

PROCESSO	- A. I. Nº 018184.0008/19-0
RECORRENTE	- DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0330-12/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/05/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0139-12/24-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Conforme já pacificado na jurisprudência do CONSEF, através da Súmula nº 12, para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração. Não há de se confundir “ciência” do Auto de Infração com “reabertura de prazo” por suposto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte em relação ao Auto de Infração. Considerando que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 29/11/2019 não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até 31/07/2016 restando correta a Decisão da CJF em restabelecer os valores originalmente exigidos. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO** e **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração apresentado contra a Decisão da 2ª CJF que através do Acórdão nº 0330-12/23-VD decidiu pelo Provimento do Recurso de Ofício, em razão do Acórdão 2ª JJF nº 0156-02/22-VD, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 25/11/2019, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$ 707.974,00, em razão do cometimento da seguinte infração:

“Recolheu ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 707.974,00. Período: janeiro 2016 a outubro 2017.

Esta CJF, em decisão de segundo grau, reformou a decisão de piso julgando Procedente em Parte, por unanimidade o presente Auto de Infração, com base no voto a seguir transscrito:

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício (art. 169, I, “a”) e Voluntário (art. 169, I, “b”) contra a decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide lavrado em 25/11/2019, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 707.974,00, mais multa de 60%, por falta de recolhimento de ICMS a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Fatos geradores ocorridos de janeiro 2016 a outubro de 2017.

De inicio, destaco que em pesquisas de jurisprudências do CONSEF, consultei as decisões de segundo grau, devido à exclusão que a meu ver tem conduções impróprias para o reconhecimento do instituto da decadência proferida para os períodos excluídos entre janeiro a julho de 2016, que passo a referendar minhas conclusões, através do Acórdão nº 0038-12/23-VD do relator Antonio Dijalma Lemos Barreto, julgado em 09/02/2023 por esta egrégia Câmara, no qual tenho o mesmo entendimento.

Para o Recurso de Ofício, a desoneração parcial decorreu por decadência em decisão unanime (verificado na ementa) e, por maioria (verificado na resolução). De inicio, vejo um erro material em relação as informações incorretas, que retifico, de ofício, conforme o art. 164, § 4º do RPAF, no sentido de pontuar que a decisão foi pela unanimidade, não consta voto divergente contrário a exclusão feita pelo relator, entendendo-se que fora pela unanimidade. Voltando a referida exclusão, o colegiado de piso entendeu que para efeito de contagem final da decadência, deve ser considerada a data na qual o sujeito passivo foi cientificado quanto ao recebimento dos demonstrativos da forma determinada na diligência, ou seja, 09/08/2021, o que traz em seu bojo os períodos autuados sobre os quais incidiria a decadência.

Da análise dos autos e da decisão desta casa verifico que, a empresa tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em lide em 29/11/2019 (fl. 331), tendo registro no mesmo dia e a lavratura em 25/11/2019, de forma pessoal através Contador Joadison Silva dos Santos, CPF Nº 610.695.665-00, (conforme foto de fl. 330), vejo que o sujeito passivo exerceu sua ampla defesa e assim o fez apresentando tempestivamente sua peça defensiva sob as fls. 334/350 (29/01/2020, tendo a contagem para apresentação da defesa iniciado em 02/12/2019 – segunda-feira), onde a patrona do recorrente reconhece e reitera na sua peça inicial a data de 16/03/2020, como a efetiva data da ciência da lavratura do auto em lide.

Assim, diante da confirmação pelo recorrente da ciência da lavratura do Auto de Infração em 29/11/2019, pontuo de que não há período decaído, pois não extrapolou o limite de 05 anos para a SEFAZ se prevalecer na emissão da autuação por incidência do instituto da decadência com prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN.

Verifico que, a exclusão do lançamento decorreu pelo acolhimento da extinção parcial do crédito constituído com base na ciência da lavratura em 09/08/2021, concluindo o colegiado de piso que a exação foi ajustada para R\$ 476.620,61, o qual com a devida vénia não concordo, tendo em vista restar comprovado nos autos a ciência efetiva em 29/11/2019, sob as fls. 330 e 331, portanto, entendo que não ocorreu a incidência do prazo de decadência dos lançamentos cujos fatos geradores se deram para os meses de janeiro a julho de 2016. Pontuo também que a Súmula nº 12, declara que a intimação é a data do conhecimento por parte do autuado.

Diante de tais evidências, com a devida vénia modifíco a Decisão recorrida e restabeleço o lançamento que fora excluído referente ao valor de R\$ 231.353,39, tendo, por fim, o valor total de R\$ 707.974,00 a ser cobrado no Auto de Infração.

Pelo exposto, voto pelo Provimento do Recurso de Ofício, restabelecendo para a totalidade do Auto de Infração, portanto, PROCEDENTE o crédito tributário lavrado.

Cientificado da referida Decisão, o contribuinte interpõe Pedido de Reconsideração, fls. 546/556, no qual inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação e sua admissibilidade.

A seguir assevera que ao longo de todo o processo ficou fartamente comprovado que a recorrente teve muitas dificuldades em exercer seu direito à ampla defesa, pois as peças processuais demonstrativas do procedimento de fiscalização foram apresentadas inicialmente de forma precária, dificultando sobremaneira o entendimento das infrações imputadas, em formato PDF exclusivamente.

Esclarece de imediato que, a alegação de que existem no mercado ferramentas/aplicativos que convertem os arquivos em formato PDF para EXCEL estão disponíveis, é fato, mas alerta que quando os mesmos possuem grande quantidade de páginas com dados, a citada conversão normalmente desconfigura o leiaute dos demonstrativos, dificultando ainda mais as análises, tendo em vista que certos dados podem ser vinculados às variáveis erradas.

Destaca que a Fiscalização, atualmente, com os dados dos documentos fiscais e escrita fiscal serem eletrônicos trouxe um maior alcance sobre os roteiros de Auditoria, gerando muito mais informações e dados a serem analisados. Tanto que o Estado decidiu, alguns anos atrás, por Lei, que os autos de infração deveriam ser desmembrados para se conter apenas uma infração em seu bojo.

Com isso não pode ser considerada como ciência a simples apresentação de um ato administrativo incompleto, confuso, com deficiência, com vícios, não se constituindo como um ato jurídico perfeito.

Com base neste entendimento foi que a 2ª Junta de Julgamento Fiscal acertadamente reabriu o prazo de defesa, após o Autuante reestabelecer os corretos demonstrativos das infrações, momento em que se estabeleceu a possibilidade de se concretizar a ciência de forma plena, quando dessa vez disponibilizou os demonstrativos em planilhas do EXCEL.

Nesta premissa se estabeleceu que o prazo de contagem decadencial deveria ser o momento em que se reabriu o prazo de defesa, momento em que efetivamente pôde a recorrente exercer seu direito à ampla defesa, o que com isso reduziu o valor do débito para R\$ 476.620,61, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Com tal decisão, o entendimento é o de que a manutenção do processo como se encontrava, poderia desembocar na sua declaração de nulidade, se não fosse a diligência saneadora determinada, voltando o feito a sua etapa inicial, qual seja apresentação de nova defesa, após a entrega dos arquivos em formato Excel, reiniciando a sua tramitação, com a garantia de estar

devidamente saneado tanto no aspecto formal, quanto material.

Destaca que este é o entendimento majoritário nas Juntas de Julgamento Fiscal, podendo mencionar que em julgamento realizado em 26 de outubro de 2021, inclusive sob a mesma composição da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, tese ora esposada foi acolhida à unanimidade, quando do julgamento do Auto de Infração nº 206896.0010/17-3, do qual resultou o Acórdão JJF nº 0212-02/21-VD, cujo voto copiou.

Assevera que naquela oportunidade, não se aventou qualquer divergência ou dissensão quanto ao entendimento de que o prazo para contagem decadencial era o da regular ciência ao contribuinte dos termos, elementos e documentos que embasaram a autuação.

Destaca que o ora discutido vem a atender ao quanto disposto na Súmula CONSEF 12, e, ressalta que não se pode considerar como ciência, aquela que realizada e que não proporcionou ao contribuinte o pleno exercício de seu direito de defesa e do contencioso.

Adicionalmente, e com o mesmo entendimento de que o ato jurídico da ciência só se torna perfeito com a plenitude do entendimento do lançamento fiscal, destaca o trecho da ementa do Acórdão CJF Nº 0354-12/14.

Afirma que o exemplo citado demonstra que, para se considerar completo o procedimento fiscal, o mesmo deve estar com todas suas provas e estas demonstradas da forma mais objetiva possível, para facilitar o entendimento, para que o Contribuinte tenha ciência efetiva da auditoria.

Acrescenta que o Art. 18, IV, ‘a’ do RPAF/BA estabelece que são nulos os lançamentos “*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*”. Consequentemente, não se pode considerar o Contribuinte como ciente de um ato administrativo que não possui estes elementos dispostos de forma clara e objetiva, e que se consiga exercer o direito à ampla defesa.

Conclui que o julgamento de segunda instância não observou que o cerne da questão reside no fato de que a empresa NÃO tomou ciência **de fato** quando da primeira intimação recebida, a qual o relator da Câmara menciona, mas apenas quando da **reabertura do prazo de defesa**.

Salientar que com a reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias é característico de nulidade de todo aquele procedimento prévio, pois do contrário o prazo seria apenas para se manifestar, de 10 (dez) dias, e transcreve o disposto no § 1º, do Art. 18 do RPAF.

Externa o entendimento de que quando se fornece o prazo de 10 (dez) dias para manifestação por parte da autuada é quando ainda há ‘sobrevida’ ao procedimento fiscal apenas realizando as diligências necessárias e oportunizando o contribuinte a fazer suas análises. Ocorre que, quando se reabre o prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, que foi o caso em lide, é demonstração de que aqueles autos, como estavam, eram imprestáveis ao fim que se destinavam, tanto que corria o perigo de abarcar em nulidade, como externado no voto de primeira instância. Consequentemente, aquela ciência inicial deve ser preterida.

Finaliza reiterando os pedidos formulados em sede de Impugnação, manifestações e Recurso, e requer que seja admitido o presente PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, pois possui seus pressupostos legais para tanto, de forma que seja retomada a decisão de primeira instância, com a consequente declaração de PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, interposto pelo contribuinte, solicitando a restauração da condenação imposta pela JJF.

Inicialmente cumpre analisar a admissibilidade do Pedido de Reconsideração apresentado. Assim é que o RPAF/99, no seu Art. 169, I, “d”, estabelece que o requisito ou pressuposto para a sua admissibilidade é que a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, em julgamento de Recurso de Ofício, a de 1ª Instância em processo administrativo fiscal.

No caso sob análise observo que os autos foram apreciados pela 2ª JJF e julgado “Procedente em

Parte”, por unanimidade, Acórdão nº 0156-02/22-VD, visto que fora aplicada a decadência para os fatos geradores ocorridos até 31/07/2016. Assim, após a exclusão dos valores considerados decaídos, subsistiu parcialmente o Auto de Infração no valor de R\$ 476.620,61.

Em virtude da 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, sendo assim, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) apreciou o Recurso de Ofício, e, através do, Acórdão CJF nº 0330-12/23-VD, 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, e, consequentemente, houve modificação da Decisão de Primeira Instância administrativa, razão do CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração interposto pelo sujeito passivo, cuja análise será feita a seguir.

No seu Pedido de Reconsideração, o Recorrente sustenta que a empresa NÃO tomou ciência de fato quando da primeira intimação recebida, como citado na análise do Recurso de Ofício, mas apenas quando da reabertura do prazo de defesa, em 09/08/2021.

Asseverou que a reabertura do prazo de defesa de 60 dias é como se anulasse todo aquele procedimento prévio e, consequentemente, a ciência inicial mencionada pelo Relator da Câmara.

Como dito anteriormente no julgamento de 1ª Instância, o valor originalmente lançado foi reduzido em razão da exclusão dos valores alcançados pela decadência, por ter sido considerado, para efeito de contagem, a data na qual o sujeito passivo foi cientificado do recebimento dos demonstrativos, da forma determinada na diligência, ou seja, em 19/04/2021, enquanto que a Decisão da CJF foi de que a ciência da lavratura do Auto de Infração ocorreu em 29/11/2019, de forma presencial, de acordo com os documentos de fls.330 e 331.

Sobre os fatos ora em análise, verifico que na intimação ocorrida em 29/11/2019, fl. 330, o autuado foi cientificado do lançamento de ofício, oportunidade em que lhe foi entregue, através do seu contador, o próprio Auto de Infração de nº 0181840008/19-0 em discussão, assim como CD contendo os demonstrativos com a memória de cálculo dos valores, exigidos, ou seja, com a metodologia de cálculo dos valores apurados.

O Sujeito Passivo interpôs defesa tempestiva fls. 334/350 em 29/01/2020. Nesta impugnação, o Autuado baseado nas planilhas recebidas, apontou itens que entendeu como indevidos cometidos pela fiscalização.

Visando o saneamento processual, a 2ª JJF converteu o processo em diligência, a fim de que fosse disponibilizado ao Autuado, CD contendo cópia dos demonstrativos suporte da autuação em formato editável, sendo determinada a Reabertura do Prazo de Defesa, 60 (sessenta) dias, para o contribuinte manifestar-se.

Examinando os elementos deste PAF, especialmente a decisão exarada pela 2ª CJF que afastou a decadência acolhida pela decisão de Primeira Instância, observo que não há reparo a ser feito sobre a referida decisão, isso por que não acato o entendimento do Recorrente, de que a data válida para contagem do prazo decadencial seria 09/08/2021, a partir do recebimento dos documentos gerados por uma diligência, na medida em que a intimação ocorrida em 29/11/2019 se relaciona ao lançamento original, do qual o autuado se defendeu e motivou a conversão do PAF em diligência, possibilitando ao autuado nova intervenção nos autos, não havendo que se falar em nova contagem para efeito de prazo decadencial, devendo prevalecer a intimação inicial.

Nesta circunstância, como a ciência do Auto de Infração ocorreu em 29/11/2019, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores até julho de 2016, restando correta a Decisão da CJF em restabelecer os valores relativos aos meses de janeiro a julho/2016, conforme regra do art. 150, § 4º do CTN.

Vale ressaltar, que conforme Súmula nº 12 deste CONSEF: *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”.*

Destaco que questão idêntica já foi enfrentada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste

Conselho, ao apreciar o Recurso de Pedido de Reconsideração interposto por esta mesma empresa, através do Acórdão CJF nº 0351-12/23-VD, e, por oportuno, peço vênia para reproduzir trecho, do brilhante voto do ilustre Relator Fernando Brito de Araújo, com o qual me alinho:

Da análise da prejudicial de mérito de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, estabelecido no artigo 150, § 4º do CTN, tendo a 2ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0038-12/23-VD, entendido ter decaídos apenas os fatos geradores de janeiro a junho de 2014 e, em consequência, restabelecido os valores relativos aos meses de julho de 2014 a março de 2016, que haviam sido desonerados pela 2ª JJF através do Acórdão JJF nº 0132-02/22-VD, por entender a decisão de piso que "... para efeito de contagem final da decadência, deve ser considerada a data na qual o sujeito passivo foi cientificado quanto ao recebimento dos demonstrativos da forma determinada na diligência, ou seja, 19/04/2021, o que traz em seu bojo a ampliação dos períodos autuados sobre os quais incidiria a decadência.", temos a ressaltar que, conforme já pacificado na jurisprudência do CONSEF, através da Súmula nº 12, para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.

Assim, só quando da ciência ao sujeito passivo do lançamento de ofício, ocorrida em 09/07/2019, conforme recibo à fl. 12 dos autos, o lançamento de ofício se completou, conforme Súmula nº 12 do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, pois, inegável ter sido o contribuinte cientificado da lavratura do Auto de Infração, oportunidade que completou o lançamento de ofício, ocasião que passou a correr o prazo de 60 dias para efetuar o pagamento do débito apurado ou apresentar defesa acerca do lançamento de ofício, o que inclusive ocorreu, já que o contribuinte, em 09/09/19, apresentou sua impugnação ao Auto de Infração, consoante laudas de nº 17 a 58 dos autos, tendo naquela oportunidade, entre outras alegações, arguido a decadência dos fatos geradores anteriores a 09/07/2014 (fls. 24 a 31), assim como erro material.

(...)

Nesta condição, como a ciência do Auto de Infração ocorreu em 09/07/2019, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos a partir de julho/2014, restando correta Decisão da CJF em restabelecer os valores relativos aos meses de julho/2014 a março/2016, conforme regra do art. 150, § 4º do CTN.

Portanto, não há de confundir "ciência" do Auto de Infração com "reabertura de prazo" por suposto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte em relação ao Auto de Infração, o que por si já demonstra a própria ciência do lançamento de ofício, pois se houve cerceamento pela falta de demonstrativos passíveis de análises é justamente em razão de ter havido a ciência válida.

Por fim, quanto ao Acórdão CJF N° 0354-12/14, o qual o recorrente traz como paradigma de que o ato jurídico da ciência só se torna perfeito com a plenitude do entendimento do lançamento fiscal, trata-se de matéria diversa à lide - e sequer haveria efeito vinculante, caso houvesse identificação da matéria -, pois nele se discute questão da natureza material ou formal da nulidade declarada para efeito de aplicação das regras do artigo 173, incisos I ou II do CTN, do prazo decadencial.

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER e NÃO PROVER o Pedido de Reconsideração interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, CONHECER e NÃO PROVER o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 018184.0008/19-0, lavrado contra DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 704.596,77, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS