

A. I. N° - 018184.0901/11-1
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFACZ ILHÉUS
INTERNET - 15/10/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0229-03/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO LANÇADO E O RECOLHIDO. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado tratar-se de valores escriturados no livro de apuração e não recolhido. Fato não contestado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. b) FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Fato não contestado. c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração não impugnada. d) FALTA DE ESTORNO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM 100%. Fato não contestado. e) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Fato parcialmente elidido pela defesa. Valor da infração reduzido. f) ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Fato caracterizado. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. Fato não contestado. b) BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. DMA. MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Contribuinte não nega que descumpriu obrigação acessória. Infração mantida. 5. ANTECIPAÇÃO TRIUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Fato comprovado nos autos. Afastada preliminar de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2011, refere-se ao lançamento de ICMS no valor de R\$293.285,10 e multa pelo descumprimento de obrigações acessórias em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação:

1. recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre o valor escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS e o efetivamente recolhido, no valor de R\$ 2.305,82, nos meses de dezembro de 2009 e dezembro 2010, acrescido da multa de 60%;

2. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação tributária, no valor de R\$ 159.736,45 acrescido da multa de 60%, referente aos meses de dezembro de 2009, e janeiro a dezembro de 2010;
3. deixou de efetuar estorno de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias (arroz e feijão), cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo, em valor proporcional à redução, no mês de junho de 2010, no valor de R\$92,62 acrescido da multa de 60%;
4. utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal no mês de julho de 2010, no valor de R\$69.005,25 acrescido da multa de 60%;
5. falta de estorno de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias (pescado), cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo, em valor proporcional à redução, nos meses de maio, julho e outubro de 2010, no valor de R\$ 252,38 acrescido da multa de 60%;
6. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento nos meses de novembro de 2009 a fevereiro de 2010, no valor de R\$6.242,22 acrescido da multa de 60%;
7. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento nos meses de novembro e dezembro de 2009 e janeiro e dezembro de 2010, no valor de R\$701,76 acrescido da multa de 60%;
8. multa fixa pela declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA-Declaração e Apuração Mensal do ICMS, exercícios de 2009 e 2010, no valor de R\$140,00;
9. utilização de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório ao referido crédito, nos meses de novembro e dezembro de 2009, março, maio, junho agosto e outubro de 2010, no valor de R\$15.435,11 acrescido da multa de 60%;
10. efetuou recolhimento a menos de ICMS referente a antecipação parcial, nos meses de dezembro de 2009, janeiro, fevereiro, novembro e dezembro de 2010, no valor de R\$14.435,28, acrescido da multa de 60%;
11. efetuou recolhimento a menos de ICMS referente a antecipação parcial, na condição de microempresa não optante pelo Simples Nacional, nos meses de março a setembro de 2010, no valor de R\$19.230,03, acrescido da multa de 60%;
12. efetuou recolhimento a menos de ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante pelo Simples Nacional, na aquisição de mercadorias provenientes de fora do estado, nos meses de março, abril, julho e agosto de 2010, no valor de R\$3.380,64, acrescido da multa de 60%;
13. utilizou crédito fiscal a mais, referente ao ICMS antecipação parcial nos meses de janeiro a maio, julho, agosto novembro e dezembro de 2010, no valor de R\$ 2.467,54 acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa às fls. 1692/1697. Diz que a autuante não cumpriu o prescrito no inciso 3 do art. 39 do RPAF/BA, porquanto não existe clareza quanto aos fatos por ela relatados, não se verificando consonância entre as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada.

Como prova disto, afirma que as infrações 11 e 12 o acusam de ter recolhido imposto a menos na condição de microempresa, no entanto, a ora impugnante, à época do período fiscalizado constava nos arquivos da Secretaria da Fazenda da Bahia, com a condição de normal, por conseguinte, estas infrações são nulas e deverão ser excluídas do processo em apreço.

Afirma que este fato cerceou seu direito de defesa, pois a empresa sempre esteve na condição normal e a autuante lhe atribui a condição de microempresa, fato esse inadmissível. Diz que não tem como se defender, porque não sabe qual a sua real condição perante o fisco estadual.

Sobre o mérito, afirma que relativamente à infração 02, entende ser de direito o crédito por ela utilizado nos termos do que dispõe a legislação pertinente e, em especial, o inciso I-A do art. 93 do Decreto nº. 6.284/97. Diz que a autuante está equivocada, pois não utilizou indevidamente crédito fiscal, constando dos autos cobrança de suposta utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias enquadradas na antecipação tributária parcial, sendo esta, permitida pela legislação. Assevera que não deve prosperar esta infração.

No tocante à infração 08, a impugnante apela e requer ao Conselho de Fazenda que, tendo em vista que não houve qualquer prática de dolo, fraude ou simulação, bem como falta de recolhimento de tributo, o cancelamento desta multa-penalidade nos termos do art.158, dispositivo legal do RPAF/BA, que transcreve.

Sobre a infração 09, diz que a autuante inclui valores de créditos fiscais, suposta e indevidamente utilizados pela autuada, todavia não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta esta utilização indevida.

Afirma que os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei. Argui que verificando o livro Registro de Apuração não encontrou a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores constantes nos demonstrativos elaborados pela autuante relativo a esta infração, portanto, são inexistentes. Diz que não houve falta de apresentação de qualquer documento solicitado pela autuante. Pugna pela improcedência desta infração.

Em relação à infração 10, afirma que a auditora fiscal apresentou demonstrativos e planilhas com valores relativos à ICMS supostamente devidos. Contudo, no período fiscalizado, a autuada se encontrava na condição de descredenciada e por isso mesmo, em sua grande maioria, o imposto era calculado pelo preposto fiscal na fronteira quando da entrada da mercadoria no Estado da Bahia. Afirma que apresentou o DAE (através da TFD) conforme documentos em anexo e, portanto, acredita haver equívoco por parte da autuante quanto a este fato. Assevera que o imposto relativo à antecipação parcial relativo a esta infração foi calculado por preposto fiscal fazendário. Assim, improcede a autuação relativa a esta infração.

No tocante a infração 11, diz que a autuante se equivocou, pois, nunca teve a condição de microempresa. Aduz que não tem como se defender porque não sabe qual a sua real condição perante o fisco estadual, se “microempresa” como afirma a autuante ou na condição de normal, que é o seu caso. Argumenta que dependendo do enquadramento que lhe for atribuído altera totalmente a legislação que lhe será aplicada. Pondera que sempre recolheu seus tributos quando devidos, dentro dos termos regulamentares. Desta forma, afirma que esta infração é improcedente.

Relativamente à infração 13, diz que os demonstrativos apresentados pela autuante, acusam lançamentos a mais de crédito de ICMS, que foram utilizados indevidamente pela autuada. Todavia, não é indicado com precisão em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante se encontra os valores por ela citados, já que a autuada não os localizou. Afirma que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei.

Assevera que não observou estes valores lançados no seu livro Registro de Apuração, portanto, seriam inexistentes. Pede a improcedência desta infração.

Requer que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia aprecie os fatos e fundamentos acima citados, acate a preliminar arguida e em assim não entendendo, que julgue no mérito, improcedente o auto de infração, ou ainda, que determine em diligência, o reexame da fiscalização.

A autuante prestou informação fiscal, fls. 2272 a 2282, inicialmente descrevendo as infrações e os argumentos da peça defensiva. Diz que as alegações da Autuada não procedem. Afirma ser estranho que a própria Autuada desconheça qual era a sua condição em relação ao período fiscalizado. Quanto à alegação de que sempre esteve na condição normal não corresponde à realidade.

Afirma constar da folha 13 do presente processo, extraído dos arquivos da SEFAZ, especificamente do sistema INC – informação do contribuinte, histórico de condição da autuada, provando que esta alternou sua condição. No início de suas atividades 02/10/2009 até 28/02/2010 esteve inscrita na condição normal; de 01/03/2010 até 05/10/2010 na condição microempresa; de 06/10/2010 até 23/03/2011 na condição normal; de 24/03/2011 até 20/06/2011 na condição microempresa e a partir de 21/06/2011 na condição normal.

Esclarece que a infração 11 (recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial) se refere aos meses de março a setembro de 2010, e a infração 12 (recolhimento a menos de ICMS substituição tributária) aos meses de março, abril, julho e agosto de 2010, estando portanto, enquadradas no período em que a Autuada estava inscrita na condição microempresa.

Sobre a infração 01 registra que a Autuada não apresentou nenhuma alegação contestando a irregularidade que lhe foi imputada. O mesmo ocorrendo relativamente às infrações 03, 04, 05, 06 e 07.

Sobre a infração 02, afirma que fazem prova do cometimento da irregularidade, o demonstrativo de débito. Afirma ser improcedente a alegação da autuada de que estaria amparada no art. 97 do RICMS/Bahia, que reproduz. Sustenta que os demonstrativos fls.100 a 114 (auditoria de crédito indevido – produtos da antecipação total), às fls. 115 a 599 (cópias das notas fiscais), e às fls. 1102 a 1683 (cópias do livro Registro de Apuração do ICMS e do Registro de Entradas), comprovam a veracidade dos fatos.

No tocante à infração 08 diz que a impugnante declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), e requer o cancelamento da penalidade, citando o art.158 do RPAF/BA. Diz ser uma prerrogativa deste Conselho.

Sobre a infração 09, a Autuada alega que a planilha demonstrativa de débito não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta utilização indevida de crédito fiscal. Em resposta, afirma que no demonstrativo “Auditoria Crédito Indevido”, fls. 751 a 753, constam a data em que cada nota fiscal foi lançada no livro Registro de Entrada de Mercadorias, inclusive com cópia do referido livro, fls. 1135 a 1683.

Continua informando que a Autuada juntou à defesa somente as notas fiscais de números: 11340 fls. 1809/1810, registrada em 14/12/2009; 15783, fl.1812, registrada em 15/12/2009; 43772, fls. 1813/1814, registrada em 09/03/2010 e 45973, fls.1815/1816 registrada em 30/03/2010.

Com a apresentação das notas fiscais acima citadas, afirma ter corrigido o demonstrativo das fls.751 a 753, deixando de existir débito referente aos meses de dezembro de 2009 no valor de R\$ 584,47 (quinhentos e oitenta e quatro reais e quarenta e sete centavos) e março de 2010 no valor de R\$ 989,06 (novecentos e oitenta e nove reais e seis centavos). Anexou novo demonstrativo a informação fiscal, fls. 2287/2288. Assevera ser impertinente a alegação da Autuada de que não identificou em seus livros fiscais a utilização de tais créditos. Aduz que as notas fiscais indicadas

e seus respectivos créditos foram lançados no livro de Entrada de Mercadorias, fls. 1135 a 1683 e consequentemente lançados no livro RAICMS fls. 1102 a 1134.

Sobre a alegação de que não houve falta de apresentação por parte da Autuada, de qualquer documento solicitado, responde que dia 22/08/2011, a impugnante foi intimada, fl.2283, para apresentar várias notas fiscais que estavam faltando, após verificação dos documentos entregues quando da primeira intimação. Aduz que a Autuada apresentou, quando da defesa, as notas fiscais 11340, 15783, 42772 e 45973, fls. 1809 a 1816, o que se pode constatar comparando a intimação com o demonstrativo de folhas 751 a 753, que foram devidamente acatadas quando da informação fiscal.

Sobre a infração 10, recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial, alega a Autuada que no período fiscalizado se encontrava na condição de descredenciado e, por isso, em sua grande maioria, o imposto era calculado pelo preposto fiscal na fronteira e que foram entregues os DAEs de pagamento quando da fiscalização.

A Autuante afirma que o levantamento foi realizado com base nos documentos apresentados. Esclarece que os DAEs com ICMS pago, referentes às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária foram identificados e considerados como tal. Afirma que todos os outros recolhimentos registrados no Sistema INC, fls. 96 a 99, com código de receita 2183 (ICMS Antecipação de descredenciado) e que o contribuinte não apresentou os respectivos DAEs, foram considerados para fins de cálculo do ICMS Antecipação Parcial. Assevera que o demonstrativo de débito, fls.754/763, demonstrativo do ICMS antecipação parcial por mês de referência, fl. 764, e os documentos de fls. 765 a 1086, cópias das notas fiscais e dos DAEs de pagamento comprovam que houve recolhimento a menos do ICMS Antecipação Parcial.

No que tange a infração 11, diz que em resumo a Autuada alega que nunca teve a condição de microempresa, que sempre esteve na condição normal. Ressalta que esta alegação não procede, pois a empresa alternou estas duas condições no período fiscalizado conforme prova documento da fl. 13. Sustenta que o levantamento foi realizado com base nos documentos apresentados e o contribuinte apresentou os DAEs parcialmente.

No tocante a infração 12, afirma que se refere a período em que o sujeito passivo estava inscrito na condição microempresa, fl. 13. Sustenta que os documentos de folhas 1087 a 1099, comprovam de maneira clara que houve recolhimento a menos do imposto exigido.

Esclarece que ao efetuar o recolhimento do ICMS referente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, a Autuada não utilizou o código de receita corretamente, ou seja, ao invés de utilizar o código 1145 (ICMS antecipação tributária), utilizou-se dos códigos 2183 (ICMS antecipação de descredenciado) e 2175 (ICMS antecipação parcial), fls.96/99. Entretanto, afirma que do campo 25 dos DAEs (informações complementares) consta o número de cada nota fiscal, possibilitando identificar os produtos enquadrados no regime de substituição tributária constante nas referidos documentos e proceder ao cálculo de forma correta.

Sobre a infração 13, diz que o demonstrativo de ICMS Antecipação Parcial por mês de pagamento, fl. 1101 e fotocópia do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 1102 a 1127, demonstram o acerto da autuação, caindo por terra a afirmação da autuada de que o levantamento fiscal não teria apontado com precisão em que lugar de seus livros fiscais teria utilizado créditos a mais do ICMS antecipação parcial.

Observa que a juntada feita pela defesa do extrato dos pagamentos realizados – histórico dos DAEs e/ou GNRES, fls. 1701, 1704, 1707, 1721, 1724, 1727, 1737 , em comparação com os documentos de fls. 96 a 99 – relação de DAEs do sistema INC, fazem prova que a Autuada utilizou como crédito fiscal todos os recolhimentos efetuados com códigos de receita: ICMS antecipação parcial (2175) e ICMS antecipação de descredenciado (2183). No entanto, afirma não ter havido recolhimento com o código de receita 1145 - ICMS antecipação tributária, porém as notas fiscais que anexou ao processo provam que durante o período fiscalizado houve aquisições de

mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, fls. 1087 a 1096. Afirma que neste caso, restou claro que a autuada utilizou o código de receita 2175 - ICMS antecipação parcial, quando da aquisição de mercadorias da substituição tributária, creditando-se indevidamente do imposto. Assim sendo, as alegações apresentadas pela Autuada não procedem.

O contribuinte tomou ciência da informação fiscal, voltando a se manifestar, fls. 2293/2294, diz que a Autuante, apesar de zelosa e profícua, apenas se ateve a relacionar de forma descritiva as infrações com as devidas penalidades já constantes do referido processo, citando partes indicativas da legislação do ICMS/BA, e fazendo juntada de forma decadencial, de demonstrativos que não constavam anteriormente, sem provar as suas fundamentações no referido processo.

Afirma que se pode verificar que a autuante, em sua informação fiscal, nada trouxe de novo que não tenha sido objeto das discursões anteriores, e em nada contraria a impugnação da Autuada em sua peça defensiva.

Diz reiterar os dados contidos na peça de impugnação, e que seja determinado o desentranhamento das planilhas juntadas pela autuante na sua informação fiscal, pois seriam intempestivas, descabidas e apresentadas fora do prazo regulamentar. Requer seja o auto de infração julgar improcedente.

Em nova informação fiscal, fls. 2304/2305, a autuante repete as alegações da autuada para dizer que quando da informação fiscal demonstrou de forma clara e precisa que as infrações constantes deste processo foram respaldadas nas normas legais vigentes.

Esclarece que quanto a alegação de juntada de novas planilhas enganou-se a Autuada, pois atendeu à defesa que apresentou algumas notas fiscais que haviam sido objeto da infração 09 indevidamente. Ante esse fato diz ter refeito a planilha, excluindo os valores referentes a estas notas fiscais que foram devidamente comprovadas. Opina pela manutenção do auto de Infração.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito da lide, devo inicialmente apreciar a questão preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, a qual, verificando os autos, rejeito de plano, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, nele estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, pois que a exigência fiscal está fundamentada em diplomas legais vigentes e em demonstrativos e documentos dos quais foram dados cópias ao autuado mediante afirmação de recebimento, de modo a possibilitar-lhe o exercício do contraditório com plena garantia da ampla defesa sem o mínimo cerceio.

Os elementos acostados aos autos são suficientes para formação do meu convencimento para decisão da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Este auto de infração comprehende treze lançamentos: i) recolhimento a menos de ICMS em função do desencontro entre o valor registrado no livro RAICMS e o recolhido; ii) crédito de ICMS referente aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária; iii) falta de estorno de crédito nas saídas de mercadorias com redução da base de cálculo; iv) utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado na nota fiscal; v) falta de estorno crédito fiscal com redução base de cálculo de 100%; vi) falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquotas na aquisição de bens para o ativo imobilizado; vii) falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquotas na aquisição de bens para o uso de consumo do estabelecimento; viii) multa por descumprimento de obrigação acessória por declaração incorreta na DMA de 2009 e 2010; ix) crédito indevido pela não apresentação do documento comprobatório do direito; x) recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial na condição de empresa sob regime normal de apuração do imposto; xi) recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial na condição de microempresa;

xii) recolhimento a menos do ICMS Substituição tributária; xiii) crédito utilizado a mais de ICMS antecipação parcial.

No mérito, de acordo com as alegações defensivas, o autuado não impugnou as infrações 01, 03, 04, 05, 06 e 07. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

A infração 02 refere-se a crédito indevido de ICMS referente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributário. O impugnante em razões defensivas afirma que teria direito ao crédito fiscal e cita o art. 93, I - A do RICMS/BA. Incorre em erro o autuado visto que este dispositivo trata do direito ao crédito referente ao ICMS recolhido por antecipação parcial, nada tendo a ver com esta infração considerando que a auditora procedeu corretamente ao glosar o crédito apropriado pelo autuado em aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em cumprimento a disposição regulamentar. Assim dispõe o art. 97, IV, "b" do RICMS/BA:

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:

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);

Compulsando os autos, da análise dos demonstrativos, fls. 100 a 114 (auditoria de crédito indevido – produtos da substituição tributária, com pagamento do imposto por antecipação), às fls. 115 a 599 (cópias das notas fiscais), e às fls. 1102 a 1683 (cópias do livro Registro de Apuração do ICMS e do Registro de Entradas), vejo tratar-se de aquisição de mercadorias diversas, que na data de ocorrência do fato gerador estavam enquadradas no regime de substituição tributária, portanto com fase de tributação encerrada. Logo, esta infração é procedente.

A infração 08 trata de multa por descumprimento de obrigação acessória pelo fato de o contribuinte ter feito declarações incorretas de dados nas Informações econômicas fiscais, DMA-Declaração e Apuração Mensal do ICMS.

O impugnante apela ao Conselho de Fazenda que, tendo em vista que não houve qualquer prática de dolo, fraude ou simulação, bem como falta de recolhimento de tributo, o cancelamento desta multa-penalidade nos termos do art.158, dispositivo legal do RPAF/BA.

Constatou que a penalidade imputada ao autuado está prevista no inciso XVIII, alínea "d" da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Quanto ao fato alegado pelo contribuinte de não ter havido dolo ou simulação, não ficou devidamente comprovado nos autos esta afirmativa, visto que as informações econômico-fiscais são de relevante importância para o planejamento fiscal-tributário da Fazenda Estadual. Mantenho a penalidade.

Relativamente à infração 09, utilização de crédito fiscal sem a apresentação do documento original comprobatório do direito ao crédito, o autuado afirma que o levantamento fiscal não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da empresa consta esta utilização indevida.

Analizando os autos, constato que a autuante acostou o demonstrativo "Auditoria Crédito Indevido", fls. 751 a 753, onde consta a data em que cada nota fiscal foi lançada no livro Registro de Entrada de Mercadorias, inclusive com cópia do referido livro, fls. 1136 a 1449.

Em fase defensiva, a Autuada juntou as notas fiscais de números: 11340, registrada em 14/12/2009; 15783 registrada em 15/12/2009; 43772, registrada em 09/03/2010 e 45973, registrada em 30/03/2010.

Estas notas fiscais foram acatadas pela fiscalização, que realizou a exclusão dos mencionados documentos, anexando novo demonstrativo, fls. 2287/2288. Diante desta prova trazida aos autos esta infração remanesce parcialmente em **R\$13.861,58**.

Sobre as infrações 10 e 11, recolhimento a menos do ICMS Antecipação Parcial, a autuante elaborou os demonstrativos fiscais separando as ocorrências do período em que autuada se encontrava inscrita no cadastro da SEFAZ como empresa do regime Normal, infração 10, daquelas ocorrências do período em que o autuado era microempresa, infração 11, apenas para melhor demonstrar os fatos em análise neste auto de infração, não tendo este procedimento causado qualquer prejuízo ao contribuinte. Para tanto, a fiscal autuante realizou o levantamento com base nos documentos apresentados pelo contribuinte. Esclarece que os DAEs inerentes às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária foram identificados e apartados daqueles que se referem a Antecipação Parcial. Afirma que todos os recolhimentos registrados no Sistema INC, fls. 96 a 99, com código de receita 2183 (ICMS Antecipação de descredenciado) foram considerados para fins de cálculo do ICMS Antecipação Parcial e que o demonstrativo de débito, fls. 754/763, e o demonstrativo do ICMS antecipação parcial por mês de referência, fl. 764, não deixam dúvidas de que houve recolhimento a menos do ICMS Antecipação Parcial.

O contribuinte em sua defesa limita-se a questionar sua condição no cadastro da SEFAZ, reiterando nunca ter sido optante do Simples Nacional, ou seja que nunca operou como microempresa. Argumenta também que não é possível ter calculado o ICMS antecipação parcial a menos, pois à época encontrava-se descredenciado, portanto era obrigado a realizar o recolhimento do imposto na fronteira do estado da Bahia e o cálculo era feito por prepostos da própria SEFAZ.

A antecipação parcial está prevista no art. 12-A da lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

“Art.12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso II do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Pelo expresso acima, não existe qualquer dúvida que o cálculo da antecipação parcial independe do regime de apuração adotado pela empresa, se regime normal ou qualquer outro. Além do mais, à fl. 13 deste processo consta documento que comprova que o sujeito passivo alternou sua condição na SEFAZ, entre o regime de microempresa e o regime normal de apuração do ICMS.

Quanto a alegação de que no período autuado encontrava-se descredenciado e o cálculo era realizado por preposta da SEFAZ, nada o impedia de conferir os cálculos e ao detectar equívocos realizar o correto recolhimento através de denúncia espontânea dos valores acaso calculados a menos.

No caso em análise, o contribuinte apenas alega que possivelmente não possui diferença do ICMS antecipação a recolher, sem apontar concretamente possíveis equívocos do levantamento fiscal. Ademais, sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, também o entendo inciso nas disposições do art. 142 do RPAF/99. Portanto, considero caracterizadas as infrações 10 e 11.

Quanto à infração 12, refere-se a recolhimento a menos do ICMS antecipado em razão da substituição tributária referente aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas neste regime – chocolates, tabletes, bombons, conforme planilha demonstrativa fls. 1087/1088. Mais uma vez o autuado não se insurge quanto aos cálculos. Até se a repetir que não estava enquadrado como microempresa à época da ocorrência dos fatos geradores. Tal argumento não tem o condão de elidir a acusação que lhe foi imputada. Infração subsistente.

Relativamente a infração 13, utilização a mais de crédito do ICMS antecipação parcial, para rebater a alegação do contribuinte que diz não saber onde utilizou em sua escrita fiscal os

mencionados créditos, a autuante indicou os demonstrativos que dão suporte a esta infração fls.1100/1101, com cópia do livro RAICMS, fls. 1104/1127, onde verifico estes valores. Infração caracterizada.

Ante o exposto, com exceção da infração 09 em que o contribuinte elidiu parcialmente, considerando a inexistência nos autos de prova capaz de elidir as demais infrações, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **018184.0901/11-1**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$291.711,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “b”, “f”, “d” e inciso VII, alíneas “a”, e “b”, além de multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00** prevista no inciso XVIII, alínea “d” do mesmo dispositivo legal citado, todos da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR