

A. I. Nº - 272041.0202/10-0
AUTUADO - SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - INFAZ EUNAPOLI
INTERNET 19.12.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0298-04/12

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Confirmado erro apontado pelo Impugnante na auditoria da conta-corrente: falta de transporte de saldo credor para o início do período fiscalizado. Infração elidida. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** Confirmado que o valor autuado por erro de registro em DMA não foi considerado como crédito fiscal no livro Registro de Apuração do ICMS. Apuração elidida. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração caracterizada, mas parcialmente subsistente em face da exclusão de valores por confirmação de inconsistências nos dados do levantamento fiscal original. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração caracterizada, parcialmente em face da exclusão de valores por confirmação de inconsistências nos dados do levantamento fiscal original. **5. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS EM DMA. MULTA.** Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2010 e exige ICMS no valor de R\$ 294.337,09, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Recolheu a menor ICMS no valor de R\$ 109.272,84 em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Período: janeiro, fevereiro, março, maio, julho e agosto 2008 e maio 2009. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 2: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 20.000,00, sem apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito. Período: janeiro 2008. Multa 60%;

INFRAÇÃO 3: Recolheu a menor ICMS antecipação parcial no valor de R\$ 35.260,03, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Período: janeiro a maio, setembro, novembro e dezembro 2008, janeiro, maio, junho, setembro e dezembro 2009. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 4: Efetuou recolhimento a menor de ICMS por antecipação no valor de R\$ 129.384,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89. Período: janeiro a setembro e novembro 2008, fevereiro a abril, junho, agosto a dezembro 2009. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 5: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA. Multa de R\$ 280,00. Período: maio e junho 2008;

INFRAÇÃO 6: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA. Multa de R\$ 140,00. Período: outubro 2008.

Às fls. 47/66, o autuado se defende alegando erros e equívocos impossíveis de correção em todos os levantamentos elaborados pelo autuante o que tornaria nula a autuação.

Diz inexistir a infração 1, pois, juntando cópia do livro RAICMS e DMA's, o autuante ao efetuar o levantamento da conta gráfica do ICMS/BA não considerou o saldo credor de R\$ 154.701,04 de dezembro do exercício anterior, maior que o valor autuado (R\$ 109.272,84).

Do mesmo modo, diz que a infração 2 também não existe, pois o valor de R\$ 20.000,00 foi informado na DMA de 01/2008 como saldo anterior, mas que no livro de apuração sequer foi aproveitado. Ressaltando que as informações da DMA não se prestam para levantamento fiscal, porquanto o válido seria o elaborado com base em valores constantes dos livros fiscais, alega que, neste período, as DMA's foram apresentadas com valores inconsistentes, mas foram posteriormente retificadas. Para tanto, também anexa cópia do livro RAICMS, DMA originária e retificada (docs. 03, 37 a 39).

Também diz que a infração 3 não existe, pois na sua apuração o autuante cometeu os seguintes equívocos:

- a) Consignou no levantamento fiscal valores equivocados e dissociados dos constantes nas notas fiscais, seja com relação ao valor da base de cálculo ou ao valor do imposto recolhido, pois levou em consideração tão somente os valores constantes na conta corrente do autuado no sistema da SEFAZ naquele determinado período e no código de recolhimento pretendido, não manuseando os documentos que estavam em seu poder;
- b) Não considerou que algumas notas fiscais se referem a produtos isentos ou não tributados ou com redução da base de cálculo;
- c) Não considerou o recolhimento do ICMS antecipação parcial de algumas notas fiscais, mas cujo código de receita foi indicado com erro por equívoco da empresa ou do próprio preposto fiscal em serviço no Posto Fiscal;
- d) Não considerou o recolhimento do ICMS antecipação parcial feito a maior que o devido em algumas notas fiscais;
- e) Equivocou-se quanto à alíquota em algumas notas fiscais no levantamento fiscal;
- f) Equivocou-se incluindo mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária de algumas notas fiscais;
- g) Equivocou-se incluindo mercadorias adquiridas para o ativo fixo ou consumo da empresa.

Seguindo, anexando cópia da documentação probatória, especifica os erros materiais cometidos no levantamento fiscal da infração 3 (fls. 50-52), razão pela qual pede sua nulidade.

O mesmo argumento de inexistência aventa para a infração 4 em face de erros como os descritos para a infração anterior, os quais também especifica nas fls. 54-56.

Argui a ineficácia do levantamento fiscal por falta de suporte fático como expendido e que pode ser conferido em revisão fiscal que solicita. Transcreve o art. 5º, II da CF para frisar a ilegitimidade e nulidade do Auto de Infração.

Citando decisões de tribunais administrativos e doutrinas, diz que os equívocos cometidos pelo autuante implicam em “bitributação” que o ordenamento jurídico não admite, além de crime por excesso de exação.

Conclui pedindo a nulidade pelas razões apontadas e que no mérito o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Às fls. 207-212, o autuante presta informação fiscal. Embora reconheça alguns equívocos, discorda das alegações defensivas contidas no item “1” em que o Impugnante trata da nulidade e improcedência da autuação, pois o Impugnante pretende desconsiderar todas as planilhas do Auto de Infração.

Diz que o autuado incorre em várias irregularidades: recolhe em códigos errados; recolhe a maior e pleiteia compensação de impostos; fornece DMA's com erros; não estabelece processo contínuo de controle de sua conta-corrente fiscal.

Sobre a infração 1, diz que às fls. 11 e 12, constam cópias das DMA's. A DMA ref. 12/2007 transmitida à SEFAZ apresenta saldo credor de R\$ 20.000,00 para o período 01/2008. Fala que as obrigações acessórias não são de segunda categoria e que, propositalmente, as empresas fazem uso e costume convenientes ao descontrole de suas operações pelo Estado visando ganho de tempo para contabilização diversa.

Informa que se vê nas fls. 70, 73, 76, 79, 82, 85, 88, 91, 94, 97, 100 e 103, que a transmissão das DMA's retificadas se deu após início da ação fiscal, o que sugere indícios de cobertura de erros na escrituração fiscal/contábil. Por isso, entende necessário o autuado comprovar o saldo inicial da conta-corrente do ICMS 2008 através da DIRPJ 2009 e extratos, razão pela qual mantém a infração.

Argumentando que para elidi-la também se faz necessária a DIRPJ e extratos bancários, do mesmo modo, mantém a infração 2.

Quanto à infração 3, argumenta:

Janeiro 2008: admite erro na digitação da Nota Fiscal nº 192374, razão pela qual não há débito de ICMS para este mês.

Fevereiro 2008: Apesar de dizer que o valor da Nota Fiscal nº 1213 é R\$ 9.105,00 e não R\$ 91.055,00, como digitado (fl. 31), transcreve o art. 87, XXXVI, do RICMS-BA para manter a exigência, pois a redução de 100% da base de cálculo entrou em vigor a partir de 27/03/2008.

Março 2008: Diz que o imposto relativo à Nota Fiscal nº 195358 foi recolhido com código errado. A empresa dever requerer regularização junto à Infaz Eunápolis, pois não pode sanar o erro. A NF 67907 teria base de cálculo reduzida em 100% caso entrasse a partir de 27/03/2008. A Nota Fiscal nº 2345, embora cobrada como antecipação parcial, justifica a cobrança do ICMS, pois o fato gerador ocorreu.

Mai 2008: As Notas Fiscais nºs 70393 e 200395 se referem a peixes. Logo, cobrança indevida. O valor passa para R\$ 413,26.

Setembro 2008: Mantém o valor, pois a exemplo do visto em relação à NF 195358, não pode regularizar o recolhimento com código errado das Notas Fiscais nºs 133, 161 e 43091.

Novembro 2008: Nota Fiscal nº 2614 se refere a peixe. Nota Fiscal nº 294095 se refere a um crédito de 12%, conforme alega o autuado. A Nota Fiscal nº 1052 tem o valor de R\$ 2.068,80 e se refere a mercadoria da ST. Por consequência, neste mês não há exigência fiscal.

Dezembro 2008: A Nota Fiscal nº 463622 foi excluída por fazer parte da Nota Fiscal nº 463623. A Nota Fiscal nº 32291 foi excluída por ter sido recolhido seu ICMS por ST. Neste mês não há exigência fiscal.

Janeiro 2009: Retirando as Notas Fiscais nºs 33368, 33369, 2856 e 142880, não há débito neste mês.

Março e abril 2009: Diz que o autuado concorda, pois não se defende nesses meses.

Mai 2009: Diz que o ICMS devido é R\$ 2.271,29, conforme planilha que anexa e que o autuado não apresenta razões analíticas com NF's ou DAE's para afastar a exigência.

Junho 2009: As NF's indicadas como 7,63E+08 e 7,37+E08 são as de n^{os} 76250 e 73653 e estão com os DAE's pagos, constando com essa observação na planilha, pelo que não há alteração na soma ou ICMS devido. A Nota Fiscal n^o 57897 embora faça referência a ativo fixo deve ICMS, pois ocorreu o fato gerador. Diz que a classificação errada não desabilita a cobrança do imposto. A nota fiscal 5082 se refere à mercadoria que não comprova recolhimento do ICMS e, por isso, a mantém na planilha, razão pela qual a infração procede.

Setembro 2009: Diz que o autuado não comprova que a Nota Fiscal n^o 007503 refere-se a peixe e a mantém, razão pela qual a exigência seria procedente.

Dezembro 2009: A Nota Fiscal n^o 341488 é de mercadoria sujeita à substituição tributária. As Notas Fiscais n^{os} 341487 e 284806 compõem o total a recolher. A Nota Fiscal n^o 1839 refere-se a bastonetes de surimi no valor de R\$ 540,00 e o restante é peixe. Porém, o recolhimento é maior que o imposto a recolher e, por isso, a exigência não procede neste mês.

Ressalva que o Impugnante incorre em equívoco ao argumentar que peixe é isento em função do art. 14, XIII, do RICMS-BA, pois este dispositivo trata também da exclusão de alguns pescados, como o transcreve.

Assim, se deve estudar caso a caso para se aplicar corretamente a legislação tributária.

Quanto à infração 4:

Janeiro 2008: Diz que o autuado não comprova o recolhimento do ICMS antecipação tributária referente à Nota Fiscal n^o 22832. Seu valor foi alterado para R\$ 1.965,00, sendo devido no mês ICMS de R\$ 4.390,38, observando-se a alegação defensiva de erro na digitação. Fala que por economia processual, dado ao volume de dados, permanece a cobrança relativa a esta NF como se antecipação parcial fosse por entender que isto não traz ônus à autuada, o mesmo ocorrendo em relação à Nota Fiscal n^o 22527, pois em ambos os casos o sistema da SEFAZ não acusa o recolhimento.

As Notas Fiscais n^{os} 20762 e 20763 que o Impugnante alega ter recolhido ICMS com código errado, cuja correção se deve dar via Infaz, as mantém.

Março 2008: Mantém a exigência, pois o autuado não se manifesta.

Mai 2008: Mantém a exigência de R\$ 5.596,62, dizendo não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 25154, 25155, 24461 e 24462, supostamente recolhido com código errado que deve ser objeto de ressarcimento por requerimento próprio na Infaz.

Junho 2008: A Nota Fiscal n^o 518518 refere-se a bacon, inclusive, no valor de R\$ 2.132,00. O valor e MVA foram alterados na planilha de cálculo. Diz não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 25504, 26062 e 26065, supostamente recolhido com código errado que deve ser objeto de ressarcimento por requerimento próprio na Infaz. Mantém a ocorrência no valor de R\$ 3.187,57.

A Nota Fiscal n^o 518518 refere-se a bacon, inclusive, no valor de R\$ 2.132,00. O valor e MVA foram alterados na planilha de cálculo. Diz não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 25504, 26062 e 26065, supostamente recolhido com código errado que deve ser objeto de ressarcimento por requerimento próprio na Infaz. Mantém a ocorrência no valor de R\$ 3.187,57.

Julho 2008: Diz não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 27020, 27021, 27360, 27362, 26536, 26537 e 72 recolhido supostamente com código errado que deve ser objeto de correção por requerimento próprio na Infaz. Fala que a ocorrência é procedente no valor de R\$ 5.596,62 e corrigindo a MVA da Nota Fiscal n^o 5390 (de 45 para 30%), a ocorrência passa para R\$ 7.863,36.

Agosto 2008: Diz não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 28085, 27774 e 28116, supostamente recolhido com código errado que deve ser objeto de correção por requerimento próprio na Infaz. Mantém a ocorrência no valor de R\$ 11.999,67.

Setembro 2008: Diz não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 29044, 29045, 28669 e 28670, supostamente recolhido com código errado que deve ser objeto de correção por requerimento próprio na Infaz. Mantém a ocorrência no valor de R\$ 451,80.

Novembro 2008: Diz não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 238 e 31783, supostamente recolhido com código errado que deve ser objeto de correção por requerimento próprio na Infaz. Mantém a ocorrência no valor de R\$ 20.233,34.

Fevereiro 2009: A Nota Fiscal n^o 2990 refere-se a corvina. Portanto, tem redução de base de cálculo em 100% e foi retirada. Diz não poder compensar o ICMS da Nota Fiscal n^o 23996, supostamente recolhido com código errado, que deve ser objeto de correção por requerimento próprio na Infaz.

Março 2009: As Notas Fiscais n^{os} 3264 e 5154 referem-se a pescado. Têm redução de base de cálculo de 100% e foram retiradas. A Nota Fiscal n^o 436 refere-se a embutido cozido (linguiça) que não há incidência de ICMS e também foi retirada. O valor devido da ocorrência passa para R\$ 1.738,24.

Abril 2009: Não fazendo menção a esta ocorrência, o Impugnante a reconhece tacitamente.

Junho 2009: Diz não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 153644, 10886, 393, 394 e 395, supostamente recolhido com código errado que deve ser objeto de correção por requerimento próprio na Infaz. Mantém a ocorrência no valor de R\$ 18.582,59.

Setembro 2009: Como pedido, corrigiu a alíquota da ST de 23 para 16%, ajustando o valor da ocorrência para R\$ 3.576,20.

Novembro 2009: Diz não poder compensar o ICMS das Notas Fiscais n^{os} 860886, 575 e 576, supostamente recolhido com código errado que deve ser objeto de correção por requerimento próprio na Infaz. Mantém a ocorrência no valor de R\$ 13.618,77.

Dezembro 2009: Corrigiu a exigência relativa à Nota Fiscal n^o 635 e o crédito fiscal relativo à Nota Fiscal n^o 673 foi ajustado para mais, conforme planilha anexa.

Argumenta que as irregularidades foram sanadas e, por isso, discorda do argumento de nulidade absoluta, até porque o Impugnante não se defende de todas as ocorrências.

Às fls. 233-236, o autuado se manifesta dizendo que a informação fiscal não enfrentou os argumentos defensivos, razão pela qual os reitera.

Consigna que na Informação Fiscal o autuante admitiu erros no levantamento fiscal inicial e, em várias ocasiões, reconhece que a empresa recolheu o imposto, embora com o código, inscrição equivocada ou mesmo documento inadequado.

Ressalta que o autuante reconhece não ter examinado os livros fiscais para a realização de levantamento de estoque e inverte o dever de fiscalizar para o autuado, como se lhe competisse provar por outras fontes o que já se achava em seus livros (livro diário e declaração de IR), mesmo sabendo que, por ser ME, estaria dispensada de escrituração de livros contábeis.

Salienta que os itens 2, 3, 4 e 5 da defesa não foram objetados na informação fiscal e conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Em análise de pauta suplementar, conforme fl. 240, o processo foi baixado em diligência com o seguinte pedido:

Autuante

- a) Analisar os livros e documentos fiscais do autuado do exercício de 2007, a fim de verificar o real saldo do ICMS em dezembro de 2007. Caso seja apurado saldo credor em dezembro/2007, refazer o demonstrativo da conta-corrente fiscal de fl.10, ajustando, se for o caso, os valores exigidos na infração 1;

b) Juntar cópia dos livros fiscais dos exercícios 2007, 2008 e 2009;

Infração 3:

- a) Indicar qual o valor que considera devido para a ocorrência de fevereiro de 2008, uma vez que acolheu o argumento defensivo em relação à Nota Fiscal nº 1213, mas não fez o demonstrativo de fl. 31;
- b) Março 08: Excluir a Nota Fiscal nº 2345 por reconhecer tratar-se de outra infração (falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual);
- c) Junho 2009: Excluir a Nota Fiscal nº 57897 por reconhecer tratar-se de outra infração (falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual);
- d) Setembro 2009: Excluir a Nota Fiscal nº 007503, cuja cópia consta à fl. 141, por tratar-se de aquisição de peixe.

Infração 4:

- a) Janeiro 2008: Excluir as Notas Fiscais nºs 22527 e 22832 (fls. 147 e 148), por não contemplarem mercadorias sujeitas à antecipação tributária total.

Em face dos ajustes, elaborar novos demonstrativos das infrações, inclusive o de débito;

Após as providências solicitadas, o autuado deverá ser cientificado do resultado com entrega dos demonstrativos e expressão do prazo de 10 dias para que, querendo, sobre ele se pronuncie e, caso haja manifestação do autuado, os autos deverão ser enviados ao autuante para conhecimento e, posteriormente, devolvidos ao CONSEF.

À fl. 243 o autuante informa o cumprimento da diligência dizendo que, após minuciosa análise, chegou à seguinte conclusão.

Infração 1

É improcedente, conforme demonstrativo anexo.

Infração 3 (conforme demonstrativos anexos):

Fevereiro 2008: A Nota Fiscal nº 1213 foi retirada, restando devido ICMS no valor de R\$ 3.909,99.

Março 2008: A Nota Fiscal nº 2345 foi excluída e nada mais resta devido neste mês.

Junho 2008: A Nota Fiscal nº 57897 foi retirada, restando devido ICMS no valor de R\$ 1.616,37.

Setembro 2009: A Nota Fiscal nº 7503 foi retirada e nada mais resta devido neste mês.

Infração 4 (demonstrativos anexos)

Com a exclusão das Notas Fiscais nºs 22527 e 22832 (fls. 147 e 148) resta devido o ICMS de R\$ 3.709,03.

Anexa, em arquivos magnéticos, os livros de Apuração do ICMS, Entradas e Saídas dos períodos 2007, 2008 e 2009.

Às fls. 256-257, o autuado se manifesta concordando com os ajustes efetuados pela diligência nas infrações 1, 3 e 4, pois saneou as inconsistências.

Quanto às demais infrações, diz estar convencido que não as cometeu.

À fl. 259, consta ciência do autuante sobre a manifestação do autuado.

VOTO

O Auto de Infração acusa o autuado de ter cometido seis infrações, conforme acima relatadas.

Delas o autuado se defendeu apontando erros e equívocos nos levantamentos fiscais e, por isso, entendendo serem insanáveis, arguiu a nulidade e improcedência do lançamento, muito embora,

na discussão de mérito tenha pedido diligência fiscal por estranho ao feito no sentido de revisar o trabalho do autuante.

Como oportunamente veremos, por tratar-se de vício sanável (como o próprio Impugnante vislumbra ao solicitar diligência fiscal), as incorreções contidas no levantamento fiscal inicial foram corrigidas por diligência deferida na forma prevista no §1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF e tendo o procedimento fiscal cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conformando nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento, não mais há falar em nulidade do lançamento tributário em lide.

Ressaltando que os documentos fiscais dos quais derivou a autuação foram apresentadas pelo próprio contribuinte, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante por não estar presente nos autos qualquer dos motivos de nulidades previstos nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA.

Superada a questão preliminar, passo ao exame de mérito deste auto de infração.

Por não terem sido contestadas, sobre as infrações 5 e 6 incide a disposição do art. 140 do RPAF e por nada ter que reparar quanto ao aspecto formal, as tenho como integralmente subsistentes.

Infrações procedentes.

Infração 1 (recolhimento a menor de ICMS apurado por auditoria de conta-corrente fiscal).

O autuado se defendeu motivando a exigência tributária ao erro do autuante de não transportar o saldo credor de ICMS apurado em 12/2007 para janeiro de 2008. Isto foi um dos itens requisitados no pedido de diligência de fls. 240-241 e o próprio autuante reconhece a pertinência da alegação defensiva e expressamente admite a improcedência da infração, o que se confirma no novo demonstrativo que cola aos autos à fl. 244, pois neste se vê que, inserindo o saldo credor de R\$ 157.561,44, apurado em 12/2007, como transportado e inicial na planilha, os valores inicialmente exigidos não mais aparecem. Portanto, a acusação não subsiste.

Infração improcedente.

Infração 2 (uso indevido de crédito fiscal)

O autuado alegou a inexistência da infração tendo em vista ser relativa ao valor de R\$ 20.000,00, informado erradamente na DMA do mês 01/2008 (posteriormente retificada) como saldo credor anterior, mas que não foi aproveitado no livro de apuração do ICMS, conforme cópia do LRAICMS e DMA's retificadas que junta aos autos (fls. 67-103).

Por sua vez, o autuante, não adentrando ao mérito da apuração periódica do ICMS e salientando que as DMA's retificadoras foram transmitidas depois de iniciada sua ação fiscal, confirmou tratar-se dos R\$ 20.000,00 apresentados como saldo credor na DMA do período 01/2008 transmitida à SEFAZ. Além disso, que o autuado deveria elidir essa infração através da DIRPJ, Livro Diário, extratos bancários e do Saldo Inicial da Conta Corrente do ICMS 2008.

Tem razão o Impugnante, pois a apuração periódica do ICMS do contribuinte se processa nos seus livros fiscais a partir das notas fiscais de entrada e saída das mercadorias que comercializa, a despeito de a inconsistência dos dados apostos na DMA que deve refletir os registros dos seus livros, consistir, inequivocamente, em outra infração, aliás, que neste caso, mesmo que não relativa à competência 01/2008, são objetos das infrações 05 e 06.

De fato, no Registro de Apuração do ICMS de 01/2008 (fls. 68-69) não se vê uso indevido do crédito fiscal acusado. Se no curso da ação fiscal o autuante percebeu indícios de irregularidade quanto aos valores dos créditos fiscais registrados, dado à sua competência legal e atribuição vinculada à lei, usando dos meios legalmente permitidos, lhe cabe investigar os registros, sob pena de responsabilidade já que eventual crédito de ICMS consiste em direito público indisponível. Portanto, a acusação como feita não subsiste.

Infração impropriedade.

Infração 3 (recolhimento a menor de ICMS antecipação parcial)

Janeiro 2008:

De fato, no demonstrativo de fl. 30 há o erro apontado pelo Impugnante (Nota Fiscal nº 192374 – fl. 109 - no valor de R\$ 140.999,00 ao invés de R\$ 14.099,00). Por ocasião da informação fiscal o autuante reconheceu o erro e corretamente o corrigiu, nada mais sendo devido para esse mês.

Fevereiro 2008:

Juntando suas cópias aos autos (fls. 110-115), o autuado arguiu que as Notas Fiscais nºs 4554, 14176, 1171, 1172, 119831 e 1213, relativas a aquisição de pescado, são contempladas pela isenção (RICMS-BA: art. 14, XIII), e redução de base de cálculo em 100% (RICMS-BA: art. 87, XXXVI) nas operações internas. Além disso, apontou que a NF foi computada com o valor de R\$ 91.055,00 ao invés de R\$ 9.105,00.

Por sua vez, na informação fiscal, transcrevendo o art. 87, XXXVI, do RICMS-BA, mesmo admitindo o erro apontado no valor da Nota Fiscal nº 1213, manteve a infração uma vez que a redução de base de cálculo deu-se posterior aos fatos geradores (vigência a partir de 27/03/08).

Tendo em vista que mesmo admitindo o erro na digitação da Nota Fiscal nº 1213 o autuante não ajustou o demonstrativo da ocorrência, pediu-se essa providência na diligência fiscal de fls. 240-241. O autuante refez o demonstrativo (fl. 245) onde, das NF's citadas, apenas não excluiu a 14176, ajustando o valor devido para R\$ 3.909,00.

Analisemos o caso.

Conforme se vê abaixo, a isenção citada pelo Impugnante não se aplica, pois esgotou vigência em 30/04/99 e a redução da base de cálculo é posterior aos fatos geradores e data da ocorrência, como informou o autuante. A despeito disso, o autuante se equivocou ao refazer o demonstrativo da ocorrência, pois que nele haveria apenas que ajustar o valor da Nota Fiscal nº 1213. Portanto, isso fazendo (excluindo o valor incorretamente de R\$ 9.105,50 do demonstrativo de fl. 31, e incluindo o correto de R\$ 902,10), o valor do ICMS devido dessa ocorrência passa de R\$ 14.912,97 para R\$ 6.709,57.

Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

XIII - de 01/10/91 até 30/04/99, nas saídas internas de pescados, exceto em se tratando de (Conv. ICMS 60/91, 148/92, 121/95 e 23/98):

Nota: A redação atual do inciso XIII do art. 14 foi dada pela Alteração nº 7 (Decreto nº 7365, de 01/07/98, DOE de 02/07/98) para prorrogação do prazo de vigência do benefício.

a) crustáceos, moluscos, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã;

b) operação que destine o pescado à industrialização;

c) pescado enlatado ou cozido

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXXVI - das operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, em 100% (cem por cento), observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100, sendo que o benefício previsto neste inciso não se aplica:

Nota: O inciso XXXVI foi acrescentado ao caput do art. 87 pela Alteração nº 100 (Decreto nº 10984, de 26/03/08, DOE de 27/03/08), efeitos a partir de 27/03/08.

a) à operação que destine o pescado à industrialização;

b) ao pescado enlatado ou cozido;

c) ao pescado seco ou salgado.

Março 2008:

Juntando cópia do DAE (fl. 116), o autuado alegou pagamento do ICMS da Nota Fiscal nº 195358 com código de receita errado (1145 – antecipação tributária produtos anexo 88, ao invés de 2175 – antecipação parcial). A Nota Fiscal nº 67907 referir-se a mercadoria com redução de base de cálculo em 100% nas operações internas (peixe) e a Nota Fiscal nº 2345 se referir a material adquirido para uso e consumo.

Por sua vez, na informação fiscal o autuante não aceita o recolhimento com o código incorreto para a Nota Fiscal nº 195358 dizendo que a correção desse fato deve ser requerida à Infaz Eunápolis por representar compensação de crédito. Não há redução de base de cálculo para a mercadoria da Nota Fiscal nº 67907 em face da entrada na Bahia em data anterior à vigência da redução e que embora na Nota Fiscal nº 2345 não seja devida a antecipação parcial, mas diferença entre as alíquotas internas e interestadual, a mantém porque ocorreu o fato gerador.

Pois bem, vê-se que, de fato, o DAE de fl. 116, com o código de receita de ICMS ST, registra o exato valor exigido para a Nota Fiscal nº 1953 no demonstrativo da ocorrência (fl.32), identifica essa NF em que, neste Auto de Infração, se exige ICMS antecipação parcial. Entretanto, não trazendo a NF aos autos para se identificar que não se trata de aquisição de mercadoria enquadrada na ST, dado ao diferente tratamento tributário escritural que têm os distintos tributos (ICMS ST que não gera crédito e ICMS antecipação parcial, cujo valor recolhido se constitui em crédito fiscal na apuração periódica do ICMS), não acolho a alegação defensiva, que, como afirma o autuante, se for o caso, a correção deve ser pleiteada junto à repartição fiscal local, mediante a devida comprovação documental, qual seja, apresentação da referida NF para identificar em que regime tributário se enquadra a mercadoria.

Tem razão o autuante ao não excluir da ocorrência a Nota Fiscal nº 67907, pois sua emissão e entrada na Bahia (27 e 28/02/08 – fl.117) se deram antes da vigência da redução de base de cálculo citada.

Embora sendo devido ICMS pela aquisição interestadual de mercadoria para uso e consumo do estabelecimento autuado, como pedido na diligência, a Nota Fiscal nº 2345 foi excluída da ocorrência por se tratar de outra infração não aventada nesse caso.

Assim, excluindo-se do demonstrativo da ocorrência (fl. 32) a Nota Fiscal nº 2345, cujo valor por ela exigido é R\$ 118,90, ainda resta devido R\$ 85,22 e, com fulcro no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente a abertura de novo procedimento fiscal para verificar o cumprimento da obrigação tributária relativa ao ICMS devido pela DIFAL concernente à Nota Fiscal nº 2345.

Abril 2008:

Pela ocorrência desse mês se exige ICMS de R\$ 1.595,27 com suporte no demonstrativo de fl. 33.

Considerando que o Impugnante não a contesta, sobre ela incide as disposições contidas nos artigos 140 e 142 do RPAF, que abaixo transcrevo para mantê-la.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Maio 2008:

O autuado pediu a exclusão das Notas Fiscais nºs 70393 e 200395 (fls. 119-120) relativas a aquisição de pescado, em face da redução de base de cálculo de 100% prevista no art. 87, XXXVII, do RICMS-BA.

Por ocasião da informação fiscal, tendo em vista que as NF's citadas foram emitidas no período de vigência da redução da base de cálculo, corretamente o autuante as excluiu do demonstrativo da ocorrência (fl. 34), ajustando o valor devido para R\$ 413,26 que aqui acolho.

Entretanto, também com fundamento no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para abertura de novo procedimento fiscal para verificar na escrituração do contribuinte o cumprimento das disposições regulamentares quanto ao crédito fiscal em relação às mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo nas operações internas.

Setembro 2008:

Juntando cópia dos DAE's de fls. 121, 122 e 123, o autuado pediu a exclusão das Notas Fiscais nºs 43091, 161 e 133 do demonstrativo da ocorrência (fl. 35), alegando que o imposto recolhido se refere a essas NF's tendo apenas ocorrido erro no código da receita.

Por sua vez, do mesmo modo que o já visto para o mês de março 2008 acima, o autuante não aceitou a alegação defensiva, qual seja, que as mercadorias não estão na ST, como identificadas nos DAE's.

Considerando que o autuado não trouxe aos autos as NF's para provar a alegação defensiva, com a mesma fundamentação que me levou ao não acolhimento do DAE para elidir essa mesma acusação naquele mês, mantenho o valor exigido para esse mês (R\$ 269,72)

Novembro 2008:

O autuado pediu a exclusão da Nota Fiscal nº 2614, relativa à aquisição de pescado em face da redução de base de cálculo do art. 87, XXXVII, do RICMS-BA. Apontou erro na consideração do crédito fiscal da Nota Fiscal nº 294095 no demonstrativo de fl. 36 e pediu também a exclusão da Nota Fiscal nº 1052 por conter mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Por sua vez, por ocasião da informação fiscal, corretamente o autuante acolheu as razões defensivas ajustando a ocorrência. Por consequência, nada restou nela devido.

Dezembro 2008:

O autuado alegou que a Nota Fiscal nº 463623 é continuação da 463622 e, por isso, pediu sua exclusão. Pediu também a exclusão da Nota Fiscal nº 32291 por referir-se a mercadoria sujeita à ST (massas).

Do mesmo modo que visto na ocorrência anterior, corretamente o autuante acolheu as razões defensivas ajustando a ocorrência. Por consequência, nada restou nela devido.

Janeiro 2009:

O autuado pediu a exclusão das Notas Fiscais nºs 33368 e 33369 por conterem mercadorias da ST e o imposto ter sido por isso recolhido, bem como das Notas Fiscais nºs 2856 e 142880 por conterem pescado sujeitos à redução de base de cálculo do art. 87, XXXVII, do RICMS-BA.

Do mesmo modo que o visto na ocorrência anterior, corretamente o autuante acolheu as razões defensivas ajustando a ocorrência. Por consequência, nada restou nela devido.

Mai 2009:

O autuado dizendo apenas estar relacionando todos os pagamentos efetuados durante o mês, não protesta objetivamente essa ocorrência no valor de R\$ 2.271,29, cujo demonstrativo consta à fl.39. Portanto, a mantenho com o mesmo fundamento dado à ocorrência de abril 2008.

Junho 2009:

O autuado alegou a não identificação das NF's insertas no demonstrativo da ocorrência (fl. 40), como 7,63E+08 e 7,37+08. Pediu a exclusão da Nota Fiscal nº 57897 por se referir a aquisição de ativo fixo e da Nota Fiscal nº 5082 devido a pagamento do imposto por substituição tributário por conter mercadoria sujeita a tal regime (massas).

O autuante, na informação fiscal, dizendo apenas que as duas primeiras NF's são as de nºs 76250 e 73653 e que estão com DAE's pagos, as manteve e, mesmo reconhecendo que a Nota Fiscal nº 57897 seja de ativo fixo, também a manteve dizendo que a classificação errada não desabilita a

cobrança do imposto. Também manteve a Nota Fiscal nº 5082 dizendo referir-se a uma mercadoria que não comprova o recolhimento do ICMS.

Como pedido, na diligência o autuante excluiu da ocorrência a Nota Fiscal nº 57897 ajustando o valor exigido para R\$ 1.616,37.

Considerando que após a identificação das duas primeiras NF's o autuado foi cientificado, inclusive do resultado da diligência, manifestando-se pela concordância dos ajustes efetuados nas infrações 1, 3 e 4, acolho o valor ajustado da ocorrência na informação fiscal, para declará-la parcialmente subsistente em R\$ 1.616,37 e com fulcro no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente a abertura de novo procedimento fiscal para verificar o cumprimento da obrigação tributária relativa ao ICMS devido pela DIFAL concernente à Nota Fiscal nº 57897.

Setembro 2009;

O autuado pediu a exclusão da Nota Fiscal nº 007503, relativa à aquisição de pescado, em face da redução de base de cálculo prevista no art. 87, XXXVII, do RICMS-BA.

Alegando falta de prova da razão defensiva, o autuante manteve a infração, mas tendo em vista que a prova se encontra à fl. 141 dos autos, como pedido na diligência, o autuante excluiu a Nota Fiscal nº 7503 da ocorrência e, por consequência, nada restou nela devido.

Dezembro 2009:

Juntando cópia às fls. 142-144, o autuando pediu a exclusão das Notas Fiscais nºs 341487, 341488 e 284806 por referir-se a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, bem como da Nota Fiscal nº 1839, relativa à aquisição de pescado, em face da redução de base de cálculo prevista no art. 87, XXXVII, do RICMS-BA.

Por sua vez, o autuante disse que a Nota Fiscal nº 341488 contempla mercadoria da ST. As de nºs 341487 e 284806 compõe o total a recolher e que a 1839 refere-se, em parte, a bastonete de surimi. Porém, como no total o recolhimento foi maior que o imposto a recolher, nada seria devido nesse mês.

As Notas Fiscais nºs 341487 e 341488 destacam ICMS devido por ST. Portanto, devem ser excluídas da ocorrência, assim como a Nota Fiscal nº 1839.

Considerando que no demonstrativo da ocorrência (fl. 42) o valor exigido por tais NF's soma R\$ 223,48 e o valor total R\$ 291,77, nela resta devido R\$ 68,29.

Assim, em face das observações acima, o valor devido pela infração 3 passa de R\$ 35.260,03 para R\$ 13.028,99.

A Infração 4 (recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por ST feito a menor)

Janeiro 2008:

O autuado alegou que a Nota Fiscal nº 22832 além de estar consignada no demonstrativo da ocorrência (fl. 13) com o valor de R\$ 19.965,00 ao invés de R\$ 1.965,00, as mercadorias não se sujeitam à ST e o ICMS antecipação parcial no valor de R\$ 98,25 foi pago em 18/01/2008. O mesmo ocorreu com a Nota Fiscal nº 22527, e o ICMS antecipação parcial foi pago em 10/01/2008. As Notas Fiscais nºs 20762 e 20763 tiveram o imposto pago em 30/01/2008, embora com código errado da receita, o que não foi computado no Auto de Infração.

Por sua vez, o autuante, embora corrigindo o erro apontado no seu valor e admitindo não tratar de mercadorias sujeitas à ST, disse não ter sido comprovado o recolhimento do ICMS relativo à Nota Fiscal nº 22832 e sob a justificativa de economia processual a manteve na infração, mesmo procedimento que teve com relação à Nota Fiscal nº 22527.

Não aceitou o alegado recolhimento com código errado de receita relativo às Notas Fiscais nºs 20762 e 20763. Refez o demonstrativo da ocorrência (fls. 220) ajustando o valor devido para R\$ 4.680,64.

De fato, se vê na cópia juntada pelo Impugnante à fl. 147 que o valor da Nota Fiscal nº 22832 é R\$ 1.965,00. As mercadorias não estão enquadradas no regime de ST e o mesmo ocorre com relação à Nota Fiscal nº 22527, cuja cópia consta à fl. 148 e, como pedido, essas NF's foram excluídas da ocorrência na diligência fiscal.

Com relação às Notas Fiscais nºs 20762 e 20763, o autuado, admitindo tratar-se de aquisição de mercadorias da ST, frise-se, apenas trouxe aos autos cópias dos DAE's de fls. 149 e 150, nos valores respectivos de R\$ 88,62 e R\$ 269,01, identificando estas NF's e informando serem relativos a ICMS antecipação parcial (2175), alegando errada codificação e que não foram considerados na autuação.

Pois bem, o fato é que ainda que admitindo que sua alegação seja verdade, duas coisas há que observar nesse caso: a) pela infração se exige dessas NF's o valor de R\$ 783,19 (589,12 + 194,07), que deduzidos do valor recolhido pelos DAE's com código de ICMS antecipação parcial no valor de R\$ 357,63 (88,62 + 269,01), ainda restaria devido R\$ 425,56; b) se no regime da ST se encerra a fase de tributação sem crédito fiscal para o autuado, isso não ocorre com a antecipação parcial do ICMS, cujo valor recolhido o contribuinte pode se creditar na apuração do ICMS normal a recolher periodicamente. Portanto, nesse caso, aceitando-se o argumento de recolhimento do imposto devido por ST com o código incorreto como alega o Impugnante, haveria que investigar se esse valor não foi "indevidamente" lançado como crédito no LARICMS. No caso, se este valor não compõe o valor de R\$ 6.530,83, lançado como CREDITO ANTECIPAÇÃO PARCIAL que se vê no livro de fl. 69.

Portanto, tendo em vista que o Impugnante não faz inequívoca prova de sua alegação defensiva, uma vez que não trouxe aos autos as referidas NF's, como já visto nos casos semelhantes, além da correção do eventual recolhimento do ICMS com código equivocado não poder se dar na forma pretendida, com fundamento no art. 156 do RPAF represento o caso à autoridade competente para abertura de novo procedimento fiscal no sentido de verificar a regularidade escritural desses valores.

Assim, acolho o demonstrativo de fl. 249, feito por força da diligência, ajustando o valor devido nessa ocorrência (janeiro 2008) para R\$ 3.709,03.

Fevereiro 2008:

O autuado alegou que o ICMS relativo às Notas Fiscais nºs 21416 e 21417 foi recolhido com os DAE's de fls. 151 e 152.

Por se constituir em fato verossimilhante ao da ocorrência anterior no que se refere ao recolhimento com código equivocado, empresto a esta, a mesma fundamentação ali dada para refutar a alegação defensiva e manter a exigência da ocorrência em R\$ 4.680,64, conforme demonstrativo de fl. 14.

Março 2008:

Considerando que o Impugnante não contesta essa ocorrência, sobre ela incide as disposições contidas nos artigos 140 e 142 do RPAF, razão pela qual a mantenho no valor de R\$ 2.906,64, conforme demonstrativo de fl. 15.

Mai 2008:

O autuado alega recolhimento de ICMS das Notas Fiscais nºs 25154, 25155, 24461 e 24462 com os DAE's de fls. 153 a 156.

Por se constituir em fato verossimilhante ao da ocorrência janeiro 2008 no que se refere ao recolhimento com código equivocado, empresto a esta a mesma fundamentação ali dada para

refutar a alegação defensiva e manter a exigência da ocorrência em R\$ 5.596,62, conforme demonstrativo de fl. 16.

Junho 2008:

O autuado alegou que a Nota Fiscal nº 518518 foi incluída no demonstrativo de fl. 17 com MVA maior que a prevista para as mercadorias e o imposto foi pago em 13/06/2008 e as Notas Fiscais nºs 25504, 26062 e 26065 tiveram o ICMS pago com o código errado, conforme DAE's de fls. 158, 159 e 160.

De fato, na Nota Fiscal nº 518518, cuja cópia o Impugnante aportou à fl. 157, com a base de cálculo ST de R\$ 2.622,36 (e não R\$ 2.132,00, como constante do demonstrativo) possui destaque do ICMS ST de R\$ 296,56 que, retido na origem, deve ser excluída da ocorrência e ao recolhimento alegado como errado e relativo às demais NF's, aplico a mesma fundamentação expostas nos casos semelhantes e já visto para mantê-las na ocorrência.

Assim, excluindo apenas a Nota Fiscal nº 518518 do demonstrativo de fl. 17, o valor exigido na ocorrência passa para R\$ 2.891,02.

Julho 2008:

O autuado alegou que o ICMS ST relativo às Notas Fiscais nºs 27020, 27021, 27360, 27362, 26536, 26537 e 72, foi pago com os DAE's de fls. 161-167, com código de ICMS antecipação parcial. Além disso, aponta incorreção na MVA da Nota Fiscal nº 5390.

Na informação fiscal o autuante, acertadamente, refez o demonstrativo da infração (fl. 223), ajustando o valor devido da ocorrência para R\$ 7.863,36 que acolho, pois para as demais NF's, por se constituir em fato verossimilhante ao da ocorrência janeiro 2008 no que se refere ao recolhimento com código equivocado, empresto a esta a mesma fundamentação ali dada para refutar a alegação defensiva.

Agosto 2008:

O autuado alegou que o ICMS ST relativo às Notas Fiscais nºs 28085, 27774 e 28116 foi pago com os DAE's de fls. 169-171, com código de ICMS antecipação parcial.

Por se constituir em fato verossimilhante ao da ocorrência janeiro 2008 no que se refere ao recolhimento com código equivocado, empresto a esta a mesma fundamentação ali dada para refutar a alegação defensiva e manter a exigência da ocorrência em R\$ 11.999,76, conforme demonstrativo de fl. 19.

Setembro 2008:

O autuado alegou que o ICMS ST relativo às Notas Fiscais nºs 29044, 29045, 28669 e 28670 foi pago com os DAE's de fls. 172-175, com código de ICMS antecipação parcial.

Por se constituir em fato verossimilhante ao da ocorrência janeiro 2008 no que se refere ao recolhimento com código equivocado, empresto a esta a mesma fundamentação ali dada para refutar a alegação defensiva e manter a exigência da ocorrência em R\$ 451,80, conforme demonstrativo de fl. 20.

Novembro 2008:

O autuado alegou que o ICMS ST relativo às Notas Fiscais nºs 238 e 31783 foi pago com os DAE's de fls. 176-177, com código de ICMS antecipação parcial.

Por se constituir em fato verossimilhante ao da ocorrência janeiro 2008 no que se refere ao recolhimento com código equivocado, empresto a esta a mesma fundamentação ali dada para refutar a alegação defensiva e manter a exigência da ocorrência em R\$ 20.233,34, conforme demonstrativo de fl. 21.

Fevereiro 2009:

O autuado alegou que o ICMS ST relativo à Nota Fiscal nº 23996 foi pago com os DAE de fl. 179, com código de ICMS antecipação parcial e que por ser relativa à aquisição de pescado, não há ICMS ST sobre a Nota Fiscal nº 2990.

De fato, a Nota Fiscal nº 2990 que o Impugnante juntou à fl. 178 é relativa à aquisição de pescado contemplado com redução de base de cálculo de 100% nas operações internas e, acertadamente, o autuante disse tê-la excluída da ocorrência por ocasião da informação fiscal.

Quanto ao alegado recolhimento de ICMS com código errado relativo à Nota Fiscal nº 23996, por se constituir em fato verossimilhante ao da ocorrência janeiro 2008 no que se refere ao recolhimento com código equivocado, empresto a esta a mesma fundamentação ali dada para refutar a alegação defensiva e manter a exigência da ocorrência ajustada para R\$ 2.193,25, em face da exclusão de R\$ 735,52 relativos à Nota Fiscal nº 2990, conforme demonstrativo de fl. 22.

Março 2009:

O autuado alegou que, por ser relativas a aquisição de pescado, não há ICMS ST sobre as Notas Fiscais nºs 3264 e 5154 e que não incide ICMS ST sobre a Nota Fiscal nº 436 por ser relativa a embutido cozido (lingüiça).

De fato, as cópias das notas fiscais trazidas pelo Impugnante (fls. 180-182) lhe dão a razão que foi, acertadamente, acolhida pelo autuante na informação fiscal excluindo as notas da ocorrência e ajustando o valor devido para R\$ 1.738,24, conforme demonstrativo de fl. 225, que acato.

Abril 2009:

Considerando que o Impugnante não contesta essa ocorrência, sobre ela incide as disposições contidas nos artigos 140 e 142 do RPAF, razão pela qual a mantenho no valor de R\$ 2.426,60, conforme demonstrativo de fl. 24.

Junho 2009:

O autuado dizendo apenas estar relacionando todos os pagamentos efetuados durante o mês, não protesta objetivamente essa ocorrência no valor, cujo demonstrativo consta à fl.25. Portanto, a mantenho no valor original (R\$ 7.809,32), com o mesmo fundamento dado à ocorrência anterior.

Agosto 2009:

O autuado alegou que o ICMS ST relativo às Notas Fiscais nºs 153644 e 10886 foi pago com código errado (2183 – ICMS Antecipação Descredenciados) e, conforme demonstrativo que junta às fls. 189-190, o ICMS ST das NF's 393, 394 e 395 teria sido recolhido em 31/07/2009, conforme relatório de fls. 189-190.

Ocorre que as provas de cumprimento da obrigação tributária relativa às Notas Fiscais nºs 10886 e 153644 (fls. 185, 186 e 188) trazidas aos autos são insuficientes para isso demonstrar, pois além de não aportar essas NF's para provar o erro de código de receita alegado, os documentos trazidos são meras cópias de comprovante de pagamento bancário que ao menos identifica os documentos fiscais a que correspondem, uma vez que a nominação das NF's está aposta manualmente e, com relação às demais NF's, o relatório de fls. 189-190, além de consistir em mera relação das NF's objeto da autuação mais a de nº 417, sem prova de que todo o valor declarado devido foi recolhido, como se vê no demonstrativo da ocorrência (fl. 26), o valor efetivamente recolhido a título de ICMS ST foi deduzido para apuração da exigência fiscal. Portanto, essa exigência deve ser mantida no valor original de R\$ 18.582,59.

Setembro 2009:

O autuado alegou erro no cálculo do ICMS ST da Nota Fiscal nº 527 (MVA de 23 ao invés de 16%), o que, acertadamente, o autuante aceitou, ajustando o valor devido para R\$ 3.576,20, conforme novo demonstrativo de fl. 227, que acolho.

Novembro 2009:

O autuado alegou que o ICMS ST relativo à Nota Fiscal nº 860886 foi pago com código errado (2183 – ICMS Antecipação Descredenciados) e, conforme planilha que junta às fls. 189-190, o ICMS ST das Notas Fiscais nºs 575 e 576 teria sido recolhido em 31/10/2009, conforme relatório de fls. 193-194.

Ocorre que o DAE de fl. 192 que identifica a Nota Fiscal nº 860886 sobre a qual é devido ICMS ST, especifica receita de ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE DESCREDENCIADOS (o que não é o caso do autuado) e, com relação às demais NF's, o relatório de fls. 193-194, além de consistir em mera relação das NF's objeto da autuação mais as de nºs 587 e 4400, sem prova de que todo o valor declarado devido foi recolhido, como se vê no demonstrativo da ocorrência (fl. 28), o valor efetivamente recolhido a título de ICMS ST foi deduzido para apuração da exigência fiscal.

Portanto, por se constituir em fato verossimilhante ao da ocorrência janeiro 2008 no que se refere ao recolhimento com código equivocado, empresto a esta a mesma fundamentação ali dada para refutar a alegação defensiva e manter a exigência da ocorrência em R\$ 13.618,77, conforme demonstrativo de fl. 28.

Dezembro 2009:

O autuado alegou que a Nota Fiscal nº 635 foi inserida no demonstrativo da ocorrência (fl. 29) com valor maior, além de nela existir mercadorias não enquadradas na ST e que o crédito do ICMS destacado na Nota Fiscal nº 673 foi computado a menos no demonstrativo.

De fato, a Nota Fiscal nº 635 no valor de R\$ 50.931,20 (fl. 195) consta no demonstrativo original da ocorrência (fl. 29) com o valor de R\$ 62.931,20 e o ICMS destacado na Nota Fiscal nº 673 (fl. 196) é R\$ 6.273,60 enquanto que no demonstrativo consta R\$ 3.557,86.

Embora na informação fiscal o autuante tenha acatado o argumento defensivo, seguiu em erro com relação ao valor de Nota Fiscal nº 635 no demonstrativo que refez (fl. 228), valorando essa NF com R\$ 36.231,20.

Ajustando o demonstrativo de fl. 228 com o correto valor da Nota Fiscal nº 635, o valor exigido nessa ocorrência passa para R\$ 7.612,52, em face do ICMS ST da citada NF ser R\$ 4.066,89 e não R\$ 2.797,05.

Assim, em face das observações acima, o valor devido pela infração 4 passa de R\$ 129.384,22 para R\$ 117.889,70.

Considerando que: a) não há lógica que legitime a rotineira alegação de recolhimento com erro na codificação da receita; b) não há lógica que também legitime acumulação de saldo credor em conta-corrente fiscal de contribuinte de ICMS no exercício de uma normal e regular atividade de comércio de mercadorias tributáveis nas saídas, em especial, quando inexistente atividade de exportação; c) como visto acima, há devido ICMS por diferença de alíquota em aquisição interestadual de mercadorias para uso e consumo e ativo fixo do estabelecimento, sem que isto tenha sido corretamente exigido neste Auto de Infração, com fundamento no art. 156 do RPAF represento à autoridade competente para instaurar procedimento fiscal no sentido de, como já visto acima, verificar a regularidade da escrituração fiscal do autuado quanto ao cumprimento de sua obrigação tributária principal, retroagindo a verificação a todo período decadencial.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cujo demonstrativo de débito passa a ser o seguinte:

| DEMONSTRATIVO DEBITO | | | | | |
|----------------------|------------|------------|----------|---------|----------|
| Data Ocorr. | Data Venc. | Base Calc. | Alíquota | Multa % | Vlr ICMS |
| Infração 03 | | | | | |
| 30/09/2008 | 09/10/2008 | 1.586,59 | 17% | 60 | 269,72 |
| 31/05/2009 | 09/06/2009 | 13.360,53 | 17% | 60 | 2.271,29 |
| 30/06/2009 | 09/07/2009 | 9.508,06 | 17% | 60 | 1.616,37 |
| 31/12/2009 | 09/01/2010 | 401,71 | 17% | 60 | 68,29 |
| 28/02/2008 | 09/03/2008 | 39.468,06 | 17% | 60 | 6.709,57 |
| 31/03/2008 | 09/04/2008 | 501,29 | 17% | 60 | 85,22 |

| | | | | | |
|--------------------------|------------|------------|------|--------|-------------------|
| 30/04/2008 | 09/05/2008 | 9.383,94 | 17% | 60 | 1.595,27 |
| 31/05/2008 | 09/06/2008 | 2.430,94 | 17% | 60 | 413,26 |
| Total da infração | | | | | 13.028,99 |
| Infração 04 | | | | | |
| 31/01/2008 | 09/02/2008 | 21.817,82 | 17% | 60 | 3.709,03 |
| 28/02/2008 | 09/03/2008 | 27.533,18 | 17% | 60 | 4.680,64 |
| 31/03/2008 | 09/04/2008 | 17.097,88 | 17% | 60 | 2.906,64 |
| 31/05/2008 | 09/06/2008 | 32.921,29 | 17% | 60 | 5.596,62 |
| 30/06/2008 | 09/07/2008 | 17.006,00 | 17% | 60 | 2.891,02 |
| 31/07/2008 | 09/08/2008 | 46.255,06 | 17% | 60 | 7.863,36 |
| 31/08/2008 | 09/09/2008 | 70.586,82 | 17% | 60 | 11.999,76 |
| 30/09/2008 | 09/10/2008 | 2.657,65 | 17% | 60 | 451,8 |
| 30/11/2008 | 09/12/2008 | 119.019,65 | 17% | 60 | 20.233,34 |
| 28/02/2009 | 09/03/2009 | 12.901,47 | 17% | 60 | 2.193,25 |
| 31/03/2009 | 09/04/2009 | 10.224,94 | 17% | 60 | 1.738,24 |
| 30/04/2009 | 09/05/2009 | 14.274,12 | 17% | 60 | 2.426,60 |
| 30/06/2009 | 09/07/2009 | 45.937,18 | 17% | 60 | 7.809,32 |
| 31/08/2009 | 09/09/2009 | 109.309,35 | 17% | 60 | 18.582,59 |
| 30/09/2009 | 09/10/2009 | 21.036,47 | 17% | 60 | 3.576,20 |
| 30/11/2009 | 09/12/2009 | 80.110,41 | 17% | 60 | 13.618,77 |
| 31/12/2009 | 09/01/2010 | 44.779,53 | 17% | 60 | 7.612,52 |
| Total da infração | | | | | 117.889,70 |
| Infração 05 | | | | | |
| 31/05/2008 | 09/06/2008 | 0,00 | 0,00 | 140,00 | 140,00 |
| 30/06/2008 | 09/07/2008 | 0,00 | 0,00 | 140,00 | 140,00 |
| Total da infração | | | | | 280,00 |
| Infração 06 | | | | | |
| 30/10/2008 | 09/11/2008 | 0,00 | 0,00 | 140,00 | 140,00 |
| Total da infração | | | | | 140,00 |
| Total Geral | | | | | 131.338,69 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **272041.0202/10-0**, lavrado contra **SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$130.918,69**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$420,00**, prevista no art. 42, XVIII, “c”, da lei citada, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA