

A. I. Nº - 206881.0009/06-4  
AUTUADO - ST COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.  
AUTUANTE - EUGENIA MARIA BRITO REIS NABUCO  
ORIGEM - INFAS ATACADO  
INTERNET - 02.08.2007

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0225-04/07**

**EMENTA: ICMS.** 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS COM O IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A legislação não admite a utilização, como crédito fiscal, dos valores do imposto já recolhidos antecipadamente, por substituição tributária. Infração caracterizada. b) MERCADORIAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Infração comprovada. c) MATERIAL DE CONSUMO. Vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações comprovadas. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração não elidida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 28/12/2006, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$ 168.320,92, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. (Valor histórico: R\$ 40.498,54; percentual da multa aplicada: 70%).
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. (Valor histórico: R\$ 34.355,10; percentual da multa aplicada: 60%).
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto. (Valor histórico: R\$ 16.964,22; percentual da multa aplicada: 60%).
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. (Valor histórico: R\$ 14,64; percentual da multa aplicada: 60%).

5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88. (Valor histórico: R\$ 630,14; percentual da multa aplicada: 60%).
6. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88. (Valor histórico: R\$ 36.753,04; percentual da multa aplicada: 60%).
7. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. (Valor histórico: R\$ 36.371,13; percentual da multa aplicada: 60%).
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. (Valor histórico: R\$ 2.734,11; percentual da multa aplicada: 60%).

O autuado, através de representante legal, ingressa com defesa às fls. 761 a 768, com fundamento nas seguintes alegações:

Reconhece o cometimento das infrações 04 e 05.

Em sede preliminar, no que tange às infrações de nºs 01 e 08, requer a declaração de nulidade das mesmas sob a justificativa de que, em função do não fornecimento à empresa da integralidade de notas fiscais obtidas perante terceiros, houve desrespeito ao devido processo legal, caracterizando cerceamento de seu direito de defesa, salientando a necessidade de serem excluídas as notas fiscais cujas cópias não constam do PAF, declarando ainda não reconhecer as aquisições das mercadorias relacionadas aos aludidos documentos.

A respeito das questões meritórias atinentes às infrações acima mencionadas, suscita terem ocorrido equívocos de ordem técnica no levantamento, apontando como exemplo o somatório feito pelo autuante referente ao exercício de 2002, no qual consta como resultado o montante de R\$ 22.172,15 ao invés do valor correto de R\$ 5.467,83, ressaltando que a infração somente poderia ter sido aplicada caso tivesse havido estouro de caixa, o que não restou demonstrado pelo autuante, tendo em vista que não realizou qualquer procedimento contábil.

Ainda nessa seara, assinala que o próprio Regulamento do ICMS prescreve, para infrações dessa natureza, multa de 10% sobre o valor da nota fiscal não registrada, quando se tratar de mercadoria tributável, e 1% sobre o valor da nota quando se tratar de mercadoria isenta ou com fase de tributação encerrada, como aparentam ser as arroladas pelo autuante, reiterando o não fornecimento da totalidade das cópias à empresa.

Com base nos argumentos supra articulados, solicita a retificação do procedimento fiscal no tocante às infrações 01 e 08, com a conseqüente conversão da omissão de saída em multa formal, consoante previsão do RICMS/BA.

Com relação às infrações 02 e 06, aduz que tanto a falta de antecipação tributária quanto a utilização de crédito fiscal sobre a entrada de mercadorias sujeitas a antecipação se relacionam às mesmas notas fiscais, reconhecendo ter deixado de efetuar a antecipação tributária sobre as referidas mercadorias, bem como o destaque do ICMS sobre a nota fiscal de saída, tendo realizado o recolhimento do tributo como se imposto normal fosse. Acerca da matéria, argumenta que o próprio CONSEF é unânime no sentido de admitir que não há, nos casos dessa natureza, qualquer prejuízo financeiro para o Estado, não obstante a previsão de multa devida ao não recolhimento na forma adequada.

Outrossim, ainda quanto às infrações de nºs 02 e 06, argúi a irregularidade da exigência de antecipação tributária com o estorno do crédito para uma obrigação já adimplida, em virtude da configuração do “bis in idem”, salientando que o CONSEF recomenda, nesses casos, a conversão

mediante revisão fiscal do montante originalmente apurado e a conversão, unicamente em multa, pela falta de antecipação tributária.

A respeito da infração de nº 03, declara que as mercadorias foram efetivamente tributadas na ocasião da saída do estabelecimento, como mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, não tendo havido qualquer prejuízo para o Estado, haja vista que o crédito fiscal foi utilizado para deduzir tributo indevido. Nesse diapasão, defende que somente após as devidas deduções é que será possível identificar quais valores são efetivamente devidos em decorrência do levantamento fiscal.

Por fim, no que concerne à infração de nº 07, sob a alegação de não ter sido apresentado qualquer demonstrativo de apuração, protesta por sua nulidade por configurar obstáculo do pleno exercício do contraditório, conforme determina o artigo 46 do RICMS/BA.

Reconhecendo a procedência das demais infrações reclamadas pela ação fiscal, requer seja o Auto de Infração em epígrafe julgado parcialmente procedente.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 772 a 778, nos seguintes termos:

Inicialmente, com referência à primeira infração, informa que as notas fiscais que a lastreiam são oriundas de empresas fornecedoras do autuado, constando dos documentos todos os dados do mesmo, tendo sido uma parte coletada nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda por intermédio do Projeto CFAMT, constituindo prova suficiente da realização das operações de aquisição das mercadorias nelas descritas e destinação ao autuado, não tendo havido o registro em sua escrita fiscal, conforme atestam as cópias do Livro Registro de Entradas, vide Anexo II, gerando a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrente de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Argumenta que a auditoria fiscal não fora realizada em função do fato de o autuado não ter disponibilizado à fiscalização seus livros e documentos contábeis, conquanto ter sido intimada para tanto cinco vezes, consoante comprovam as cópias das intimações e do Termo de Arrecadação de Livros e Documentos em anexo.

A respeito da alegação do autuado, de que faltam no PAF diversas notas fiscais, constantes do Demonstrativo das Notas Fiscais não Registradas, informa que:

- a) Com referência ao exercício de 2001, a nota fiscal de nº 81406/5 CE, emitida em 17/01/01, encontra-se à fl. 478, no Anexo I, tendo sido arquivada fora da seqüência;
- b) Quanto ao exercício de 2003, as notas fiscais de nºs 2674, 1725, 1279, 1738, 112680, 1836, 367121, 1603, 1632, 1644, 1768 e 64739, constantes do Demonstrativo das Notas Fiscais não Registradas de fls. 28 e 29 do PAF, referem-se a documentos entregues à fiscalização pelo contribuinte e não escriturados no seu Livro Registro de Entradas, constando em algumas o carimbo da empresa sinalizando o recebimento das mercadorias, conforme Anexo V, fls. 513 a 516, 552, 594 a 596, 638, 656, 697 e 698.

No que toca ao argumento do autuado de que houve erro no somatório do total do ICMS devido no exercício de 2002, sustenta não ter ocorrido qualquer equívoco, segundo atesta o demonstrativo de fls. 26 e 27 no Anexo I.

Com relação à oitava infração, afirma que as notas fiscais não foram escrituradas no livro Registro de Entradas da empresa, tendo sido coletadas nos Postos Fiscais através do Projeto CFAMT, conforme demonstrativo disposto no Anexo VIII, de fls. 748 e 749, do presente PAF.

Sendo assim, sustenta a presença de elementos probatórios suficientes no PAF, não se configurando qualquer violação ao direito à ampla defesa do autuado.

Concernente às infrações de nºs 02, 03 e 06, assevera que, em virtude do fato de o autuado não ter carreado ao presente PAF as notas fiscais de saídas das mercadorias, com o respectivo

recolhimento do imposto, carece de procedência a alegação de que as mercadorias, constantes dos demonstrativos do crédito indevido e da antecipação tributária, saíram com tributação.

Quanto à sétima infração, argúi a inconsistência do requerimento de nulidade tendo em vista a falta de previsão legal, até mesmo no artigo 18 do RPAF, sustentando a existência de documentos suficientes para a caracterização da infração, notadamente a juntada de cópias extraídas do Livro Registro de Entradas, de fls. 255 e 256 do Anexo VII, e dos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS de fls. 729 a 747 do mesmo anexo, tendo, pois, o contribuinte totais condições de defender-se.

Tendo em vista a escassez de apresentação de meios de prova, pelo autuado, ratifica a autuação em todos os seus termos.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal verificou que a empresa autuada, conforme alegado em sua peça de defesa, possivelmente não teria recebido as cópias das notas fiscais, listadas no demonstrativo de fls. 26 e de fl. 28, capturadas pelo CFAMT, pois consta no corpo do demonstrativo a declaração do contribuinte:

“recebemos 1 via”, enquanto nas demais planilhas consta “recebemos 1 via e cópia das notas fiscais”.

Diante desta evidência, solicitou diligência à inspetoria de origem, para que o autuante fornecesse à empresa, fotocópia das notas fiscais referidas nas planilhas de fls. 26 e 28. Em seguida, fosse concedido o prazo de 30 dias para que a empresa pudesse manifestar-se.

A autuante vem se manifestar sobre o pedido de diligência fiscal, e informa que foi solicitado do contribuinte que declarasse, ao final de cada página do demonstrativo, o seu recebimento, conforme fls. 25 a 29, e ao final de cada exercício o recebimento dos demonstrativos e das notas fiscais relacionadas nos mesmos, anexos folhas n. 25, 27 e 29 do PAF. Salienta que, na defesa, o contribuinte não citou quais as notas fiscais que não recebeu fotocópias, limitando-se a afirmar que tais notas fiscais não constam do PAF, conforme fls. 763 e 764 do presente processo.

Assim, teria sido novamente fornecido fotocópias dos demonstrativos das Notas Fiscais não registradas, e de todas as notas fiscais referentes à citada infração dos exercícios de 2001, 2002 e 2003, conforme declaração que ora anexou ao processo, através de Aviso de recebimento, pois o contribuinte se recusou a ir a Inspetoria para receber os citados demonstrativos e documentos.

Na fl. 792, o contribuinte foi intimado para tomar ciência e receber os documentos acima citados, ficando reaberto o prazo de 30 dias para que se manifestasse.

O autuado, fls. 794 a 801, diante da reabertura do prazo de defesa, impugna a autuação nos seguintes termos:

Quanto às infrações 01 e 08, afirma que as notas fiscais, em sua grande parte, referem-se a produtos destinados ao uso e consumo, e, eventualmente, de mercadorias com a fase de tributação encerrada, não se justificando a presunção de que se referem a omissão de saídas de mercadorias, com base no art. 2º, § 3º do RICMS/97, uma vez que há qualquer tipo de levantamento contábil, que demonstre a existência de saldo credor na conta caixa ou mesmo qualquer tipo de registro contábil. Afirma que no caso em questão, eventualmente, poderia caber a multa formal de 10% ou 1%, conforme a natureza fiscal dos produtos, em razão da falta de registro dos documentos obtidos pela fiscalização, e nunca uma presunção com base em um levantamento contábil que nunca foi feito. Solicita assim a retificação do procedimento fiscal, por preposto estranho ao feito, com a dedução das diferenças indicadas e a conversão da infração para multa formal na forma prevista no RICMS/BA, uma vez que inexiste qualquer levantamento fiscal que fundamente a presunção de omissão de receita tributável, uma vez que inexiste qualquer estouro de caixa relacionado no presente auto de infração.

Quanto as infrações 02 e 06, afirma que o próprio CONSEF é unânime em admitir que, não há qualquer prejuízo financeiro para o Estado, apesar de, neste caso, persistir a aplicação da multa, em razão do não recolhimento na forma adequada. Alega que querer cobrar a antecipação tributária e o estorno do crédito para uma obrigação que a rigor já foi paga, é um procedimento de certa forma irregular e que o próprio Conselho da Fazenda recomenda, nestes casos, a conversão mediante revisão fiscal, a conversão em multa, pela falta de antecipação tributária.

Quanto a infração 03, afirma que vale a mesma justificativa apresentada para a infração 02, uma vez que as referidas mercadorias, apesar de não estarem sujeitas a incidência do ICMS, naquelas operações, foram efetivamente tributadas na saída do estabelecimento, não havendo qualquer tipo de prejuízo para o Estado, uma vez que o crédito fiscal foi utilizado para deduzir o próprio tributo indevido. Alega também que o ICMS é um imposto não cumulativo, e o crédito destacado no documento fiscal poderia ser utilizado, uma vez que houve uma fase de tributação anterior, independente de que o produto doravante estivesse fora de incidência do tributo. Afirma que o fato é que não há qualquer prejuízo à Fazenda Pública, já que efetivamente tiveram suas saídas tributadas. Diante desta consideração, entende que só após as devidas deduções é que se identificará quais os valores, efetivamente, são devidos ou não, em decorrência do levantamento fiscal.

Requer a nulidade da infração 07, em razão de não ter sido apresentado qualquer demonstrativo de apuração, mesmo diante das diligências recomendadas pelo Órgão Julgador, conforme pode ser verificado pela análise do PAF, o que caracteriza cerceamento de defesa, em razão da impossibilidade do pleno exercício do contraditório, conforme prescreve o artigo 46 do RPAF/BA.

Por tudo exposto acima, requer que o auto seja considerado parcialmente procedente, com a revisão do levantamento quantitativo fiscal, conforme elementos probatórios encaminhados junto com a peça defensiva, bem como que sejam deduzidos os valores decorrentes da inclusão de notas fiscais relacionada a mercadorias/bens com a fase de tributação encerrada.

Nas fls. 805 e 806, o autuante presta nova informação fiscal, afirmando que o contribuinte não apresentou nenhum fato novo, na sua nova defesa, que não tenha sido apreciado na primeira informação fiscal, não tendo anexado documentos probatórios das suas afirmações. Que a simples negativa da não aquisição das mercadorias, não maculam a exigência fiscal, não tendo o condão de descaracterizar a ocorrência de presunção e omissão de saídas de mercadorias não tributáveis, apuradas através de entradas não registradas. Que o fato das mercadorias adquiridas cujos documentos não foram registrados referir-se, uma parte a produtos não tributáveis, não exime a presunção de que a origem desses recursos foi a venda de mercadorias tributáveis pelo ICMS, cabendo ao contribuinte provar que essa omissão foi de vendas oriundas de produtos não sujeitos a tributação do ICMS. Que ante o exposto, e diante da inconsistência da defesa apresentada pela autuada, que em momento algum apresenta provas do não cometimento de infrações, chegando até a confessar as infrações n. 01, 02, 03, 06 e 08, ratifica integralmente o procedimento fiscal, vez que está revestido das formalidades necessárias à sua validade, aguardando que seja julgado totalmente procedente.

## VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, e o contribuinte recebeu cópias de todos os documentos fiscais capturados pelos postos fiscais, através do CFAMT – Controle de Fiscalização Automatizado de Mercadorias em Trânsito o que pode ser comprovado mediante o documento de fl. 792, e sua declaração, nos demonstrativos que fazem parte integrante do auto de infração.

Assim, rejeito as preliminares de nulidade argüidas por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, a empresa autuada expressamente reconheceu o cometimento das infrações 04 e 05, devendo serem mantidas em sua inteireza.

A infração 01 decorreu de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A descrição dos fatos, contida no auto de infração, relata que foi constatado, nos exercícios de 2001, 2002 e de 2003, a falta de registro na escrita fiscal de diversas notas fiscais de entradas de mercadorias e bens para uso, consumo e ativo, adquiridos com receitas omitidas, cujos documentos fiscais foram coletados nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda, através do Projeto CFAMT – Controle de Fiscalização Automatizado de Mercadorias em Trânsito, conforme Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas Não Registradas (Anexo I), photocópias do Livro Registro de Entradas (Anexo II), bem como cópias das respectivas notas fiscais (Anexo III).

Em decorrência de o autuado ter reclamado de não lhe ter sido entregue todas as notas fiscais, objeto da infração, quando teria ocorrido flagrante cerceamento de defesa, esta 4ª JJF deliberou à inspetoria de origem que entregasse à empresa, photocópia das notas fiscais referidas na planilha de fls. 26 e 28, com consequente reabertura do prazo de defesa, no que foi atendida, conforme consta na intimação de fl. 792 do PAF.

Após ter recebido as cópias das notas fiscais, em suas novas razões de defesa, a empresa alega que as notas fiscais em sua grande maioria referem-se a produtos destinados ao uso e consumo, a exemplo de combustível, pneus, e material de expediente, e do ativo imobilizado, a exemplo de armários, expositores eólicos e outros utensílios, e eventualmente mercadorias com a fase de tributação já encerrada, não se justificando, no seu entendimento, a presunção fiscal, pois também não consta na peça acusatória qualquer tipo de levantamento contábil que demonstrasse a existência de saldo credor na conta caixa.

Rejeito os argumentos adrede, pois a presunção legal que embasa a infração está prevista no art. 2º. § 3º do RICMS/97, com a redação dada pelo Decreto nº 7490, de 30/12/98. DOE de 31/12/98:

#### **Art. 2.....**

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

- I - saldo credor de caixa;
- II - suprimento a caixa de origem não comprovada;
- III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;
- IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Conforme acima descrito, a infração prende-se ao fato de a existência de entradas de mercadorias não registradas autorizar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Assim, não importa se as mercadorias cujas notas fiscais não foram registradas serem ou não tributáveis, pois o que está sendo inferido é que foram adquiridas com recursos não declarados pelo contribuinte, que assim omitiu receitas à tributação.

Trata-se de presunção *juris tantum*, que admite prova em contrário, a ser efetuada pelo acusado, o que não foi feito.

Outrossim, não cabe a conversão da infração em multa pelo descumprimento de obrigação acessória, como quer o contribuinte, tendo em vista que ele não comprovou o pagamento das mercadorias objeto da ação fiscal, devidamente registrada na sua contabilidade.

Infração mantida.

Na infração 02 está sendo cobrado o ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no exercício de 2003.

A autuação encontra fundamento no RICMS/97, art. 97, IV, como segue:

*Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:*

*IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:*

*b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);*

As mercadorias relacionadas às notas fiscais discriminadas no Anexo IV, fls. 503 a 510, foram objeto de substituição tributária, estando portanto com a fase de tributação encerrada no momento de suas aquisições. As notas fiscais cujas cópias encontram-se às fls. 513 a 723, discriminam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tais como açúcar, biscoitos, leite de coco, chocolate em pó, massas, listadas no art. 353 do RICMS/97.

O contribuinte alega que tais mercadorias saíram do seu estabelecimento tributadas, contudo, não traz qualquer meio de prova de sua assertiva, razão porque mantenho a infração na sua íntegra.

Na infração 03, o contribuinte utilizou comportamento idêntico ao relatado na infração anterior, utilizando indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto. O demonstrativo de fls. 503 a 510 relaciona as notas fiscais, com a descrição dos produtos tais como peixe, com cópia das mesmas às fls. 513 a 723, relativas ao exercício de 2003.

A conduta do contribuinte encontra-se expressamente vedada por nossa legislação tributária, haja vista que não há saídas posteriores tributadas, sendo isentas de tributação, conforme previsto no artigo abaixo:

*Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:*

*IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:*

*a) estiver beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;*

Não há prova das alegações da empresa de que as mercadorias saíram com tributação, devendo ser mantida a infração.

Na infração 06, foi detectado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, bem como o não recolhimento na integralidade, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

O Anexo VI, de fls. 726 a 728, traz a discriminação das notas fiscais, apontando as diferenças entre os valores recolhidos e o ICMS devido em cada caso, todas referentes ao exercício de 2003.

O autuado, em sua peça de defesa, alega que as mercadorias sofreram tributação por ocasião das saídas, mas não comprova sua assertiva.

Deste modo, cabe a aplicação do art. 143 do RPAF/99: “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”, bem como a do art. 141 daquele diploma legal: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação”.

Infração mantida.

A infração 07 aponta o recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto, e o contribuinte pede a sua nulidade, alegando a falta de qualquer demonstrativo de apuração.

Verifico que no corpo do auto de infração, está relatado:

“Em 2002, no valor total de R\$ 36.371,13, quando deixou de escriturar o livro Registro de Apuração do ICMS, conforme photocópias dos livros Registro de Entradas (anexo II) Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS (Anexo VII) a descrição a seguir:

Mês/ano	Crédito lanç. no LRE	Débito Lanç.no RE	ICMS a recolher	Recol.	Diferença
09/2002	44.128,65	70.578,92	26.450,27	4.800,12	21.650,15
10/2002	50.636,33	70.123,11	19.486,78	4.765,80	14.720,98

Obs: O contribuinte lançou a menor por erro no somatório, o valor dos seus débitos no mês de setembro/02, no livro Registro de Saídas N 03/FI 19 (valor lançado – R\$ 64.628,39).”

Assim, diante do demonstrativo acima, não procede a alegação de cerceamento de defesa, haja vista que o autuado pode exercer o seu direito de defesa de forma ampla, pois o demonstrativo aponta com clareza a diferença do imposto que lhe está sendo exigida.

No mérito, a empresa não traz qualquer prova do não cometimento da infração, razão porque mantendo-a em sua íntegra.

Na infração 08, está apurado a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Os documentos fiscais foram coletados nos postos fiscais da Secretaria da Fazenda, através do Projeto CFAMT, conforme auditoria de fl. 749, Anexo VIII, e os documentos fiscais encontram-se às fls. 449, 451, 452, emitidos em 15/02/2001, por Ciclovent Indústria e Comércio Ltda, em 25/04/2001, por Comercial Paulistana de Equipamentos para Restaurantes, em 26/04/2001, por Maçom Indústria e Comércio Ltda, notas fiscais nºs 735, 7237, 3098, respectivamente.

Também estão incluídas na infração as notas fiscais emitidas no exercício de 2003, número 2286, de 01/09/2003, por Longa Indústria Ltda, fl. 488 e nº 35843, de 22/09/2003, emitida por A Casa dos Macacos, fl. 489 do PAF.

O sujeito passivo não traz em sua peça de defesa qualquer elemento de prova para desconstituir o lançamento, limitando-se a pedir sua nulidade em decorrência dos documentos fiscais terem sido coletados nos postos fiscais, através do CFAMT. Entretanto, as notas fiscais em questão, foram anexadas aos autos, sendo emitidas por empresas regularmente inscritas em nome do autuado, e por serem contratos de fornecimento de mercadorias, são válidas como prova de circulação das mesmas e respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário.

Infração mantida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206881.0009/06-4 lavrado contra ST

**COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 168.320,92, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 40.498,54 e de 60% sobre R\$ 127.822,38, previstas no art. 42, III, VII “a”, II, “d” ,“a”, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR