

A. I. N° - 295309.0041/10-0  
AUTUADO - CARL LEONI LTDA.  
AUTUANTE - CONCEIÇÃO MARIA SANTOS DE PINHO  
ORIGEM - INFAC CRUZ DAS ALMAS  
INTERNET - 28/04/2015

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0077-03/15

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações não contabilizadas. Refeitos os cálculos em decorrência da comprovação apresentada pelo contribuinte, o imposto apurado ficou reduzido. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2010, refere-se à exigência de R\$86.295,30 de ICMS, acrescido da multa de 70%, pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006.

Consta, na descrição dos fatos, que foi declarada pelo contribuinte a quebra de 20%, contabilizada através de lançamento simbólico com Notas Fiscais de Saídas de números 1 e 2, de 31/12/2005 e 31/12/2006, respectivamente.

O autuado apresentou impugnação (fls. 216 a 221), alegando que o presente lançamento é inteiramente nulo, porque tem como fundamentação mera presunção, e como alicerce mera portaria editada pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia. Reproduz a acusação fiscal e os dispositivos da legislação indicados como infringidos, citando também a Portaria 445/98. O defendente apresenta o entendimento de que a autuante realizou levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sem conseguir provar efetivamente as supostas omissões de saídas e de entradas de mercadorias. Diz que nada é provado, tudo é presumido. A respeito da presunção, transcreve ensinamento do mestre Roque Antônio Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros Editores, 14<sup>a</sup> edição, 2000, pág. 315 a 318) e do mestre Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, Editora Forense, 24<sup>a</sup> edição, 1998, pág. 423). Assegura que a autuante teve a oportunidade de examinar todos os livros e documentos fiscais da empresa, entretanto, preferiu lavrar o Auto de Infração com base em mera presunção. Que em momento algum a autuante efetivamente provou a existência real de omissões de entradas e saídas de mercadorias tributadas, e que, de acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao auditor da Secretaria da Fazenda. O autuado afirma que não omite operações de entradas e saídas de mercadorias, não deixa de recolher tributos, inclusive o ICMS. Entende que exigir pagamento de ICMS por conta de falsa presunção é querer cobrar de quem não é devedor, que o presente Auto de Infração foi lavrado sem

fundamento em provas efetivas (e sim com base em mera presunção) é caso de intolerável inconstitucionalidade e ilegalidade. Este Auto de Infração também é nulo por ferir o princípio da legalidade insculpido no art. 150, I, e no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988. Diz que mera portaria editada pelo Secretário da Fazenda não pode inovar a ordem jurídica. Assim, diz que é inteiramente inconstitucional e ilegal a Portaria nº 445/1998, especialmente os arts. 6º, 7º e 8º, que tratam sobre presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais.

O defendant alega que, em caso de a preliminar não ser acolhida, apresenta impugnação quanto ao mérito da autuação. Alega que a autuante deixou de considerar em seu “levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado” o recebimento pelo estabelecimento autuado de 112.500,00 kg de fumo provenientes da ATC Associated Tobacco Company Brasil Ltda. a título de “devolução simbólica de mercadoria em industrialização”, conforme Nota Fiscal nº 068436 (doc. 6 – fl. 237 do PAF). Tal recebimento de mercadoria faz com que a diferença de estoque apurada pela autuante fique reduzida a 65.288,80 kg de fumo, conforme demonstrativo que elaborou. Assim, entende que restou provada a improcedência do lançamento relativo à falta de recolhimento do ICMS com base em presunção, devendo ser cancelado o crédito fiscal de R\$ 54.605,36. Diz que provada a improcedência do lançamento relativamente ao crédito fiscal de R\$ 54.605,36 (Nota Fiscal nº 068436 - doc. 6), restando apenas a presunção de R\$31.689,94, correspondente a 65.288,80 kg de fumo. Observa que pelo cálculo da autuante lançado no DAE, o valor do principal foi de R\$ 32.171,55, portanto, a maior em R\$ 481,61 em relação ao valor devido. Reitera o pedido de nulidade, pedindo a compensação do imposto recolhido no valor de R\$ 56.118,23, conforme prova o DAE que anexou à fl. 236 do PAF. Caso as provas apresentadas na impugnação não convençam plenamente os Julgadores, o defendant pede a realização de exame pericial. Por fim, requer seja acolhida a preliminar de nulidade, declarando inteiramente nulo o Auto de Infração lavrado, determinado o seu arquivamento, e a consequente restituição (ou permissão de compensação com imposto futuro) do valor indevidamente recolhido de R\$ 56.118,23. Ou, em última hipótese, em caso de não acolhimento da preliminar suscitada e, analisando o mérito, que seja acolhido o recolhimento realizado de R\$ 56.118,23, e julgado improcedente o restante do débito principal exigido no presente Auto de Infração. Protesta pela produção de todos os demais meios de prova em Direito admitidos. Os advogados constituídos pelo defendant, com fulcro no art. 365, IV, do Código de Processo Civil, declaram a autenticidade das documentações acostadas aos autos.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 241 dos autos. Quanto à preliminar de nulidade, diz que a alegação do autuado não constitui motivo para nulidade do procedimento, pois o Auto de Infração foi lavrado com base em presunção legal, fundamentada na legislação editada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (§ 3º, Inciso I do art. 2º do RICMS/97). No mérito, acata a alegação defensiva em relação à Nota Fiscal nº 68436 dizendo que, de fato, não foi considerada no levantamento quantitativo de estoque. Informa que após o lançamento da referida Nota Fiscal no quantitativo de estoque, o valor do imposto lançado passou de R\$ 81.138,38 para R\$ 37.839,38 conforme novos demonstrativos que acostou aos autos. Salienta que o contribuinte recolheu o valor de R\$ 56.118,23 reconhecendo, parte do débito. Juntou novos demonstrativos.

À fl. 269 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pela autuante, constando na cópia da intimação, a comprovação que o preposto do contribuinte recebeu a cópia da mencionada informação fiscal e demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

Conforme Acórdão JJF Nº 0165-03/11 (fls. 272/276), esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$42.996,00, acatando o resultado da revisão efetuada pela autuante.

O autuado apresentou Recurso Voluntário às fls. 292 a 302, alegando que, de fato, não se manifestou acerca da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pela

autuante, porque não foi intimado a se manifestar. Por isso, requereu a nulidade da decisão recorrida.

Por meio do Acórdão CJF Nº 0376-11/12 (fls. 314/318), a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, por entender que não foi válida a intimação ao sujeito passivo quanto à informação fiscal e novos demonstrativos, determinando que o PAF fosse encaminhado em diligência para reabertura do prazo para a manifestação do autuado em relação à revisão efetuada pela autuante.

À fl. 335 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que fosse expedida nova intimação ao autuado com a entrega de cópias da informação fiscal e respectivos demonstrativos acostados aos autos pela autuante (fls. 240 a 265), mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, devidamente identificado, com a indicação do prazo de dez dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

O defensor se manifestou às fls. 343 a 352, suscitando nulidade da intimação, alegando que o prazo concedido para se manifestar foi insuficiente. Diz que a intimação foi inválida, porque foi feita em domicílio incorreto. Afirma que o Sr. Christian Andrade, representante do autuado, somente tomou conhecimento da intimação dias depois, porque um morador do edifício onde antes residia o Sr. Christian telefonou informando-o da existência da intimação fiscal. Além disso, o defensor também afirmou que o prazo concedido foi exíguo para apresentação de manifestação, porque só teve três dias para elaborar a manifestação.

O defensor também alegou que a nova informação fiscal e respectivos demonstrativos apontam um suposto valor de ICMS a pagar, de R\$37.839,38 no ano de 2005, nada exigindo em relação a 2006. Mas o julgamento foi no valor total de R\$42.996,00, ou seja, maior do que o exigido pela autuante. O defensor volta a apresentar alegações quanto ao prazo para a manifestação, e diz que há necessidade da lavratura de um Auto de Infração específico, dando ao autuado o prazo de trinta dias para que apresentasse impugnação.

Também alega que houve decadência do direito de constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2005, transcrevendo o art. 150, § 4º do CTN e art. 146 da Constituição Federal.

No mérito, o defensor alegou que não foi considerado o recebimento de 112.500 Kg de fumo provenientes da ATC Associated Tabacco Company Brasil Ltda., a título de devolução simbólica de mercadoria em industrialização, NF 068436. Tal recebimento de mercadoria faz com que a suposta diferença afirmada pela autuante ficasse reduzida a 65.288,80 Kg. Entende que restou provada a improcedência do lançamento em relação à falta de recolhimento do ICMS nas saídas de 112.500 Kg devendo ser cancelado o crédito tributário.

O defensor alega que em relação ao restante da autuação, correspondente a 65.288,80 Kg de fumo, com ICMS de R\$31.689,94, pelo cálculo da Auditora à época, foi lançado no DAE o valor principal de R\$32.171,55, portanto, o pagamento a maior em R\$481,61 em relação ao valor devido. Apresenta o entendimento de que, devido aos equívocos cometidos pela autuante, é necessário o exame pericial das entradas, saídas e estoque do defensor.

Por fim, o defensor pede que sejam acolhidas as preliminares de nulidade; concessão de novo prazo, de trinta dias, para manifestação; que seja lavrado Auto de Infração específico; e seja reconhecida a decadência em relação ao crédito tributário do exercício de 2005. Que seja determinada a improcedência da cobrança dos R\$5.156,62 referentes ao exercício de 2006, que os membros da 3ª JJF decidiram.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante à fl. 359, dizendo que não lhe compete determinar o prazo para que o sujeito passivo se manifeste. O referido prazo é determinado pelo RPAF/BA. Quanto ao endereço da empresa, é aquele informado pelo contribuinte constante no cadastro da SEFAZ. Contesta a alegação de que foram computadas notas fiscais em duplicidade, e

que também improcede a alegação de que não foram consideradas as perdas (20%), conforme demonstrativo à fl. 251. Diz que houve o lançamento das perdas através da Nota Fiscal de Saída, na quantidade de 141.586,800 kg de fumo em folha. Finaliza informando que anexou aos autos relatório SINTEGRA e notas fiscais reconstituídas.

Considerando a juntada de novos elementos pela autuante e a alegação defensiva quanto ao prazo concedido para a manifestação, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fls. 372 e 379), para ser expedida nova intimação ao autuado, no endereço do escritório do advogado constituído no PAF (conforme indicado à fl. 352), com a entrega de cópias das fls. 359 a 369, mediante recibo, concedendo o prazo de trinta dias para o defendant se manifestar.

O defendant se manifestou às fls. 385 a 394. Fez uma síntese dos fatos, informando que em 26/01/2011 efetuou pagamento por meio de DAE expedido pela própria SEFAZ, sendo que o valor principal foi aumentado de R\$31.689,94 para R\$32.171,55, resultando num aumento injustificado de R\$481,61.

Diz que no julgamento realizado por esta 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, a autuante acatou a alegação defensiva em relação à NF 68.436, mas a autuante informou que após o lançamento do referido documento fiscal no quantitativo de estoque, o valor do imposto lançado passou de R\$81.138,38 para R\$37.839,38, conforme demonstrativos que acostou às fls. 241 a 265 dos autos. Ressalta que Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente em parte o Auto de Infração, determinando que fosse efetuado o pagamento do imposto no valor total de R\$42.996,00, mas foi decretada a nulidade da decisão de primeira instância.

O defendant informa que foi intimado, desta feita, no endereço profissional de seus advogados, quanto aos novos demonstrativos elaborados pela autuante. Diz que numa rápida análise, observa que a nova informação fiscal e respectivos demonstrativos elaborados após a lavratura do Auto de Infração e antes do julgamento da 3<sup>a</sup> JJF, apontam um suposto valor adicional de imposto a pagar no montante de R\$11.306,36, no ano de 2005. Lembra que já foi efetuado pagamento, incluindo um injustificado aumento de R\$481,61, fazendo o débito atingir R\$32.171,55.

Entende que, em sendo verdadeira a exigência adicional de R\$11.306,36, tal valor somente poderia ser cobrado mediante lavratura de novo Auto de Infração, e não mediante apresentação de novas peças na informação fiscal. Também entende que a suposta diferença estaria submetida ao prazo decadencial, conforme art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN. Afirma, ainda, que a nova informação fiscal e os novos demonstrativos acostados aos autos devem ser julgados inteiramente nulos. Caso não sejam julgados nulos, deve ser reconhecida a decadência do direito de crédito do Fiscal referente à nova informação fiscal e novos demonstrativos.

O defendant comenta sobre a decadência, transcrevendo o art. 150, § 4º do CTN e o art. 146 da Lei Complementar 87/96. Diz que o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria e não a diferença de estoque e o prazo decadencial começa a contar do dia do fato gerador e não do último dia do exercício.

Caso as preliminares de decadência não sejam acolhidas, o defendant apresenta manifestação quanto ao mérito da autuação. Sobre a omissão de saídas o defendant alega que a autuante deixou de considerar em seu levantamento quantitativo de estoque o recebimento pelo autuado de 112.500 kg de fumo proveniente da ATC Associated Tobacco Company Brasil Ltda. a título de devolução simbólica de mercadoria em industrialização, NF nº 68.436. Tal recebimento fez com que a diferença de estoque apurada pelo autuado ficasse reduzida a 65.288,80 kg de fumo.

O defendant afirma que não deve o imposto apurado sobre os 112.500 kg do produto, e que, na mesma direção os julgadores da 3<sup>a</sup> JJF acolheram a documentação probatória apresentada. Diz que restou provada a improcedência do lançamento relativo à suposta falta de recolhimento do ICMS nas saídas de 112.500 kg, devendo ser cancelado o crédito tributário de R\$56.605,36. Elabora quadro para demonstrar o débito após o reconhecimento da nota fiscal apresentada. Afirma que,

partindo-se do débito apurado pela autuante de R\$86.295,30, abatendo-se a presunção elidida de R\$54.605,36, chega-se à presunção restando de R\$31.689,94 (R\$26.533,02 do ano de 2005 e R\$5.156,92 do ano de 2006).

Volta a mencionar que na época em que solicitou a emissão do DAE para pagamento do débito de R\$31.689,94, a Infaz calculou o valor principal de R\$32.171,55, montante a maior em R\$481,61 e o defensor não sabe o motivo que levou a Infaz a lançar no DAE o valor de R\$31.171,55.

Por fim, o defensor requer sejam acolhidas as preliminares de nulidade, declarando nulo o Auto de Infração e a nova informação fiscal, bem como os novos demonstrativos acostados aos autos. Que seja reconhecida a decadência em relação ao crédito reclamado referente a todo o exercício de 2005. Caso não sejam acolhidas as preliminares suscitadas, no mérito, que seja acolhido o recolhimento realizado, julgando improcedente o restante do débito exigido. Protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos e reitera o pedido de que todas as intimações ocorram no endereço do representante legal do autuado, conforme indicado nas razões de defesa e na manifestação (fl. 394).

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante à fl. 402, dizendo que não procede a afirmação do defensor de que houve um acréscimo de R\$11.306,36 no valor da exigência fiscal, ou seja, que o valor do Auto de Infração teria subido de R\$31.689,94 para R\$42.996,30.

Informa que, analisando os demonstrativos apresentados pelo autuado à fl. 386, observou que não foi considerada, nos cálculos, a quebra de 20% das entradas, o que gerou as divergências entre os valores apurados pelo fiscal e pelo contribuinte. Para facilitar a compreensão, anexa aos autos demonstrativos com o resumo dos lançamentos elaborados pela fiscalização e pelo contribuinte.

Considerando a juntada de novos elementos pela autuante, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem, para ser expedida nova intimação ao defensor, no endereço do escritório do advogado constituído no PAF (conforme indicado à fl. 352), com a entrega de cópias das fls. 402 a 404, mediante recibo, e ser concedido o prazo de dez dias para o defensor se manifestar.

O defensor foi intimado na forma solicitada, conforme fls. 409/410. Decorrido o prazo concedido, não apresentou qualquer manifestação.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que o presente lançamento é inteiramente nulo, porque tem como fundamentação mera presunção, e como alicerce a Portaria 445/98 editada pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia. Apresentou o entendimento de que a autuante realizou levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sem conseguir provar efetivamente as supostas omissões de saídas e entradas de mercadorias. Diz que em momento algum a autuante efetivamente provou a existência real de omissões de entradas e saídas de mercadorias tributadas, e que, de acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao Auditor da Secretaria da Fazenda.

Constatou que no enquadramento legal indicado pela autuante no Auto de Infração foram consignados os dispositivos do RICMS/BA e da Portaria 445/98, sem qualquer referência à Lei 7.014/96, entretanto, não houve qualquer prejuízo para a defesa do autuado. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

Observo que no levantamento quantitativo de estoques, são conferidas as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro Registro de Inventário, em um determinado período. Como consequência, no presente processo, houve a constatação de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, conforme demonstrativos elaborados pela autuante e anexados aos autos, tendo sido entregues as cópias ao contribuinte, conforme recibo nos mencionados demonstrativos. Foi cumprido o roteiro de uma auditoria de fiscal, que poderia ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista, e não se trata de simples presunção da fiscalização.

Além dos dados referentes aos estoques iniciais e finais, foram elaborados três demonstrativos: a) dois analíticos, com a indicação das quantidades e dos preços unitários, um relativo às saídas de mercadorias e outro relativo às entradas; b) um demonstrativo sintético, consolidando os dados constantes nos demonstrativos analíticos, com a apuração das diferenças de estoques e o imposto devido. Portanto, não acato a alegação defensiva de que se trata de mera presunção da fiscalização, e que não foi provada a existência das omissões, haja vista que o levantamento fiscal constitui a prova da infração apurada.

O defensor apresentou o entendimento de que é inconstitucional e ilegal a Portaria nº 445/1998, especialmente os arts. 6º, 7º e 8º, que tratam sobre presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais. Quanto a esta alegação, observo que a mencionada Portaria não criou direitos e obrigações para o contribuinte, haja vista que repete as regras estabelecidas na Lei 7.014/96 e no RICMS/BA. Ela esclarece o alcance das disposições contidas no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, com vistas a proporcionar à fiscalização o entendimento uniforme na aplicação da mencionada norma. Portanto, a referida Portaria dispõe sobre os procedimentos que devem ser adotados na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias. Ademais, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do mencionado Regulamento, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O defensor também alegou que houve decadência do direito de constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2005, transcrevendo o art. 150, § 4º do CTN e art. 146 da Constituição Federal.

Entende que, em sendo verdadeira a exigência adicional de R\$11.306,36, quando foi efetuada a revisão do lançamento, tal valor somente poderia ser cobrado mediante lavratura de novo Auto de Infração, e não mediante apresentação de novas peças na informação fiscal. Também entende que a suposta diferença estaria submetida ao prazo decadencial, conforme art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

*Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

...

*§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e*

*definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Vale salientar, que conforme estabelece o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º, “compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa. Após cinco anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento”.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2005 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 23/12/2010, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve recurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto à revisão efetuada pela autuante para incluir nota fiscal alegada nas razões defensivas, observo que, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”.

Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção. No presente processo foram realizadas diligências saneadoras, com a concessão de prazo para o defendant se manifestar em cada etapa, e o fornecimento de cópias dos novos elementos acostados aos autos.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos da autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

Se fosse constatado agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado, no julgamento não poderia ser majorado o valor originalmente lançado no Auto de Infração. Neste caso, seria mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente. Entretanto, não ocorreu no presente caso, o referido agravamento. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, ficando rejeitadas as preliminares apresentadas nas razões de defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006. Demonstrativos às fls. 06 e 43 do PAF.

O autuado alegou que a autuante deixou de considerar em seu “levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado”, o recebimento pelo estabelecimento autuado de 112.500,00 kg de fumo provenientes da ATC Associated Tobacco Company Brasil Ltda a título de “devolução simbólica de mercadoria em industrialização”, conforme Nota Fiscal nº 068436 (fl. 237 do PAF). Afirma que tal recebimento de mercadoria faz com que a diferença de estoque apurada pela autuante fique reduzida a 65.288,80 kg de fumo, restando apenas a presunção de R\$31.689,94, correspondente a 65.288,80 kg de fumo.

Na informação fiscal, a autuante acatou a alegação defensiva em relação à Nota Fiscal nº 68436 dizendo que, de fato, a referida nota fiscal não foi considerada no levantamento quantitativo de estoque. Informou que após o lançamento do mencionado documento fiscal no quantitativo de estoque, o valor do imposto lançado passou de R\$ 81.138,38 para R\$ 37.839,38 conforme novos demonstrativos que acostou às fls. 241 a 265 dos autos.

Após a revisão efetuada pela autuante, ainda foi apurada omissão de entradas de mercadoria tributável. Neste caso, a diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques autoriza a presunção legal da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto, conforme §4º do art. 4º da Lei 7.014/96; art. 7º da Portaria 445/98 c/c art. 2º, § 3º do RICMS/BA.

De acordo com a cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE à fl. 236 e extrato do SIGAT denominado “Detalhes de Pagamento do PAF” à fl. 271, o deficiente recolheu o débito apurado no exercício de 2006, no valor de R\$5.156,92 (demonstrativos às fls. 43/44). Neste caso, em relação ao mencionado levantamento inexiste lide a ser decidida, tendo sido acatado pelo contribuinte o valor originalmente lançado pela fiscalização.

Quanto ao exercício de 2005, a autuante acatou a alegação defensiva em relação à Nota Fiscal nº 68436 dizendo que, de fato, não foi considerada no levantamento quantitativo de estoque. Informou que após o lançamento da referida Nota Fiscal no quantitativo de estoque, o valor do imposto lançado passou de R\$ 81.138,38 para R\$ 37.839,38 conforme novos demonstrativos que acostou aos autos, fls. 241/242.

A autuante também esclareceu que analisou os demonstrativos apresentados pelo autuado à fl. 386, e observou que não foi considerado nos cálculos efetuados pelo contribuinte, o percentual de quebra de 20% das entradas, o que gerou as divergências entre os valores apurados pela fiscalização e pelo contribuinte. Para facilitar a compreensão, anexa aos autos demonstrativos com o resumo dos lançamentos elaborados pela fiscalização e pelo contribuinte.

Considerando a quebra no percentual de 20% calculada sobre as entradas, lançada pelo deficiente em seus livros fiscais, e com a inclusão da quantidade de entrada constante na Nota Fiscal nº 68436, que não foi incluída no levantamento quantitativo de estoque originalmente efetuado, houve alteração do débito apurado, conforme fl. 251. Neste caso, entendo que assiste razão à autuante no refazimento dos cálculos, apurando que o débito referente ao exercício de 2005 ficou reduzido para R\$37.839,38.

Tendo sido apurado, mediante levantamento quantitativo de estoques, que houve omissão de entradas, a Lei autoriza a presunção da ocorrência de operações sem a emissão de documentos fiscais. A exigência de imposto é efetuada por presunção legal, o que pode ser elidido pelo sujeito passivo, nos termos do art. 123 do RPAF/99. No caso em exame, a única prova apresentada pelo autuado, junto com a impugnação, foi a Nota Fiscal nº 068436 – fl. 237 do PAF, sendo incluída pela autuante que refez o levantamento fiscal correspondente ao exercício de 2005, apurando redução no débito originalmente exigido, conforme novos demonstrativos que elaborou.

Sobre a alegação do autuado de que efetuou pagamento por meio de DAE expedido pela própria SEFAZ, resultando num aumento injustificado de R\$481,61, caso tenha sido efetuado pagamento a mais ou indevido, poderá ser objeto de restituição de indébito ou compensação do imposto apurado, quando da homologação do pagamento realizado.

Acato o resultado da revisão efetuada pelo autuante, e concluo pela subsistência parcial da exigência fiscal, no valor total de R\$42.996,30, sendo R\$37.839,38 para o exercício de 2005 e R\$5.156,92 correspondentes a 2006, que ficou inalterado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295309.0041/10-0**, lavrado contra **CARL LEONI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.996,30**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA