

A. I. Nº - 088568.0081/10-0
AUTUADO - BOI VIVO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CESAR COSTA SOUZA
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET 16.11.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0282-05/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Autuante retifica o demonstrativo com base nos argumentos e documentos trazidos na defesa, o que diminui o valor do imposto exigido. Infração procedente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. Infração mantida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, na entrada neste Estado, de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Como esta obrigação não foi cumprida, cabe a aplicação da multa pelo não recolhimento do imposto. Exigência fiscal subsistente. 4. 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. Infração subsistente. 5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/03/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$240.944,84, através das seguintes infrações:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Exercícios de 2008 a 2010, conforme planilhas e notas fiscais de produtos sujeitos a pauta fiscal anexas ao PAF. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$194.459,05;
2. 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, conforme planilha e Nota Fiscal nº 008089, emitida pela

empresa NIJU INDÚSTRIA DE CÂMARAS FOTOGRÁFICAS, anexas ao PAF. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$22.500,00;

3. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente ás aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme planilhas e notas fiscais anexas ao PAF. Multa fixa no valor de R\$5.216,23;
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Exercícios de 2008 e 2009 – o contribuinte não recolheu o ICMS nas saídas de produtos tributados adquiridos para comercialização, conforme planilhas e notas fiscais anexas. Cobra a omissão exclusivamente das mercadorias sujeitas a tributação, sendo excluídos do levantamento os produtos com base de tributação encerrada e isentos. Junta inúmeras notas fiscais de produtos isentos que deixaram de ser objeto de cobrança de multa formal de 1% pelo não registro em virtude de não ter recebido os documentos e livros fiscais, desta forma torna-se desnecessária a aplicação do cálculo da proporcionalidade sobre as vendas tributadas. A falta de apresentação de DMA prevista no art. 333 do RICMS vigente que o contribuinte está obrigado, constando movimentação de entradas e saídas de mercadorias, além da não apresentação dos livros fiscais, caracteriza a presunção de omissão de saídas. Multa de 70% - Valor Histórico: R\$18.309,56.
5. Deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, conforme intimações anexas ao PAF. Multa fixa no valor de R\$460,00;

O contribuinte apresentou impugnação através de advogado devidamente habilitado, fls. 351/362, inicialmente, faz alguns esclarecimentos quanto á atividade do autuado que se resume à venda de produtos alimentícios no Estado da Bahia e que comercializa produtos sujeitos à substituição tributária e/ou antecipação parcial, quando adquiridas noutras unidades da Federação, bem como alguns produtos sujeitos à alíquota zero de ICMS.

Salienta que também adquire mercadorias de empresas situadas na Bahia, funcionando, nestes casos como substituído tributário, assim, há ocasiões em que, numa mesma nota fiscal de entrada, existem produtos sujeitos à substituição tributária por antecipação, cujo ICMS é pago pelo seu fornecedor, bem como outros, que são tributados da forma convencional, entretanto, o auditor fiscal não procedeu esta discriminação no Auto de Infração, ora combatido, notadamente na Infração 1.

Em contrapartida a empresa está enquadrada na condição de microempresa à data do fato gerador, razão para obter a redução de 50% do valor do ICMS da antecipação parcial, conforme § 4º do art. 352-A do RICMS. Alertou, ainda, que sempre funcionou no endereço do seu cadastro, jamais se mudou ou ficou fechado e não admite ter sido notificado por edital para responder ao chamamento da autoridade fazendária. Ademais, o próprio regulamento do PAF em seu art. 108 I, II e III, elenca a forma pessoal como a primeira opção de notificação. Aduz que a fiscalização não notificou os sócios, somente a empresa, o que por si só é causa suficiente para anulação do vergastado Auto de Infração, pois atenta contra os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Também afirma que houve a extração do prazo da auditoria de 90 dias para conclusão dos trabalhos, sem que houvesse a prorrogação por escrito. Ainda, disse que a fiscalização iniciou-se através da expedição do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, e concluiu a ação fiscal em 29/03/2011, ou seja, mais de 90 dias do seu início, conforme Auto de Infração/Termo de encerramento das atividades fiscalizatórias em anexo, o que torna o auditor fiscal incompetente para o exercício daquela fiscalização pelo decurso do prazo § 1º do art. 28 da norma administrativa.

Caso contrário, não sendo considerado relevante o motivo para a nulidade do Auto de Infração, deve ser oportunizado ao autuado à possibilidade do exercício do direito ao instituto da denúncia espontânea, em razão do quanto disposto na 2^a parte do § 1º do Art. 28 do RPAF por força da prorrogação da fiscalização sem a devida notificação ao sujeito passivo.

Pede acolhimento das preliminares suscitadas.

No mérito, apresentou uma vasta documentação relativa aos fatos, e argumenta que a fiscalização foi instaurada em função de divergências entre declarações prestadas na DMA/DME e em informações prestadas em arquivos do SINTEGRA por empresas fornecedoras, contudo sem tecer maiores comentários. No entanto, mostra-se inconformado com a notificação, pois mesmo tendo pago parcialmente os tributos devidos, não foram consideradas as normas tributárias, atinentes à antecipação parcial daqueles contribuintes enquadrados na condição de microempresa, bem como de jurisprudência firmada pelas Juntas e Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Na infração 1, aponta que o autuante não quantificou devidamente, nem tampouco, separou os produtos sujeitos à substituição por antecipação daqueles tributados normalmente, ou seja, considerou como substituídos indiscriminadamente todos as mercadorias constantes nas notas fiscais que relacionou neste tópico, entretanto não destacou, desta condição, outras tributadas da forma normal, é por isso que há uma inconsistência no Auto de Infração, pois não foi quantificado corretamente.

Salientou que ao conferir os trabalhos da auditoria, constatou neste item uma diferença a mais em valor equivalente à R\$21.608,12, em razão da exclusão da base de cálculo do imposto apurado pela fiscalização, dos produtos não sujeitos à antecipação tributária, conforme demonstra na tabela consistente na impugnação na fl. 358.

Acrescenta que no mês maio/2010, a auditoria tributou produto adquirido de contribuinte situado neste Estado, o qual já sofreu a substituição por antecipação, conforme Nota Fiscal nº 22688 da FRISA – Frigorífico Nordeste Alimento. Em relação às outras diferenças encontradas, referem – se a produtos que não estão sujeitos à antecipação tributária, mas que a auditoria não observou esta vedação legal.

Na infração seguinte, frisou que, mais uma vez, a fiscalização não laborou bem o seu trabalho e além de tributar produto que está alienado fiduciariamente, não concedeu o crédito do ICMS relativo a esta aquisição, infringência ao art. 3º, VIII da LC 87/96, o qual exclui da incidência tributária tal produto alienado fiduciariamente.

Em outra questão disse que ainda que se entenda como tributado a referida transação, deve ser concedido ao autuado o direito de usufruir do crédito do ICMS destacado na nota fiscal, conforme dicção legal da Lei Complementar nº 87/96.

Assim, em razão do produto estar alienado fiduciariamente, não incide o ICMS sobre o ativo fixo, bem como na apuração fiscal, não foi concedido o crédito do ICMS destacado na nota fiscal ao autuado. Pugna, então pela concessão do crédito do ICMS destacado na nota fiscal de entrada a que faz jus.

Na terceira infração, volta a dizer que novamente o fiscal se equivocou ao aplicar multa sobre multa, isto porque ao aplicar novamente a multa discriminada no Demonstrativo de Débito incide em verdadeiro “*bis in idem*”, o que é rechaçado pelo ordenamento jurídico pátrio e pela melhor doutrina e jurisprudência, com isso, é indevida a aplicação cumulativa de multas, seja por desobediência ao art. 61, IX ou aquela de ofício também no percentual de 60%, conforme Demonstrativo de Débito e ainda, o fiscal também não aplicou o desconto de 50% a que faz jus por ser microempresa na época dos fatos geradores.

Assim, aplicando-se a redução de 50% sobre o valor do ICMS da antecipação parcial, se chega a um crédito favorável de R\$ 2.608,12.

Já na infração 4, ressalta que não foi anexado aos autos as referidas notas fiscais constantes da relação do Auto de Infração, bem como o fiscal não utilizou o crédito do ICMS a que faz jus, ou seja, a fiscalização considerou a omissão de saída, arbitrando, assim, o valor do imposto, contudo não concedeu o crédito do ICMS.

Anexa demonstrativo de débito calculando o crédito do ICMS, no qual reduziu o débito de R\$18.309,55 para R\$16.363,01.

Na última infração, a quinta, reitera os termos preliminares de ausência de regular notificação para atendimento aos trabalhos fazendários e citou a Carta Magna de 1988, através do art. 146, II, “d” e Parágrafo Único c/c art. 179, quanto ao tratamento jurídico diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas e tributárias, dentre outras.

Conclui pedindo a nulidade, em razão dos vícios formais e materiais detectados, que são capazes de macular o resultado final da auditoria e, por fim, requer que: sejam acatados as preliminares de nulidade; ou que seja abatido do Auto de Infração o valor de R\$63.079,25, referente às diferenças encontradas pelo autuado e que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário posto em discussão.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 373/376, e inicialmente, informa que, preliminarmente, a empresa autuada exercia atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, com provável encerramento em 12/08/2009, através de Edital nº 30/2009, quando teve a inscrição estadual cancelada (inapto) no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia.

Disse ainda que intimou os sócios e a empresa, através dos correios e por Edital nº 01/2011, publicado no Diário Oficial de 03/02/2011, conforme comprovantes em anexo (fls. 09 a 17), contudo, devido a ausência dos livros, documentos, arquivos magnéticos e Declaração de Apuração Mensal do ICMS - DMA's, realizou os trabalhos de fiscalização, exclusivamente, com base em notas fiscais retidas nos postos fiscais do estado da Bahia e informações obtidas através de fornecedores, que informaram as operações mercantis realizadas através do SINTEGRAL.

Assevera que a fiscalização deste estabelecimento ocorreu em função de determinação da INFIP e Delegacia de Crimes Contra o Patrimônio, conforme Comunicação Interna e Informe de Inteligência Fiscal nº 125/2010, fls. 18 a 22, com consequência da investigação realizada pela INFIP, que comprova a existência de interposição fictícia de sócios (utilização de sócios denominados laranjas), através do Edital nº 05/2010, em 23/07/2010, o Superintendente de Administração Tributária, excluiu o autuado do Simples Nacional (fl. 23).

Afirma que não existe recolhimento de ICMS-NORMAL para o período fiscalizado, e os tributos recolhidos no período como antecipação parcial, denúncia espontânea e Auto de Infração são de valores irrelevantes para a movimentação econômica efetiva da empresa.

Observou, também, o princípio da prudência, haja vista que os trabalhos de auditoria se ativeram apenas às operações confirmadas por fornecedores, através de circularização e notas fiscais que foram retidas nos postos fiscais, deste modo, a fiscalização alcançou apenas uma parte do que deveria ter sido recolhido no período, bastando para tanto, comparar o total de compras da BOI VIVO informados por terceiros, constante dos Relatórios de Notas Fiscais, fls 27 a 48, onde apenas no exercício de 2008 as compras somam o valor de R\$5.579.235,74. Quanto às preliminares levantadas pelo autuado, disse que a empresa não funcionava no local indicado como ponto comercial, estando com a Inscrição Estadual na condição de INAPTIDÃO (CANCELADA), fato que levou a realizar intimação para os sócios e empresa através de AR e, não havendo atendimento das solicitações, foi publicado o Edital de Intimação, cumprindo todo o ritual previsto na legislação (vide fls.09 a 17).

Quanto ao que o ilustre defensor do autuado denomina de extrapolação do prazo de auditoria, informa que os procedimentos internos de planejamento da fiscalização atendem ao interesse da

administração, não se constituindo elemento da ação fiscal, nem informação de livre acesso do contribuinte, este deve atentar e atender aos prazos que se iniciam a partir da intimação, momento em que ocorreu a ciência da ação fiscal.

No caso em questão a intimação por Edital ocorreu em 03/02/2011, já o Auto de Infração foi lavrado em 29/03/2011. A ordem de serviço foi emitida para execução da fiscalização em Janeiro/2011, portanto dentro do trimestre em que foi programada a fiscalização, inclusive todas as intimações e edital (fls.09 a 17). Fica, portanto, demonstrado que as preliminares de nulidade levantadas são descabidas.

No mérito, na infração 1, consta a alegação da empresa de que foram incluídos, indevidamente, no cálculo do imposto devido, produtos não sujeitos a antecipação tributária.

Nesta infração o autuante confirma que tal fato ocorreu apenas no exercício de 2008, para notas fiscais emitidas pelas seguintes empresas: COBEL, FRIMESA E PRINCESUL, localizadas respectivamente nos Estados do Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul, que comercializaram os produtos: presunto, calabresa, queijo lanche, lingüiça toscana.

Assim, refez os demonstrativos corrigindo os erros apontados, conforme novo “*Demonstrativo do ICMS devido, sobre aquisições interestaduais, incluídas no regime de substituição tributária e Produtos Sujeitos a Pauta Fiscal*” anexo, que reduz o débito apurado em R\$7.053,50.

Diante disto, os valores a serem deduzidos mensalmente são: Março - R\$533,12; Abril - R\$1.225,44; Maio - R\$2.853,68; Junho - R\$1.466,52; Novembro - R\$273,49; Dezembro - R\$701,25, referentes ao Exercício de 2008 e frisou que o tributo devido sobre estas operações realizadas foi cobrado como antecipação parcial não recolhida, fls. 114 a 125.

Quanto à infração 2, assevera que a empresa adquiriu através da Nota Fiscal nº 008089, fls.113, SEMI REBOQUE FURGÃO FRIGORÍFICO, com alienação fiduciária em Favor do Banco Real, ou seja, o contribuinte adquiriu um bem financiado por instituição bancária. Ele detém a propriedade, a nota fiscal o identifica como adquirente, porém por conveniência ofereceu o bem em garantia em um financiamento.

Esclareceu que o art. 563, § 6º do RICMS vigente, prevê o não pagamento apenas para a operação de leasing, que não é o caso.

Na infração 3, aduz que cobrou multa por ausência de recolhimento da antecipação parcial, referente as notas fiscais e demonstrativo fls. 114 a 125, que foram excluídas da infração 1, por terem sido indevidamente incluídas como débito da antecipação tributária de produtos sujeitos ao pagamento do imposto mediante utilização de Pauta Fiscal, assim, esta infração é totalmente devida tendo previsão de cobrança no art. 42 da Lei nº 7014/96.

Na infração 4, considerou apenas as notas fiscais de mercadorias cujas vendas geram pagamento de imposto, ou seja, produtos sujeitos a tributação, excluídas entradas de produtos Isentos e não tributados (fls 169 a 237). Esclarece que no período fiscalizado não ocorreu pagamento de ICMS-Normal, a legislação prevê a cobrança do imposto que deveria ser recolhido no momento da comercialização das mercadorias. As notas fiscais estão todas relacionadas, fls. 126 a 162 e 163 a 168 deste processo. Reitera que para a empresa elidir esta infração deveria apresentar comprovantes de recolhimento do ICMS-Normal para o período ou os livros e documentos fiscais.

Já na infração 5, disse que foi comprovado as inúmeras tentativas de localização da empresa e sócios para entrega à fiscalização, dos livros e demais documentos, mas não logrou êxito. (fls. 09 a 17)

Por fim, requer a Procedência Parcial do Auto de Infração, por entender que deve ser reduzido o montante no valor de R\$7.053,50, referente à infração 1, cujo demonstrativo está anexo nos autos.

O autuado, por meio de seus advogados, recebeu cópia das fls. 373 a 505, mas não se manifestou.

VOTO

Rejeito as preliminares de nulidade arguidas pela empresa, pois a mesma está com sua inscrição estadual na condição de inapta, o que levou à fiscalização a realizar as intimações para os sócios e a empresa, por meio de AR, inclusive através de Edital de Intimação, conforme previsto na legislação tributária. A Intimação por Edital ocorreu em 03/02/2011, e o Auto de Infração foi lavrado em 29/03/2011. A OS foi emitida em janeiro de 2011, portanto encerrou-se a ação fiscal dentro do trimestre legal em que foi programada a fiscalização, o que denota a ausência de qualquer irregularidade na sua consecução, e em conformidade com o § 1º do art. 28 do RPAF/99.

Assim, haja vista que não foi possível a intimação pessoal à empresa, o que justifica todos os demais procedimentos adotados pela fiscalização para o início da ação fiscal, e que se encontram documentados nos autos.

Antes de adentrar no mérito da autuação, cabe esclarecer que o sujeito passivo foi excluído do Simples Nacional a partir de 01/07/2007, conforme Edital de Notificação nº 05/2010, publicado no Diário Oficial de 23/07/2010. A INFIP solicitou esta fiscalização à Inspetoria Atacado, quando por meio do Processo SIPRO nº 0503421/2010-0, cópia anexa, fls. 18 a 23, do Informe de Inteligência nº 0125/2010, de 12/07/2010, encaminhado à DECECAP, para adoção de providências a tornar-se inapta a inscrição estadual da empresa Boi Vivo Comércio de Alimentos Ltda, CNPJ 07.670.056/0001-00, inscrição estadual nº 067.495.25, tendo em vista que a mesma foi constituída de forma criminosa, conforme relatado no citado informe.

Consta no referido informe, fl. 21, que desde o mês de março de 2006 a maio de 2010, por meio de elementos conhecidos através do SINTEGRA, à referida empresa deixou de recolher ICMS algo em torno de R\$ 2.160.000,00.

No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS referente a falta de recolhimento por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Exercícios de 2008/2009/2010, conforme planilhas e Notas Fiscais de Produtos sujeitos a pauta fiscal, anexas do PAF, fls. 49 a 113.

Na defesa a empresa alega que o autuante não separou da cobrança as mercadorias que não estariam sujeitas ao regime de substituição tributária, fato que torna o demonstrativo inconsistente, bem como em maio de 2010, foi tributado produto adquirido de contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal nº 22688 da Frisa – Frigorífico Nordeste Alimento.

O autuante ao analisar as razões de defesa, concordou que apenas no exercício de 2008, para as notas fiscais emitidas pelas empresas COBEL, FRIMESA E PRINCESUL, localizadas nos Estados de Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul, respectivamente, houve a cobrança indevida do ICMS, pois os produtos nelas constantes, estão sujeitos ao regime normal de tributação. Assim, refez o demonstrativo e reduziu o débito em R\$ 7.053,50, no exercício de 2008, quando salientou que o ICMS destas operações foi cobrado como antecipação parcial não recolhida (fls. 114 a 125).

Desta forma elaborou novas planilhas, fls. 377 a 379, das quais o autuado recebeu cópias, mas não se manifestou. Concorde com as modificações formuladas pelo autuante, e o demonstrativo de débito da infração, no exercício de 2008, passa a ser conforme as citadas planilhas:

Data Ocorr	Data Venc	Base de cálculo	Aliq.(%)	ICMS
31/01/2008	09/02/2008	34.521,88	17	5.868,72
28/02/2008	09/03/2008	164.863,29	17	28.026,76
30/04/2008	09/05/2008	77.874,12	17	13.238,60
31/05/2008	09/06/2008	138.067,76	17	23.471,52
30/06/2008	09/07/2008	67.960,00	17	11.553,20
31/07/2008	09/08/2008	154.677,64	17	26.295,20
31/08/2008	09/09/2008	76.323,52	17	12.975,00
30/09/2008	09/10/2008	10.049,00	17	1.708,33

30/11/2008	09/12/2008	81.747,23	17	13.897,03
31/12/2008	09/01/2009	17.661,18	17	3.002,40
TOTAL				140.036,76

Nos exercícios de 2009 e de 2010, não houve alterações no demonstrativo de débito, que permanecem nos valores originariamente exigidos.

Infração procedente em parte, no valor de R\$187.405,55.

Na infração 2 o ICMS exigido refere-se à falta de recolhimento 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.

A exigência é relativa ao bem constante da Nota Fiscal nº 008089, emitida pela NIJU Indústria de Câmaras Frigoríficas, “semi-reboque furgão frigorífico paleteira, documento de fl. 113, cuja natureza da operação é de “venda produção p/terceiros”, datada de 14/04/2008. Deste modo não pode ser acolhido o argumento de que trata-se de operação isenta de ICMS, pois em verdade houve uma compra e venda, sujeita ao imposto, inclusive com destaque na nota fiscal. O fato de o bem ter sido alienado fiduciariamente a favor do Banco ABN Amro Real S.A, não o desonera do pagamento do ICMS quando da entrada no estabelecimento autuado. Infração comprovada, haja vista que não ocorreu o “leasing”, mas uma operação de alienação fiduciária.

A infração 3, relativa à multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, conforme previsão do art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, as notas fiscais encontram-se relacionadas nas planilhas de fls. 114 a 115, bem como as notas fiscais correspondentes, estão anexas.

A empresa alega que estava enquadrada na condição de microempresa, na data do fato gerador e faz jus à redução de 50% do valor do ICMS na antecipação parcial, conforme § 4º do art. 352-A do RICMS/97, mas em verdade foi excluída do Simples Nacional – em 23/07/2010, Edital nº 05/2010, logo a partir daí ingressou no regime de tributação normal do ICMS, portanto não cabe a redução do ICMS conforme solicita.

Deste modo, é devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, na entrada neste Estado, de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Como esta obrigação não foi cumprida, cabe a aplicação da multa pelo não recolhimento do imposto. Exigência fiscal subsistente.

Na infração 4, está sendo exigido ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

As planilhas de fls. 126 a 131 e documentos de fls 132 a 286, atestam o cometimento da infração da qual o contribuinte reclama que não lhe fora concedido o crédito fiscal das notas fiscais de aquisições. Contudo, o que está sendo exigido é o ICMS com base na presunção legal do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, pois 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, no exercício autuado.

Desta forma entendo que os argumentos trazidos na defesa não são capazes de influenciar no julgamento da infração em favor da empresa, posto que o que está sendo exigido é o ICMS em decorrência de presunção legal, em decorrência da falta de contabilização de entradas, quando os seus pagamentos foram efetuados com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício. Infração mantida.

Por último, na infração 5, a multa refere-se à falta de entrega de livros fiscais. Consta nos autos às tentativas de localização da empresa, infrutíferas, conforme documentos de fls. 09 a 17 do PAF

(intimações que não foram entregues). A multa aplicada está prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07. Fica mantida. Infração procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088568.0081/10-0**, lavrado contra **BOI VIVO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$227.226,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$208.916,55 e 70% sobre R\$18.309,56, previstas no art. 42, II, alíneas “d” e “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.676,23**, prevista no inciso II, “d” e XX, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR