

PROCESSO - A. I. N° 206881.0009/06-4
RECORRENTE - ST COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JFJ nº 0225-04/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 01/10/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0286-12/09

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. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0225-04/07) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/12/2006, para exigir o ICMS no valor de 168.320,92. As infrações motivadoras do Recurso Voluntário interposto são as seguintes:

INFRAÇÃO 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%).

INFRAÇÃO 2 – Utilização indevida de 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%).

INFRAÇÃO 3 – Utilização indevida de 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%).

INFRAÇÃO 6 - Recolhimento a menos 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%).

INFRAÇÃO 7 – Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. (Valor histórico: R\$ 36.371,13; percentual da multa aplicada: 60%).

INFRAÇÃO 8 – 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 próprio estabelecimento. (Valor histórico: R\$ 2.734,11; percentual da multa aplicada: 60%).

A JF, após saneamento e análise das peças processuais, decidiu pela procedência da autuação, após rejeitar a arguição de nulidade apresentada, já que o sujeito passivo não foi impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório.

Em relação às infrações motivadoras do Recurso Voluntário, decidiu.

Quanto à infração 1 após descrevê-la e observar que no curso do processo as notas fiscais haviam sido entregues ao contribuinte, sendo reaberto prazo de defesa, rechaçou os argumentos defensivos, pois mesmo que as mercadorias adquiridas fossem destinadas ao ativo imobilizado da empresa, empregadas como de uso e consumo, com fase de tributação encerrada, ou mesmo a não existência de qualquer tipo de levantamento contábil que demonstrasse saldo credor na conta caixa não eram argumentos sustentáveis, uma vez que a presunção legal, 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, prende-se ao fato da existência de entradas de mercadorias não registradas autorizar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Desta forma, não importa se as mercadorias, cujas notas fiscais não foram registradas, são 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. Também não foi aceita a solicitação do defendente para converter a infração em multa pelo descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que ele não comprovou o pagamento das mercadorias objeto da ação fiscal. Infração mantida.

De igual sorte mantiveram a autuação em relação à infração 02 com fundamento no art. 97, IV, do RICMS/Ba. Houve a ressalva de que as mercadorias, relacionadas às notas fiscais discriminadas no Anexo IV, fls. 503 a 510, foram objeto de substituição tributária, estando com a fase de tributação encerrada no momento de suas aquisições. As notas fiscais, cujas cópias encontram-se às fls. 513 a 723, discriminam as mercadorias (açúcar, biscoitos, leite de coco, chocolate em pó, massas) listadas no art. 353 do RICMS/97. Em assim sendo, como o contribuinte apenas alegou, sem trazer provas, de que tais mercadorias saíram do seu estabelecimento tributadas, a infração foi mantida em sua íntegra.

No que concerne à infração 3, foi observado que 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. E a conduta do contribuinte encontra-se expressamente vedada por nossa legislação tributária (art. 97, IV, “a”, do RICMS/Ba), haja vista que não há saídas posteriores tributadas, sendo isentas de tributação, afora não existirem provas nos autos de que as mercadorias saíram com tributação. A infração foi mantida.

Em relação à infração 06, indicando de que 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, com fundamento das determinações do art. 143, do RPAF/99 rejeitaram os argumento de defesa, já que sem qualquer base material para lhe dar sustentação. Infração mantida.

Após descrever a infração 7 a posição exposta foi a seguinte, *in verbis*: 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 fotocópias dos livros Registro de Entradas (anexo II) Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS (Anexo VII) a descrição a seguir:

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

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/Fl 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 mantenho-a em sua íntegra.”

No que diz respeito à infração 8, houve, inicialmente a informação de que os documentos fiscais foram coletados nos postos fiscais da Secretaria da Fazenda, através do Projeto CFAMT, conforme auditoria de fl. 749, Anexo VIII, e que os documentos fiscais encontram-se às fls. 449, 451, 452. Que eles haviam sido, 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 n^{os} 735, 7237, 3098, respectivamente. E que 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 n^o 35843, de 22/09/2003, emitida por A Casa dos Macacos, fl. 489 do PAF.

Em seguida, rechaçaram o argumento defensivo de nulidade do lançamento fiscal em decorrência dos documentos fiscais terem sido coletados nos postos fiscais, através do CFAMT. Foi indicado de que as notas fiscais estão anexadas aos autos, sendo emitidas por empresas regularmente inscritas em nome do autuado, e são contratos de fornecimento de mercadorias. Portanto, são válidas como prova de circulação das mesmas e respectivos ingressos no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário. Infração mantida.

Ao tomar ciência da Decisão prolatada pela 1ª Instância deste Colegiado, a empresa entra com Recurso Voluntário (fls. 832/840).

Após descrever as infrações 01 e 08, afirma de que as notas fiscais, em sua grande parte, referem-se a produtos destinados ao uso e consumo, a exemplo de combustíveis, pneus e material de expediente, de mercadorias para integrar o seu ativo imobilizado (armários expositores, eólicos e outros utensílios) e, eventualmente, de mercadorias com a fase de tributação encerrada, não se justificando a presunção de que se referem à omissão de saídas de mercadorias, com base no art. 2º, § 3º do RICMS/97, uma vez que não 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. Disse que a aplicação deste tipo de penalidade deve ser norteadas pelo CONSEF, para que não esteja a mercê, unicamente, ao livre arbítrio do fisco, que exige uma cobrança com alíquota de 17% sobre a aquisição de mercadorias enquadradas no regime da antecipação tributária e destinadas ao consumo, bem como adquiridas para integrar o seu ativo imobilizado.

Afirma que esta infração somente poderia subsistir caso houvesse “estouro de caixa”, o que não ficou demonstrado, já que não houve a realização de qualquer procedimento contábil. Ademais, continuou, a própria conta “Mercadorias” da empresa comprova que suas aquisições, ou bens, eventualmente não registrados não se deu mediante o ingresso de Recursos não comprovados, pois o lucro bruto obtido no período permitiu tais aquisições. Ressaltando que a presente

presunção admite prova em contrário, entende que com esta exposição a omissão de entradas de mercadorias não registradas não poderia subsistir.

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. Solicita 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 inexistente qualquer levantamento fiscal que fundamente a presunção de omissão de receita tributável, ou mesmo qualquer “estouro de caixa”.

Com relação às infrações 2 e 6, 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 na 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 devido ao não recolhimento na forma adequada. Diz, ainda, que exigir antecipação tributária e o estorno do crédito para uma obrigação, a rigor já adimplida, é procedimento irregular, caracterizando-se “*bis in idem*”. Saliente 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 3, 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. Ressalta que, como o ICMS é imposto não-cumulativo, o crédito destacado no documento fiscal pode ser utilizado, uma vez que houve uma fase de tributação anterior, independente de que o produto estivesse fora da incidência do tributo, não havendo prejuízo ao Estado. Considera que somente após as devidas deduções é que será possível identificar quais valores são efetivamente devidos em decorrência do levantamento fiscal.

No que concerne à infração de nº 7, requer a sua nulidade em razão de não ter sido apresentado qualquer demonstrativo de apuração, mesmo diante das diligências recomendadas pela 1ª Instância deste CONSEF, configurando, desta forma, cerceamento de defesa em razão da impossibilidade do 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 com a revisão do levantamento quantitativo fiscal conforme elementos probatórios que disse estarem apensados ao seu Recurso. Requer, por fim, o direito de provar tudo o quanto expôs por todos os meios admitidos, inclusive laudos periciais, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

Os autos foram remetidos à PGE/Profis para emissão de Parecer jurídico, que não foi emitido. Diante das determinações do § 2º do art. 118, do RPAF/99, foram eles requisitados pela Presidente do CONSEF, e incluindo em pauta de julgamento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de o desonerar em parte do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Com base no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99 indefiro o pedido de diligência fiscal e de perícia contábil solicitada pelo recorrente. Em primeiro, diante do seu convencimento, pode o

julgador negar pedido de diligência e/ou perícia, como feito, ao teor expresso do art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Em segundo, como bem pontuou a JJF, nos autos foram atendidos todos os requisitos legais atinentes à garantia do devido processo legal, bem como ao exercício da ampla defesa, o que foi plenamente exercido pela empresa, inclusive com reabertura do prazo para impugnação ao lançamento fiscal, em cumprimento de diligência determinada pela 1ª Instância deste Colegiado. Em terceiro, a matéria não depende de conhecimento específico de perito para o seu deslinde. E, em quarto em relação à infração 01, o ônus da prova cabe ao recorrente.

A infração 1 trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, cujos documentos fiscais foram colhidos junto ao Sistema CFAMT desta Secretaria de Fazenda. Ou seja, a razão da autuação foi a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. A presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição a título oneroso e que não estejam contabilizadas deve ser incluída no levantamento fiscal, já que houve desembolso e a presunção diz respeito à ocultação de receitas. Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

A empresa recorre a esta 2ª Instância com os mesmos argumentos apresentados em sua inicial e que foram corretamente rechaçados pela JJF, quais sejam:

1. o fato de que as mercadorias adquiridas foram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento ou mesmo para compor seu ativo imobilizado não tem o condão de desconstituir a infração, pois, conforme explicitado acima, o imposto que se exige refere-se às saídas (desconhecidas) anteriores cujas receitas serviram para tais aquisições. O mesmo argumento tem validade para as mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária ou mesmo para as mercadorias isentas ou não tributáveis, já que para adquiri-las houve desembolso.
2. quanto ao entendimento do recorrente de que a infração somente poderia ser pertinente caso incorresse em saldo credor de caixa (não realizado), que a conta “Mercadorias” da empresa comprova que a aquisição de mercadorias ou bens eventualmente não registrados não se deu mediante o ingresso de Recursos não comprovados, pois o lucro bruto obtido no período permitiu a aquisição efetuada, não tem o condão de desconstituir a infração. Em primeiro, a conta “Mercadoria” não prova saldo credor na conta Caixa. Em segundo, mesmo que o lucro bruto da empresa tenha sido suficiente para arcar com todas as suas despesas, inclusive com as aquisições não registradas e motivo da autuação, de igual sorte, nada prova quanto a este não registro. Ao contrário, não registrando e não lançando tais aquisições pode levar a empresa a demonstrar ter receita fictícia, entre outras ocorrências. Em terceiro, as determinações legais são claras e expressas (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96), não havendo, no caso presente, necessidade de se aplicar a auditoria na conta Caixa. E, por fim, como quarto, a empresa foi intimada por sete vezes (fls. 12/18 dos autos) para apresentar seus livros contábeis, não o fazendo (fls. 19/23).

Alega, ainda, o recorrente que para a apuração da infração o autuante utilizou exclusivamente do seu livre arbítrio, aplicando a alíquota de 17% sobre a aquisição de mercadorias enquadradas no regime da antecipação tributária e destinadas ao consumo, bem como adquiridas para integrar o seu ativo imobilizado. Mais uma vez, ressalto que o que ora se exige é o imposto sobre saídas (vendas) anteriores que não foram oferecidas à tributação. A alíquota a ser aplicada é a interna, ou seja, 17%.

Para desconstituir parcialmente a infração o recorrente deveria ter trazido prova de que as notas fiscais estavam contabilizadas, já que elas não foram registradas. Se assim se posicionasse o

recorrente, o seu pedido de conversão da exigência fiscal poderia ser atendido, ou seja, caberia a multa formal de 10% ou 1%, conforme o enquadramento tributário das mercadorias adquiridas. Não o fazendo, suas alegações estão sem a devida produção de prova.

Em vista do exposto, mantenho a Decisão de 1ª Instância quanto a esta infração para exigir o ICMS no valor de R\$40.498,54.

Na infração 2 é exigido ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária e na infração 6 a diferença pelo recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição. O recorrente afirma que estas infrações se referem às mesmas notas fiscais. Por consequência, as impugnou conjuntamente.

Antes de adentrar no mérito da questão, faço as seguintes observações. 1) a infração 06 não trata, como afirma o recorrente, da falta de recolhimento da antecipação tributária e sim do seu recolhimento a menos, muito embora em alguns casos o ICMS antecipação não tenha sido recolhido. 2) embora existam notas fiscais que fazem parte das duas infrações (2 e 6), no levantamento fiscal do crédito indevido foram arroladas outras que não constam do pagamento a menos da antecipação tributária, conforme análise dos demonstrativos apensados às fls. 503/511 e fls. 726/728.

Reconheceu o recorrente de ter deixado de efetuar a antecipação tributária sobre as referidas mercadorias, bem como o destaque do ICMS sobre a nota fiscal de saída, porém recolheu o tributo quando de suas saídas. Afirma não ter trazido, com o seu procedimento, qualquer prejuízo ao Erário, como inclusive tem decidido este CONSEF quando converte a cobrança do imposto em multa pela inadequação do procedimento adotado, mediante revisão do lançamento. Disse, ainda, que exigir a antecipação tributária e o estorno do crédito fiscal utilizado caracteriza-se em “*bis in idem*”.

Primeiramente observo que não havendo Convênios e Protocolo entre os Estados Federados que indique como responsável tributário o remetente de mercadorias, e estando elas enquadradas no regime da substituição tributária interna, cabe ao seu adquirente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 371 do RICMS/97) decorrente da operação comercial realizada. O prazo do seu recolhimento consta determinado no Regulamento, no caso presente e específico é aquele indicado no art. 125, II, “b”, ou seja, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, quando se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes, ressalvadas as disposições contidas nos § 7º e § 8º (postergação do recolhimento do imposto).

E, em resposta aos argumentos de defesa, tenho a considerar:

1. em relação à antecipação tributária (infração 6) o recorrente não trouxe aos autos qualquer prova que recolheu a diferença do tributo ora exigido quando das saídas das mercadorias. Esta prova é de fundamental importância para desconstituição da infração como ora exigido e a aplicação da multa, como requerido, e com fundamento no § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.
2. Estando as mercadorias enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária, mesmo na hipótese delas terem tido saídas pelo regime normal de apuração, a norma tributária veda a utilização do seu crédito fiscal (infração 2) como dispõe o RICMS/97 no seu 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);

Diante do exposto não vejo causa para se falar em *bis in idem* nem que não houve prejuízo ao Erário. Mantenho a Decisão de 1ª Instância para exigir o ICMS nos valores nominais, respectivamente de R\$ 34.355,10 (infração 2) e de R\$ 36.753,04 (infração 6).

A infração 3 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com a não-incidência do imposto. O recorrente afirma 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, pois o crédito fiscal foi utilizado para deduzir tributo indevido, já que o ICMS é imposto não-cumulativo. Entende que somente após as devidas deduções ser possível identificar quais os valores efetivamente devidos.

Não discordo que o ICMS é imposto não-cumulativo, como dispõe o art. 28, da Lei nº 7.014/96. Entretanto, esta mesma Lei veda, no seu art. 29 § 4º, II, a utilização do crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior. Este é o caso da presente autuação. O demonstrativo de fls. 503 a 510 relaciona as notas fiscais, com a descrição dos produtos, a exemplo de file de surubim, pescada amarela, entre outros, com cópia das mesmas às fls. 513 a 723, relativas ao exercício de 2003.

Por outro lado, não há prova das alegações da empresa de que as mercadorias saíram com tributação. Em assim sendo, com base no art. 143 e 141, do RPAF/99 (Decreto no. 7.629/99) mantenho a autuação e a Decisão recorrida para exigir o imposto no valor nominal de R\$ 16.964,22.

Na infração 7 é exigido o ICMS recolhido a menos nos meses de setembro e outubro de 2002 em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. A empresa apenas requer a nulidade da ação fiscal em razão de não ter sido apresentado qualquer demonstrativo de apuração, mesmo diante das diligências recomendadas pela 1ª Instância deste CONSEF, o que configurava cerceamento de defesa.

Inicialmente cumpro esclarecer que em qualquer momento a JJF solicitou diligência para que a autuante demonstrasse a infração ora em lide. A diligência requerida teve por objetivo a entrega das notas fiscais listadas no demonstrativo de fls. 26 e 28 (fl.781), matéria alheia à presente.

No mais, a JJF pontuou corretamente onde se encontrava demonstrada a infração, conforme transcrevo:

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 fotocópias dos livros Registro de Entradas (anexo II) Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS (Anexo VII) a descrição a seguir:

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

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/Fl 19 (valor lançado – R\$ 64.628,39).”

Assim, diante deste demonstrativo não posso acolher a alegação de cerceamento de defesa, haja vista que o recorrente 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, além de indicar onde foram encontradas, nos livros fiscais escriturados pela própria empresa, as diferenças apuradas.

Não havendo prova contrária à imputação, a mantenho no valor original de R\$ 36.371,13;

Em relação à infração 8 – 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 próprio estabelecimento o recorrente ao uni-la à infração 1 acabou por confessar a presente, ou seja, que as mercadorias (exaustor, balança cortador, serra, mesa, carro tanguê, estrutura de aço e cano hidráulico – fls. 749 dos autos) foram adquiridas para integrar o seu ativo fixo. Em assim sendo, é devida a diferença de alíquota como exigida na presente ação fiscal com fundamento no § 2º, IV do art. 1º, do RICMS/Ba.

Mantida a Decisão recorrida no valor histórico de R\$ 2.734,11.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para manter inalterada a Decisão de 1ª Instância recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206881.0009/06-4** lavrado contra **ST COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$168.320,92**, acrescido das multas de 70% sobre R\$40.498,54 e 60% sobre R\$127.822,38, previstas no art. 42, incisos III, VII “a”, II, alíneas “d”, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2008.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS