

**A. I. Nº** - 141596.0005/13-6  
**AUTUADO** - ATIVO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 07/10/2014

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0216-03/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO Infração reconhecida. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL LANÇADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 4. DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O autuado não comprova retorno do bem ao seu estabelecimento. Infração caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias. Infração não contestada. 6. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A infração 06 não se encontra devidamente caracterizada, considerando a inexistência no PAF, do demonstrativo de débito. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação, cerceando o direito de defesa. Infração nula. 7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. 8. OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÕES. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LANÇAMENTO A MENOS. Fato reconhecido. 9. DOCUMENTOS FISCAIS. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. A declaração incorreta de dados na DMA sujeita o contribuinte a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória. Infração subsistente. Afastada preliminar de nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 20/12/2013, exige crédito tributário no valor de R\$25.341,57, em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, no mês de março de 2008 no valor de R\$115,03 acrescido da multa de 60%;
2. deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, nos meses de julho a outubro de 2008, no valor de R\$5.017,81 acrescido da multa de 60%;
3. falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, no mês de junho de 2008 no valor de R\$170,00 acrescido da multa de 60%;
4. falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, remessa sem retorno, no mês de julho de 2008 no valor de R\$7.650,00 acrescido da multa de 60%;
5. deu entrada no estabelecimento em mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos mês de janeiro de 2008, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não registradas, totalizando R\$12,18;
6. falta de recolhimento nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, levantamento quantitativo por espécie de mercadorias – omissões de saídas tributadas, nos meses de março e abril de 2008 no valor de R\$1.396,70;
7. falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, no exercício de 2008, no valor de R\$10.040,51 acrescido da multa de 70%;
8. recolhimento a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização indevida da taxa cambial, nos meses de janeiro, março, abril, junho, julho e setembro de 2008, no valor de R\$799,34 acrescido da multa de 60%;
9. declaração incorreta de dados na informação econômico-fiscal, apresentados através de DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, no mês de dezembro de 2008 sendo aplicada multa fixa de R\$140,00.

O autuado impugna o lançamento fls.90/97, através de advogado, procuração fl. 102. Resume as infrações que lhe foram imputadas.

Declara que por liberalidade, tendo em vista a dificuldade de verificação tributária, e tendo em vista o escopo de não gerar passivo tributário, independente da decadência que se vislumbra neste caso, realizou o pagamento integral dos valores correspondentes às infrações 01, 03, 05 e 08, extinguindo-se o crédito tributário, razão porque estas quatro infrações não serão objeto de impugnação. Quanto às infrações 02, 04 e 06, afirma que realizará o pagamento parcial, nos valores de R\$497,25, R\$993,48 e R\$147,82 respectivamente.

Diz que conforme se pode verificar na anotação na parte inferior do Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, devidamente acompanhada do carimbo da auditora fiscal responsável pela autuação, o livro de Registro de Saídas da impugnante, referente ao ano de 2008, foi extraviado na Secretaria da Fazenda Estadual enquanto estava sob sua responsabilidade. Não foi localizado, pelos servidores daquele Órgão, para devolvê-lo ao impugnante.

Aduz que, igualmente, se pode observar das infrações consignadas no auto de infração, estas tiveram como ano-referência exatamente o exercício de 2008. Mais propriamente, as infrações de número 06 e 07 dizem respeito a omissão de saídas. Menciona que desta circunstância – extravio

do livro fiscal em poder da Secretaria da Fazenda – decorre a impossibilidade de integral direito de defesa da impugnante, pois boa parte de sua prova está consubstanciada no seu livro fiscal (instrumento legítimo de registros de saídas).

Frisa que seu direito de defesa ficou prejudicado diante de tal circunstância e qualquer decisão sobre tais infrações que poderiam ser provadas via livro de Registro de Saída, será proferida com preterição do amplo direito de defesa. É por isso que tais infrações seriam notadamente nulas, nos termos do artigo 18 do RPAF/99, que transcreve.

Aduz que mais um ponto anterior ao mérito da autuação precisa ser considerado: como os fatos geradores desta autuação ocorreram durante o ano de 2008 e estão submetidos a lançamento por homologação, resta evidente que o direito de a Administração Tributária lançar de ofício as diferenças eventualmente apuradas, já decaiu.

Alega que a data da ocorrência dos fatos geradores que estão sendo levados em consideração na autuação, data de março/2008 a dezembro/2008. O ICMS é tributo sujeito a lançamento por homologação, sendo guardada à Administração Tributária a faculdade de lançar de ofício eventuais diferenças.

Sobre a matéria, cita e reproduz o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN). Conclui ser evidente, que o prazo decadencial para lançar os tributos referentes a esta autuação, se operou durante o ano de 2013 (entre março e dezembro de 2013), a correspondente a data de cada fato gerador. Salienta que mais um dado importa ser ressaltado: mesmo que se considerasse, apenas por hipótese, que, no presente caso, o prazo decadencial inicial seria o primeiro dia do exercício seguinte (01/01/2009), ainda assim, o crédito decorrente desta infração estaria decaído, já que a impugnante somente foi intimada do lançamento fiscal em 06/01/2014 -- após 5 (cinco) anos. Reforça seu argumento reproduzindo jurisprudência do STJ. Requer se declare a decadência do direito de lançar quanto às infrações descritas no auto de infração.

No mérito, afirma que as infrações 06 e 07, na parte não impugnada, como aludida anteriormente, dizem respeito à omissão de saídas. Menciona que todas as afirmações da fiscal foram checadas no seu controle de entradas e saídas, de onde se confirma que estão todas escrituradas. Aduz que o seu livro de Saídas, instrumento legal de prova da escrituração, foi extraviado dentro da SEFAZ, de modo que não pôde realizar a sua juntada a estes autos, quando se comprovaria suas alegações.

Sustenta que qualquer outro documento fiscal que pudesse comprovar estas saídas, já não podem mais ser trazidos pela impugnante, porque decorreu o prazo de 5 (cinco) anos, a partir de quando esta não detém mais obrigação legal de ter os referidos documentos, como também os referidos documentos estariam, por conta do decorrer do tempo, praticamente ilegíveis.

Declara que em mesma situação incorre à infração 02, na parte não reconhecida e na infração 04. No caso da infração 02, embora no sistema de controle da empresa constem as notas fiscais de retorno das referidas mercadorias, tais documentos não se encontram mais legíveis diante do decurso do tempo – superior a 05 (cinco) anos, de modo que não havia obrigação legal de mantê-los. Igualmente, em relação à infração 04.

Requer seja declarada a decadência dos supostos créditos tributários decorrentes do Auto de Infração; subsidiariamente, que sejam declaradas nulas as autuações que dependem do livro de Registros de Saídas para realização da prova; por fim, e também subsidiariamente, requer seja julgado totalmente improcedente em relação às infrações e valores impugnados e a produção de provas em todos os meios admitidos.

A autuante prestou informação fiscal fls.108/109. Diz que a impugnante não contestou as infrações 01, 03, 05 e 08, afirmando que faria o recolhimento dos respectivos débitos. Quanto às infrações 02 e 06, comprometeu-se a efetuar o pagamento parcial dos montantes a elas referidos.

Afirma que quanto ao extravio de livro fiscal – Registro de Saídas – a defendente alega que o mesmo não fora localizado para devolução, o que lhe causou “impossibilidade integral de direito à defesa” e “mais propriamente às infrações de números 06 e 07...”.

Contesta tais alegações dizendo que as citadas infrações não poderiam jamais ter sua impugnação baseada no referido livro fiscal, mas tão somente nos livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Inventário, bem como, nos demonstrativos das entradas e saídas das mercadorias, baseados nos seus arquivos magnéticos e documentos fiscais, cujas cópias lhe foram entregues quando da ciência assinada no AI pelo seu representante legal. Diz que o referido livro fiscal encontrava-se no setor de fotocópias, para que se pudessem comprovar as infrações 02 e 04, conforme cópias do mesmo em anexo e em nenhum momento foi-lhe afirmado que o livro tinha sido extraviado. Tão logo foi resgatado, tal fato foi comunicado, por telefone, à empresa, cujo representante comprometeu-se a enviar um funcionário à repartição fiscal - o que só ocorreu em 09/01/2014 - para que o livro lhe fosse devolvido.

Argumenta que improcedem suas afirmações de que houve “prejuízo ao direito de defesa”, pois a devolução do citado livro ocorreu um mês antes do cadastramento da defesa do AI que se deu em 04/02/14 - tempo suficiente para que a defendente formulasse a citada impugnação. Diz somar-se a isto, o fato de os livros fiscais, emitidos por processamento de dados, constituir-se em registros de informações geradas pelo próprio contribuinte, com certeza, deveriam está gravados no seu sistema, gerando a possibilidade de nova impressão e encadernamento, se fosse o caso. Afirma que a impugnante ainda poderia basear-se nos registros contidos nos seus arquivos magnéticos, conforme fez a fiscalização. Conclui não proceder, portanto, o pedido de nulidade do auto de infração.

Explica que em resumo, a comprovação de falta de recolhimento do imposto constata-se quando do confronto do saldo devedor, constante do Registro de Apuração do ICMS, com os valores constantes nos DAEs e extratos obtidos nos sistemas da SEFAZ. As operações efetuadas sem emissão de documentos fiscais constata-se quando não se encontram as notas fiscais que deveriam acobertar as mercadorias, tampouco as mesmas não se encontram relacionadas no livro Registro de Inventário da empresa.

Reafirma que o atraso na devolução do livro de Saídas coincidiu com o período em que a defendente, supostamente encontrava-se no alegado recesso de fim de ano, segundo declaração de seu representante, que também se recusou a comparecer à repartição fiscal, a fim de tomar ciência do AI - o que ocasionou o atraso na entrega da segunda via dos mesmos e demais demonstrativos da apuração das infrações. Mencionou que, também não adiantaria a fiscal dirigir-se à sede da empresa, pois lá não encontraria ninguém. Acredita que a defendente esteja agora, tentando se beneficiar da sua omissão/recusa.

No tocante à alegação de decadência, diz que para efeito de cobrança dos débitos relativos às infrações, a legislação pertinente prevê que a decadência passa a contar, a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao fiscalizado. Observa que o CTN inclusive preconiza esta linha.

Ressalta que não procede a pretensão defensiva de que seja anulado o auto de infração, pelo que ratifica o procedimento fiscal na sua totalidade.

Considerando a informação da autuante de que os livros arrecadados pela fiscalização, inclusive o livro Registro de Saídas, foram devolvidos somente no dia 09.01.2014, na fase instrutória foi verificado que o autuado não contou com prazo legal de 30 (trinta) dias na posse de todos os seus livros e documentos fiscais para elaborar sua impugnação, esta 3ªJF, em pauta suplementar,

decidiu que o processo deveria ser convertido em diligência, fl.120, para que a autuante tomasse as seguintes providências:

- a) reabrisse o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que o autuado, querendo, se manifestasse;
- b) caso o Autuado se manifestasse, deveria a Autuante proceder à nova informação fiscal.

Cumprida a diligência, a empresa volta a se manifestar fls.128/138. Repete as infrações que lhe foram imputadas. Afirma que diante da resposta dada pela informação fiscal ao pedido formulado pela 3ª JJF, de que teria ocorrido atraso na entrega dos livros fiscais indicados pela autuada, vez que a devolução teria ocorrido em 09.01.2014, não resta dúvida de que a irregularidade apontada na defesa administrativa, qual seja, a ausência de devolução do livro de Saídas persiste no caso em tela, razão pela qual permanece prejudicada a defesa da autuada.

Reitera pagamento integral das infrações 01, 03, 05 e 08 e parcial das infrações 02 e 06. Afirma que até a data da manifestação fiscal, seu livro de Saída não teria sido devolvido. Sustenta que apesar da autuante afirmar que teria realizado a devolução do citado livro em 09.01.2014, no Termo de Recebimento demonstra a ausência de qualquer menção à devolução do livro em comento, conforme ressalva feita pela própria autuante diretamente no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos.

Assevera que o livro de Registro de Saídas referente ao exercício de 2008 foi extraviado na Secretaria da Fazenda Estadual, enquanto estava sob sua responsabilidade. Menciona que teria recebido documento intitulado “cientificação” cujo objeto foi dar ciência à parte do auto de infração em epígrafe informando o prazo para defesa ou pagamento, juntando cópia do auto, das planilhas e do levantamento por espécie de mercadorias, mas em momento algum o documento em questão menciona a entrega de livros fiscais a autuada.

Frisa que as infrações consignadas no presente lançamento fiscal, tiveram como ano referência o exercício de 2008 e as infrações 06 e 07 dizem respeito a omissões de saídas, e o extravio do livro de Saídas em poder da Secretaria da Fazenda, lhe impossibilita o integral direito de defesa, pois boa parte de sua prova estaria consubstanciada no livro fiscal.

Invoca o art. 18 do RPAF/99 para requerer a nulidade do lançamento. De igual forma o art. 150 do CTN para arguir a decadência dos lançamentos realizados de março a dezembro de 2008. Reproduz jurisprudência sobre o tema.

Quanto ao mérito afirma que sobre as infrações 06 e 07, a parte impugnada, refere-se a omissão de saídas. Sustenta que todas as afirmações da autuante foram checadas no controle de entradas e saídas da impugnante de onde se confirma que estão todas devidamente escrituradas, no entanto não pode realizar a prova necessária devido ao extravio do livro fiscal já mencionado.

Acrescenta que aliado a tal argumento, qualquer outro documento fiscal que pudesse comprovar estas saídas, já não podem mais ser trazidos pela impugnante porque decorreu o prazo de 5 (cinco) anos a partir de quando esta não detém mais a obrigação legal de ter os referidos documentos e que também, pelo decorrer do tempo os próprios documentos estão praticamente ilegíveis. Diz que esta mesma situação se repete para a infração 02 na parte não reconhecida. Requer a improcedência da autuação nos valores impugnados.

A autuante em nova informação fiscal fl. 147, diz que analisando a segunda defesa apresentada pela autuada, verifica que a mesma não traz nenhum fato novo que possa alterar o julgamento do presente PAF, limitando-se a repetir as alegações contidas na primeira impugnação. Ratifica a informação fiscal apresentada a fl.123. Acredita que a defendente apenas pretende postergar o recolhimento do débito ainda omissa.

Sobre a alegação de não devolução de livro fiscal diz que se encontra comprovada a total devolução do material arrecadado na cópia do Termo de Arrecadação contida à fl.110 do

processo antes da apresentação da 1ª defesa. Afirmar ter ocorrido atraso pelos motivos já registrados na 1ª informação fiscal fl.109 do PAF.

A respeito da alegação defensiva de que só tomou conhecimento do auto de infração em data posterior a prevista na legislação fiscal, diz que a justificativa para o fato encontra-se arrolada no Termo de Ocorrência/Encerramento da fiscalização, fl. 85. Quanto a decadência, afirma que mantém o que registrou na 1ª informação fiscal. Retorna o PAF para julgamento.

## VOTO

O presente lançamento exige crédito tributário em decorrência de 09 (nove) infrações à legislação tributária, devidamente relatadas.

O autuado em suas razões defensivas acatou as infrações 01, 03, 05 e 08. Constatado que não existe lide a ser julgada em relação a estas infrações, pois o sujeito passivo ao concordar com as mesmas acabou por reconhecer a sua subsistência, devendo ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99. Mantidos estes lançamentos.

Cabe-me, inicialmente, apreciar a arguição defensiva de que o direito de a Fazenda Pública em constituir o crédito tributário, relacionados ao exercício de 2008, já houvera decaído, conforme faço a seguir.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, preveem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2008, valendo dizer que o lançamento fiscal poderia ser realizado até 31.12.2013.

Assim, como o auto de infração foi lavrado em 20 de dezembro de 2013, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante. Portanto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

O impugnante nas razões defensivas alegou que foi extraviado seu livro Registro de Saídas na própria Secretaria da Fazenda, o que teria impossibilitado seu integral direito de defesa, pois boa parte de sua prova está consubstanciada no citado livro fiscal. Disse que em decorrência desse fato, seu direito de defesa ficou prejudicado e por isso as infrações 06 e 07 deveriam ser declaradas nulas por entender que depende do referido livro para produzir a prova do não cometimento destas infrações. Disse também, que qualquer outro documento fiscal que pudesse comprovar estas saídas, já não poderiam mais ser trazido ao PAF porque decorreu o prazo de 5 (cinco) anos, período a partir do qual não detém mais a obrigação legal de ter os referidos documentos e que também, pelo decorrer do tempo, os próprios documentos estão praticamente ilegíveis.

Considerando a informação da autuante de que os livros arrecadados pela fiscalização, inclusive o livro Registro de Saídas, foram devolvidos ao autuado somente no dia 09.01.2014, na fase

instrutória foi verificado que o defendente não teria contado com o prazo legal de 30 (trinta) dias na posse de todos os seus livros e documentos fiscais, para elaborar sua impugnação, esta 3ª JJF em pauta suplementar, decidiu que o processo deveria ser convertido em diligência fl.120, para que a INFAZ reabrisse o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que o autuado, querendo, se manifestasse.

Cumprida a diligência, a autuante informou que acostou aos autos prova da entrega de todos os documento e livros fiscais conforme documento fl.110, com data de recebimento assinado por preposto da empresa em 09.01.2014.

A alegação de que os documentos fiscais se encontrariam ilegíveis, o que teria impedido a sua defesa, não pode prosperar, visto que contraria o que dispõe o art. 144 do RICMS/97, *in verbis*:

*Art. 144. Os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados, deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial (art. 965), e, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua decisão definitiva, ainda que esta venha a ser proferida após aquele prazo.*

Verifico, portanto, que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, as infrações 02 e 04, referem-se respectivamente, a falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas e falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, remessa sem retorno.

O autuado alegou que quanto a estas infrações, realizaria o pagamento parcial, embora no sistema de controle da empresa constassem as notas fiscais de retorno das referidas mercadorias, considerando que tais documentos não se encontravam legíveis diante do decurso do tempo – superior a 05 (cinco) anos, de modo que não havia obrigação legal de mantê-los. Igual argumento foi utilizado para rebater parte da infração 02.

Conforme já apreciado, não acolho a arguição de decadência suscitada pelo contribuinte, considerando que contraria dispositivos já citados da legislação em vigência.

Observo que o contribuinte não trouxe aos autos a prova necessária para elidir a autuação. Ressalto que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que descaracterizassem a matéria que resultou no imposto exigido mediante o Auto de Infração.

Ademais, sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, também o entendo incurso nas disposições do art. 142 do RPAF/99. Infrações integralmente caracterizadas.

A infração 06 acusa o autuado de falta de recolhimento nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que apesar desta descrição dos fatos constantes do corpo do auto de infração, foi aplicada multa de 10% pelo não registro de notas fiscais de entradas referentes a aquisições de mercadorias tributáveis, conforme disposição contida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Compulsando os autos, constato que a autuante não elaborou demonstrativo de forma a explicitar como chegou aos valores apurados. Este fato cerceou o direito de defesa do contribuinte.

Vejo que o procedimento fiscal não atende as normas regulamentares, em especial, quanto ao cumprimento do requisito disposto no artigo 46 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99, ressaltando que o cálculo que deveria dar suporte a este item da autuação, não se encontra apensado ao processo, nem foi apresentado ao contribuinte. Vislumbro, portanto, vício que inquinaria de nulidade este item do lançamento tributário de ofício.

Observo que é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais na caracterização da obrigação tributária, dificultando o exercício do direito de ampla defesa do contribuinte. Desse modo, a infração 06 é nula nos termos do art. 18 do RPAF/99 e recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo da falha aqui apontada, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

A infração 07 refere-se a falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, no exercício de 2008.

O defendente não contestou a autuação no mérito, deixando de apontar qualquer irregularidade nos cálculos que embasaram a autuação. Limitou-se a afirmar que não tem como comprovar a insubsistência desta infração em função do já citado extravio do livro fiscal Registro de Saídas nas dependências da Inspetoria Fiscal.

Observo que o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. (art. 1º da Portaria 445/98).

O art. 60, § 1º, do RICMS/97 determina que na apuração da base de cálculo, quando forem constatadas, simultaneamente, entradas e saídas de mercadorias, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário já que as demais nela estão incluídas. Estas determinações foram absorvidas pela Portaria nº 445/98.

No presente caso, a autuante apurou diferenças tanto de entradas como de saídas levando em consideração para o levantamento fiscal a diferença de maior expressão monetária – a das saídas tributáveis, para o exercício de 2008.

Saliento que o levantamento fiscal conforme planilhas fls.20/36, demonstra efetivamente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, caracterizada pela venda de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Portanto, o procedimento da autuante para apuração do valor exigido na infração 07 está em perfeita consonância com a legislação pertinente.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo Regulamento.

Considerando que o sujeito passivo não trouxe aos autos elementos de prova com o condão de elidir a acusação fiscal, a infração 07 é procedente.

Na infração 09 o autuado foi acusado de ter realizado declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS no mês de dezembro de 2008 sendo aplicada multa fixa de R\$140,00. O autuado mantém-



se silente a respeito desta acusação. Considero-a subsistente, visto que a seu respeito não existe lide.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **141596.0005/13-6**, lavrado contra **ATIVO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.792,69**, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.752,18 e de 70% sobre R\$10.040,51, previstas no inciso II alíneas “f”, “a” e “d” e inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$152,18** previstas nos incisos XI e XVIII alínea “c” da Lei 7014/96 e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR