

A.I. Nº - 178891.0012/20-6
AUTUADO - HEMOCAT COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/02//2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE REGISTRO DE SAÍDAS EM VALOR SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Provado nos autos que a ciência tácita da Intimação Fiscal dando ciência da existência do AI se deu após o prazo de cinco anos para constituição do crédito tributário, previsto no art. 173, I do CTN. Rejeitada a arguição de nulidade e acolhida a arguição de extinção por decadência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 23/12/2020, para exigir o valor total de R\$108.225,51, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 - **04.05.02**. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$108.225,51. Período: Exercício 2015. Enquadramento legal: Arts. 2º, I, 23-B, da Lei 7014/96, c/c art. 83, I, do RICMS-BA/2012 e art. 13, I da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III da Lei 7014/96.

A Impugnante apresenta defesa às fls. 34-45-v, nos termos a seguir sintetizados.

Após se identificar e reproduzir a infração, inicialmente alega decadência do crédito tributário com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, pois os fatos geradores ocorreram entre janeiro a dezembro 2015, sendo certo que a Impugnante só foi intimada da autuação em 02/01/2021.

Destaca que a emissão do AI no DT-e ocorreu em 23/12/2020, sendo que a contagem para início do prazo de cinco dias para ciência tácita somente ocorre em dia de expediente normal, portanto, no caso, em 28/12/2020, em virtude do feriado de Natal, conforme plotagem exposta na peça defensiva, bem como a anotação sobre ciência tácita exposta no manual do DT-e da SEFAZ:

Prazo para leitura da mensagem antes da ciência tácita: o prazo é de cinco dias, contado da seguinte forma: os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento. Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou onde deva ser praticado o ato.

Por ter o mesmo teor, também reproduz o art. 22 do RPAF, de modo que a ciência tácita ocorreu em 02/01/2021, isto porque o início do prazo se deu em 28/12/2020 (primeiro dia de expediente normal após a emissão do AI) e venceu em 02/01/2021 (também primeiro dia de expediente normal, após a contagem do prazo de cinco dias).

Por conseguinte, por qualquer perspectiva, os créditos relativos ao período 01/01 a 31/12/2015 se encontram fulminados pelo transcurso do prazo decadencial de 5 anos, ainda mais porque se tratando de tributo sujeito à modalidade de lançamento por homologação a Impugnante recolheu

quase a totalidade do tributo que entende por devido nas referidas competências, permanecendo em disputa apenas supostas omissões de saída, em face do levantamento quantitativo de estoque, de forma que, de acordo com entendimento consolidado pelo STJ deve ser observada a regra contida no art. 150, § 4º do CTN, conforme ementas de decisões reproduzidas.

Segundo, no item “2.1 – Da Nulidade do Auto de Infração”, diz que o AI contém vícios que levam à sua nulidade como ausência de fundamentação, pois não se demonstra as razões e motivos do lançamento fiscal no que toca à diferença de estoques, de modo que contraria o art. 142 do CTN. Nesse sentido, após reproduzir excertos de doutrina e ementa de decisão do CONSEF, pede a nulidade com fundamento no art. 18 do RPAF, reproduzido.

No item “3. Mérito”, trata da impossibilidade de lançamento pautado em meras presunções, sendo necessária a busca da verdade material, consignando que à Impugnante não cabe o ônus de provar que não cometeu equívocos no que toca ao seu quantitativo de estoques, mas, exclusivamente, à autoridade administrativa provar as incorreções, por força do disposto no art. 142 do CTN, mais uma vez reproduzido, de modo a ser nulo o AI, pois a disciplina contida no citado artigo obriga o sujeito ativo a fazer um levantamento completo, a partir de fatos indiscutíveis, inquestionáveis e bem definidos, não de meras presunções para a produção de autos de infração, sem a determinação da matéria tributável, na expectativa que o sujeito passivo a determine na Impugnação, de modo que não pode haver suposições na esperança de que a falha na defesa do sujeito passivo termine por tornar líquido e certo, pela omissão ou impossível prova negativa, a ilíquida, incerta e indeterminável matéria tributável.

Segundo, reproduz o art. 3º da Portaria 445/98, excertos doutrinários e novas ementas de decisões do CONSEF, em suporte aos seus argumentos.

No item “3.2. Do caráter confiscatório da multa aplicada”, diz que em que pese estar de acordo com o art. 42, III da Lei 7014/96, é desarrazoada, desproporcional e de caráter confiscatório por agredir o art. 150, II, da CF/88, conforme entendimento da doutrina e do STF.

Concluindo, pede: (i) Preliminarmente, a declaração de extinção dos créditos tributários; (ii) No mérito, a declaração de nulidade da autuação; (iii) Subsidiariamente, o afastamento da penalidade no patamar de 100%.

De forma bastante sucinta, a informação fiscal consta às fls. 66-67.

Sobre a arguição de decadência diz apenas que o crédito tributário “tem como origem em omissão de saída de mercadorias tributadas maior que a omissão de entradas (fls. 07 a 11). Logo não há que se falar em decadência de levantamento quantitativo de estoque”.

Sobre a preliminar de nulidade diz não identificar no PAF nenhum procedimento, ou sua ausência, que culmine em nulidade, na forma prevista no art. 18 do RPAF.

Quanto ao mérito diz que a acusação se verifica nas fls. 40-43 e da leitura da narrativa da Impugnação não há nada que contraponha os valores apurados e apresentados na ação fiscal e que a multa proposta é a prevista na legislação.

À fl. 73 consta pedido de diligência para aplicação das perdas prevista na Portaria 445/98 alterada pela Portaria 001/2020, para a qual o autor do feito informou já ter originalmente considerada no procedimento fiscal do qual decorre o crédito tributário que exige.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de única infração, cuja exação foi apurada por levantamento quantitativo de estoque, tendo por data de ocorrência 31/12/2015.

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 04 e 30, bem como do que se depreende da Impugnação, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 07-27 e CD de fl. 28); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Portanto, não há espaço para a nulidade suscitada. Rejeito-a, então.

Argumentando contagem do prazo decadencial para lançamento por homologação previsto no art. 150, § 4º do CTN, a Impugnante pediu a declaração de decadência do crédito tributário cuja data de ocorrência é 31/12/2015, tendo em vista somente ter conhecido o A.I. lavrado em 23/12/2020, em 02/01/2021, quando transcorrido o tempo regulamentar de cinco dias para leitura tácita da Intimação Fiscal informando a existência do AI, enviada em 23/12/2020 via DT-e, mas, em virtude da falta de expediente fazendário em 24/12/2020 (Natal), e em conformidade com o disposto no art. 22, § 1º do RPAF, corroborado com o exposto no Manual do DT-e da SEFAZ, tal prazo se iniciou em 28/12/2020, tendo em vista que os prazos processuais são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento.

Por sua vez, contra a alegação de decadência, a autoridade fiscal autuante apenas disse que o crédito tributário “tem como origem a omissão de saída de mercadorias tributadas maior que a omissão de entradas (fls. 07 a 11). Logo não há que se falar em decadência de levantamento quantitativo de estoque”.

Pois bem, ainda que o caso não seja de lançamento por homologação, mas de lançamento de ofício de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação, quando, no caso de levantamento quantitativo de estoque o prazo decadencial deve ser contado pela regra geral contida no art. 173, I do CTN, ou seja, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, observando que o entendimento consagrado tanto na doutrina, como na jurisprudência, no caso do lançamento de ofício, a ciência do sujeito ativo sobre a exação fiscal, com seus efeitos de exigibilidade para pagamento ou sua suspensão pela apresentação da defesa administrativa, é o elemento que completa a constituição do crédito tributário, considerando que: a) em face da falta de expediente em 24/12/2020 o primeiro dia de expediente normal para iniciar a contagem do prazo de 5 (cinco) dias em apreço foi 28/12/2020; b) também a falta de expediente normal na SEFAZ em 01/01/2021; c) a ciência tácita da Intimação Fiscal de existência do AI, de fato, somente ocorreu em 02/01/2021 por ser o primeiro dia posterior de expediente normal na SEFAZ.

Ora, nesse caso, sendo o fato gerador da ocorrência datado de 31/12/2015, o prazo de cinco anos do direito para a Fazenda Pública constituir, de ofício, o crédito tributário a que se propõe neste caso iniciou-se em 01/01/2016 e findou-se em 31/12/2020.

Tendo em vista que o crédito tributário culminado com a ciência legal, de fato ocorreu em 02/01/2021, com fundamento no art. 22, § 1º do RPAF, reconheço a extinção do crédito tributário carreado no PAF em análise:

Art. 22. Os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento.

§ 1º Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou onde deva ser praticado o ato.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **178891.0012/20-6**, lavrado contra **HEMOCAT COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR