido o seu desiderato, que é notificar a existência de um Auto de Infração, e isto está configurado neste processo (fl. 21).

Eventualmente uma intimação pode não ter validade, perdendo os efeitos jurídicos. É o caso por exemplo, da intimação feita por edital, não tendo se esgotado outros meios de localização do contribuinte, visto que este tipo de intimação ficta deve ser reservado exclusivamente para contribuintes não localizados por outros meios.

Ocorre também quando feito por comunicação dos correios, quando se comprova que o endereço estava equivocado ou ainda recebido por pessoa que não tem qualquer vínculo com o contribuinte. Deve-se ressaltar que mesmo alegando-se haver sido recebido por terceiros estranhos ao autuado, é preciso de prova inequívoca de que a parte não foi cientificada do Auto de Infração.

A intimação visa tão somente garantir o direito constitucional, seja em processo judicial, seja em processo administrativo, de garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, e isto foi feito, desde o dia 13.12.2019, já que o contribuinte não só tomou ciência da intimação, como se defendeu do lançamento, e ao se alegar cerceamento de defesa em outros processos similares, por ausência de demonstrativo analítico, a própria Junta sendo comunicada pela coordenação, solicitou que o contribuinte fosse intimado novamente com os demonstrativos analíticos.

Em que isto invalida a primeira intimação? NADA! A 1ª intimação cumpriu sua finalidade, de dar ciência da existência do processo garantindo o contraditório, a ampla defesa, e o devido processo legal. O que completa juridicamente o lançamento de ofício é a ciência do contribuinte, e não a correção de falhas processuais posteriores.

*A segunda intimação apenas visou garantir a ampla defesa pela falta de demonstrativos analíticos. Aliás, já ocorreu inúmeras vezes neste Conselho de Fazenda, de haver falhas, e o contribuinte não receber demonstrativo algum, e ao impugnar o lançamento comunicando a sua incapacidade do exercício da ampla defesa, é novamente intimado para recebimento dos demonstrativos, reabrindo-se o prazo de impugnação, sem sequer se cogitar de invalidade da primeira intimação visto que a própria existência da impugnação em que se alegou cerceamento de defesa, já é prova inconteste de que a intimação cumpriu o seu efeito - **dar ciência e possibilitar ao contribuinte exercer sua defesa, completando-se o ciclo jurídico do lançamento de ofício.***

Vejamos uma jurisprudência deste Conselho:

PROCESSO - A. I. Nº 108883.0021/07-7 RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECORRIDO - CENTRAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS LTDA. (CDP) RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS ORIGEM - INFRAZ VAREJO INTERNET - 24/03/2009 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0045-11/09- EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. NULIDADE. INFRAÇÕES 5 E 6. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º c/c art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja excluído o débito do lançamento referente às infrações 5 e 6, em face da comprovação de que a autoridade fiscal se utilizou de comunicação processual (intimação) subsidiária, só prevista na legislação Estadual quando inviável a via postal. Pleito de afastamento viável, porquanto o vício

apontado consubstancia nulidade. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

A decadência se reporta à data dos fatos geradores, e considerando-se que o lançamento só está realizado e perfeito após intimação do sujeito passivo para tomada de ciência, são indiferentes as intimações posteriores decorrentes de imperfeições sanáveis do processo, já que em nada se altera dois pontos fundamentais: a data do fato gerador e a data ciência do lançamento em que o contribuinte é intimado a se defender. Há casos em que intimações para entrega de demonstrativos fundamentais ao exercício da defesa, ocorre muitos anos depois da primeira intimação, e nesta lide foi de mais de dois anos.

Não há qualquer correlação de causa e efeito entre a primeira e a última intimação, visto que a primeira visou apenas dar ciência ao contribuinte da existência de um Auto de Infração, e a segunda, de lhe fornecer demonstrativos ausentes, considerados fundamentais para sua defesa.

Quando da primeira intimação, o lançamento de ofício já se havia completado sem quaisquer falhas quanto ao seu intento – dar ciência da sua existência, o que garante ao fisco ficar à salvo da decadência pleiteada.

O argumento feito pela defesa e acatado pela Junta é desprovido de qualquer legalidade ou razoabilidade, pois não há qualquer legislação e nem mesmo posições doutrinárias a lhe dar guarida, pois as duas intimações prestam-se a propósitos diferentes.

Os argumentos apresentados em seu favor, foram julgamentos deste Conselho, como o Acórdão nº 0250-1118 que reconhece a decadência em razão da ciência do Auto de Infração em 06/10/2011 naquele processo, sem que tenha havido quaisquer novas intimações para entrega de novos demonstrativos, mas apenas informa a data da ciência do Auto de Infração para efeito da contagem do prazo decadencial. Não há no processo citado pela defesa do contribuinte, nova intimação reconhecida como marco do prazo decadencial, e em nada se assemelha a esta lide.

A ser considerada tal situação como possível, grande parte dos processos administrativos estariam em risco, visto ser comum haver diligências para atendimento à ampla defesa do contribuinte muitos anos depois. O marco inicial para contagem do prazo decadencial é a tomada de ciência da existência do lançamento e não da capacidade para exercício da ampla defesa.

Uma vez que a ciência do lançamento ocorreu em 13.12.2019, e o fato gerador mais antigo se reporta a dezembro de 2015, 4 anos antes, e o art. 150, parágrafo 4º do CTN estabelece o prazo de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, e assim, entendo que foi equivocada a decisão de piso que acatou o pedido de decadência parcial da infração 01 e a decadência total das infrações 02 e 03.

Quanto a este tema, já existe até Súmula de número 11 deste Conselho de Fazenda: Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa como a intimação do contribuinte acerca do Auto de Infração.

Face ao exposto DOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício. Auto de Infração PROCEDENTE.

Inconformado com os julgamentos já realizados em 1ª e 2ª Instâncias administrativas, o recorrente ingressou com Pedido de Reconsideração fls.284/290, onde, assim se posiciona.

Afirma que a CJF “majorou” a condenação fixada pela 2ª JJF, o que, nos termos do art. 169, inciso I, “d” do RPAF/99, sustenta o presente recurso.

Informa que adere ao anexo parecer PGE/PROFIS, no sentido de que a renúncia não faz efeito em relação aos pontos suscitados na defesa, que não foram submetidos à demanda judicial. O CONSEF, a teor do art. 117 e 122, inciso IV, do RPAF, e, em consonância com a PGE/PROFIS, não pode analisar os temas concernentes à legalidade e/ou inconstitucionalidade e a retroatividade da Portaria nº 159/19. Se a defesa administrativa ventilar outras alegações, entretanto, deve ser enfrentada.

Comenta que no caso em tela, o Poder Judiciário da Bahia reconheceu a ilegalidade e inconstitucionalidade da autuação contestada, baseada nos arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei nº 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, alterada pela Portaria nº 159/19.

Informa que julgando apelação interposta pelo Estado da Bahia, através da Quarta Câmara Cível, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, manter a Sentença. Apelação Não Provida.

Sustenta que, ao majorar o valor da condenação da 2ª JJF (Acórdão JJF nº 0144-02/22-VD), a Câmara também considerou “prejudicada a apreciação da infração 01 no âmbito administrativo”, agindo em confronto com o anexo Parecer PGE/PROFIS, proferido no PAF 269138.0082/19-8, lavrado com outro estabelecimento da própria Autuada, cuja Representação foi “acolhida”, pela 2ª Câmara do

CONSEF, em sessão realizada dia 18/10/23. Na visão da PGE/PROFIS, e, portanto, do CONSEF, mesmo existindo discussão judicial englobando o PAF, são nulas as decisões que não apreciem alegações defensivas não inseridas na demanda judicial.

No caso em demanda, como constatado no Acórdão recorrido, assim como no Acórdão JJF nº 0144-02/22-VD, a JJF não apreciou as alegações relativas à validade/espontaneidade das retificações na EFD (itens 12 a 17, da petição protocolada dia 06/05/22, em decorrência da reabertura do prazo de defesa), de mérito/verdade material (itens 25 a 31), nem fez a adequação da multa por infração, para 60%, com base no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, como orientado, inclusive, pelo art. 10, inciso I, “b” da Portaria nº 445/98 (60%).

Diz que em relação aos pontos pertinentes a retificação da EFD, que a JJF apenas aduziu que “o contribuinte procedeu a entrega desses arquivos somente em 09/06/2020, não tendo relatado nenhum impedimento nesse sentido”. Com essa alusão inane, não analisou a repercussão da EFD retificada na autuação, omitindo-se também quanto a declaração prestada pela empresa ENFOCK e relativamente aos demonstrativos apresentados, que comprovariam que a Autuada vendeu quantidades compatíveis com as entradas com notas fiscais e estoques, não incidindo, conseqüentemente, em “omissão de entradas”.

Nesse sentido, expressamente requer a nulidade das decisões e novo julgamento em primeira instância.

Afirma que a CJF, reformando o julgado da JJF, aumentou a condenação de R\$ 89.984,86 para R\$ 214.560,55. A discrepância entre os julgamentos reside na data da intimação regular da Autuada, tendo a JJF considerando como sendo 11/03/22 e a CJF 13/12/2019. A CJF entendeu que a segunda intimação não causaria qualquer repercussão sobre a primeira, pois serviu tão somente para “garantir a ampla defesa pela falta de demonstrativos analíticos”. Citou a Súmula nº 11, do CONSEF, segunda a qual “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a intimação do contribuinte acerca do Auto de Infração.”

Entende que a CJF confundiu Ato de Instrução, com Ato Essencial à Validade do Lançamento. Suas ponderações sustentam a pretensão defensiva, pois a intimação, para surtir os efeitos desejados, precisa ser regular/válida e, para tanto, o Contribuinte precisa, desde o primeiro momento, ter assegurado totalmente o direito de defesa. Se a primeira intimação não deu ao Contribuinte total capacidade de análise do lançamento e, por via conexas, integral liberdade da defesa, não pode ser considerada válida. É nulo o ato praticado com cerceamento do direito de defesa, como assegurado pelo art. 18, inciso II do RPAF, não podendo surtir qualquer efeito legal ou jurídico, inclusive para fins de interrupção do prazo decadencial.

Ao prevalecer a posição adotada pela respeitável CJF, o prazo para a constituição do crédito tributário seria eternizado. A Autuada não concorda com a posição até então adotada pela CJF e, aplaudindo o fundamento da JJF, requer a reforma do julgamento, a fim de que seja, quanto a esse ponto defensivo, restaurado o valor de R\$ 89.984,86, sem prejuízo da deliberação acerca das demais alegações de mérito.

Por outro lado, a CJF do CONSEF, certamente porque considerou a “renúncia total ao processo administrativo”, aplicou, com relação à Infração 01, a multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, “d” da Lei nº 7.014/96. Entretanto, a infração apontada se refere a “falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo”, situação que se enquadra no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, como orientado, inclusive, pelo art. 10, inciso I, “b” da Portaria nº 445/98 (60%).

Nesse sentido, do cabimento da multa de 60%, o CONSEF já proferiu centenas de decisões, que cita como exemplo: *Acórdão CJF Nº 0180-12/22-VD*, *Acórdão CJF Nº 0155-12/22*.

Ante o exposto, solicitando a ouvida da PGE/PROFIS, pede a nulidade das decisões até então proferidas, novo julgamento pela JJF, ou a restauração da condenação imposta pela JJF, com a redução, na Infração 01, do percentual da multa, de 100% para 60%, com base no art. 42, inciso II,

“d” (ou “f”) da Lei nº 7.014/96/ C/C o art. 10, inciso I, “b” da Portaria nº 445/98.

Registro na sessão de julgamento, a presença de Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB-BA nº 11.026, que realizou a sustentação oral.

VOTO

Trata-se de Pedido de Reconsideração (fls. 280/284), previsto no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF/99, solicitando a nulidade das decisões até então proferidas, novo julgamento pela JJF, ou a restauração da condenação imposta pela JJF, na Infração 01.

O Auto de Infração foi lavrado contra a empresa POSTO KALILÂNDIA LTDA., em 10/12/2019, para exigir crédito tributário, referente a três infrações: falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, (Infração 01); deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação e de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, infrações 02 e 03 respectivamente.

Os autos foram apreciados pela 2ª JJF e julgado “Procedente em Parte”, por unanimidade, Acórdão nº 0144-02/22-VD, visto que fora aplicada a decadência para os fatos geradores ocorridos até 31/12/2016. Assim, após a exclusão dos valores considerados decaídos, subsistiu parcialmente a infração 01 e as infrações 02 e 03 foram consideradas integralmente fulminadas pela decadência.

A decisão de 1ª Instância deixou de apreciar as questões de mérito, sob fundamento de que a escolha da via judicial pelo contribuinte, importa renúncia ou desistência da defesa na esfera administrativa, restando a impugnação prejudicada.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0144-02/22-VD.

Cabe registrar, por importante, que o Autuado não ingressou com Recurso Voluntário contra a Decisão de Piso. O Relator em 2ª Instância também registrou que com o Pedido de Controle de Legalidade junto à PGE/PROFIS, e do citado ingresso da medida judicial, especificamente sobre a matéria tratada, nomeando o presente AI, restou concretizada a renúncia à defesa ou recurso.

Sendo assim, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) apreciou o Recurso de Ofício no dia 12/07/2023 (fls. 264 a 274), Acórdão 1ª CJF nº 0203-11/23, e em decisão unânime, Deu-lhe Provimento. Afastou a decadência aplicada em 1ª Instância, restabelecendo os valores lançados originalmente e julgou o Auto de Infração Procedente.

O Contribuinte interpôs o Pedido de Reconsideração em tela (fls. 280/284), previsto no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF/99, solicitando a nulidade das decisões até então proferidas, novo julgamento pela JJF, ou a restauração da condenação imposta pela JJF, com a redução, na Infração 01, do percentual da multa aplicada, de 100% para 60%.

Conforme relatado, a recorrente escolheu a via judicial para discussão da matéria controvertida no presente PAF, o que prejudica a sua defesa ou recurso, considerando-se esgotada a instância administrativa, nos termos da legislação vigente, art. 126 da Lei nº 3956/81 (COTEB) e art.117 do RPAF/99.

Como já mencionado neste voto, no julgamento do Recurso de Ofício, o valor originalmente lançado foi restabelecido devido a apreciação da decadência aplicada na 1ª instância. Não foram apreciadas questões de mérito por qualquer dos Órgãos Julgadores.

Observo que, relativamente aos fundamentos que reduziram o valor exigido no lançamento fiscal em primeira Instância, trata da aplicação da decadência, que por ser matéria de ordem pública, foi devidamente apreciada. Na apreciação do Recurso de Ofício pela 1ª CJF, se decidiu por unanimidade, pela Procedência da autuação, afastando a decadência acolhida pela 2ª JJF, restabelecendo os valores lançados originalmente.

No seu Pedido de Reconsideração, o Recorrente afirmou que a CJF, reformando o julgado da JJF, aumentou sua condenação de R\$ 89.984,86 para R\$ 214.560,55. Aduziu que a discrepância entre os julgamentos, reside na data da intimação regular da Autuada, tendo a JJF considerado como sendo 11/03/22 e a CJF 13/12/19.

Apresentou entendimento que a CJF confundiu “*Ato de Instrução*”, com “*Ato Essencial à Validade do Lançamento*”. Disse que suas ponderações sustentam a pretensão defensiva, pois a intimação, para surtir os efeitos desejados, precisa ser regular/válida e, para tanto, o Contribuinte precisa, desde o primeiro momento, ter assegurado totalmente o direito de defesa. Se a primeira intimação não deu ao Contribuinte total capacidade de análise do lançamento e, por via conexa, integral liberdade da defesa, não pode ser considerada válida.

Frisou que ao prevalecer a posição adotada pela CJF, o prazo para a constituição do crédito tributário seria eternizado. Destacou não concordar com a posição até então adotada pela CJF e, requereu a reforma do julgamento, a fim de que seja, quanto a esse ponto defensivo, restaurado o valor de R\$ 89.984,86.

Sobre os fatos ora em análise, verifico que o início da ação fiscal foi comunicado ao contribuinte em 07/11/2019, com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, encaminhado via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, conforme mensagem 140917, postada em 05/11/2019, fl. 03-v, preenchendo o requisito formal previsto no art. 26 do RPAF/99. Os demonstrativos constam apensados aos autos às fls. 04 a 18, na forma impressa e em arquivo eletrônico – planilhas gravadas na mídia eletrônica – CD, anexado à fl. 136.

Encontra-se à fl. 21 deste processo, documento cientificando o Autuado do lançamento de ofício contendo em anexo o próprio Auto de Infração de nº 269.138.0078/19-0 em discussão, constando ainda, o demonstrativo de débito, e os demonstrativos com a memória de cálculo dos valores cobrados, ou seja, com a metodologia de cálculo dos valores apurados. Este Termo de Ciência foi encaminhado via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, conforme mensagem 144048, postada em 12/12/2019, com data de ciência e de leitura pelo Autuado no dia 13/12/2019.

O Sujeito Passivo interpôs defesa tempestiva fls. 23 a 62 em 27/01/2020. Nesta impugnação, o Autuado se referiu às planilhas recebidas, apontando quantidades ali contidas, que entendeu como incompatíveis com as reais movimentações da empresa autuada, conforme fl. 38 deste PAF.

A fl. 129, a 2ª JJF visando o saneamento processual, converte o processo em diligência fl. 129, a fim de que fosse disponibilizado ao Autuado, CD contendo cópia exata do demonstrativo analítico do levantamento fiscal, com os arquivos em formato tabela, sendo determinado a Reabertura do Prazo de Defesa, 60 (sessenta) dias, para o contribuinte se manifestar.

O Autuado foi intimado e recebeu a mídia eletrônica – CD com os demonstrativos analíticos em 11/03/2023, intimação fls. 132 a 135. Assim, entendeu a 2ª JJF ser esta data, a ser considerada como prazo para efeito de contagem final da decadência.

Assim, decidiu a 2ª JJF pela exclusão das ocorrências do lançamento até 31/12/2016, sob o fundamento de que foram alcançadas pela decadência, julgando o Auto de Infração Procedente em Parte.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) apreciou o Recurso de Ofício no dia 12/07/2023 (fls. 264 a 274), Acórdão 1ª CJF nº 0203-11/23, e em decisão unânime, Deu-lhe Provimento. Afastou a decadência aplicada em 1ª Instância, restabelecendo os valores lançados originalmente e julgou o Auto de Infração Procedente.

Examinando os elementos deste PAF, especialmente a decisão exarada pela 1ª CJF que afastou a decadência acolhida pela decisão de primeira instância, observo que não há reparo a ser feito sobre a referida decisão.

Não acato o entendimento do Recorrente, de que a data válida para contagem do prazo decadencial seria 11/03/22, somente a partir do recebimento dos documentos gerados por uma diligência

saneadora solicitada na primeira instância.

Cabe destacar, que a decadência se reporta à data dos fatos geradores, e considerando-se que o lançamento só está realizado e perfeito após intimação do sujeito passivo para tomada de ciência, são indiferentes as intimações posteriores decorrentes de imperfeições sanáveis do processo, já que em nada se altera dois pontos fundamentais: a data do fato gerador e a data ciência do lançamento em que o contribuinte é intimado a se defender.

Nesta linha de entendimento, por oportuno, peço vênica para reproduzir trecho, do brilhante voto do ilustre Relator, Dr. Ildemar José Landin, com o qual me alinho:

A intimação visa tão somente garantir o direito constitucional, seja em processo judicial, seja em processo administrativo, de garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, e isto foi feito, desde o dia 13.12.2019, já que o contribuinte não só tomou ciência da intimação, como se defendeu do lançamento, e ao se alegar cerceamento de defesa em outros processos similares, por ausência de demonstrativo analítico, a própria Junta sendo comunicada pela coordenação, solicitou que o contribuinte fosse intimado novamente com os demonstrativos analíticos.

Em que isto invalida a primeira intimação? NADA! A 1ª intimação cumpriu sua finalidade, de dar ciência da existência do processo garantindo o contraditório, a ampla defesa, e o devido processo legal. O que completa juridicamente o lançamento de ofício é a ciência do contribuinte, e não a correção de falhas processuais posteriores.

A segunda intimação apenas visou garantir a ampla defesa pela falta de demonstrativos analíticos. Aliás, já ocorreu inúmeras vezes neste Conselho de Fazenda, de haver falhas, e o contribuinte não receber demonstrativo algum, e ao impugnar o lançamento comunicando a sua incapacidade do exercício da ampla defesa, é novamente intimado para recebimento dos demonstrativos, reabrindo-se o prazo de impugnação, sem sequer se cogitar de invalidade da primeira intimação visto que a própria existência da impugnação em que se alegou cerceamento de defesa, já é prova inconteste de que a intimação cumpriu o seu efeito - dar ciência e possibilitar ao contribuinte exercer sua defesa, completando-se o ciclo jurídico do lançamento de ofício.

Da análise das demais razões aduzidas pelo Recorrente, verifico que as mesmas não serão apreciadas, visto que são estranhas a Decisão referente ao julgamento do Recurso de Ofício prolatado por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão 1ª CJF nº 0203-11/23.

Decretada, de ofício, a redução da multa referente a infração 1, de 100% para 60%, devido alteração na legislação. Modificada a decisão da 2ª Instância.

Diante do exposto, voto para CONHECER e NÃO PROVER o Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, **CONHECER** e **NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e de ofício modificar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269138.0078/19-0, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no **R\$ 214.296,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessória no montante **R\$ 263,92**, previstas no IX do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios, devendo ser o mesmo encaminhado para à Procuradoria Geral do Estado da Bahia através da sua Procuradoria Fiscal, para os devidos fins, diante do fato de estar **PREJUDICADA** a apreciação no âmbito administrativo, pela interposição de ação judicial relativa à matéria nela tratada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 1º de dezembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS

