

PROCESSO - A. I. Nº 088568.0081/10-0
RECORRENTE - BOI VIVO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (BOM BIFE)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF 0282-05/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 15/03/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0014-12/13

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. Nos termos do art. 3º, inciso VII da Lei Complementar nº 87/96, o imposto não incide em operações de correntes de alienação fiduciária. Modificada a Decisão recorrida. 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. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2011 para exigir ICMS e multa no valor de R\$240.944,84, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01: 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;

INFRAÇÃO 02: 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 FRIGORÍFICAS, anexas ao PAF. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$22.500,00;

INFRAÇÃO 03: *Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às 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;*

INFRAÇÃO 04: *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.*

INFRAÇÃO 05: *Deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, conforme intimações anexas ao PAF. Multa fixa no valor de R\$460,00;*

Foram apresentadas defesa tempestiva às fls. 351 a 362, arguindo nulidades e contestando as infrações, bem como informação fiscal às fls. 373 a 376, solicitando a procedência parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 5ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência parcial da exigência fiscal, com base nas argumentações a seguir transcritas, *in verbis*:

“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	Alíq.(%)	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.

Irresignado com a Decisão, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 529 a 537, rebatendo todas as infrações e pedindo pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Inicia o seu Recurso lembrando 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 e que também adquire mercadorias de empresas situadas na Bahia, funcionando, nestes casos como substituído tributário.

Alega 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. Assevera que não houve esta discriminação no Auto de Infração em debate, notadamente na Infração 1. Diz estava enquadrada na condição de microempresa à data do fato gerador, e que tinha direito a redução de 50% do valor do ICMS da Antecipação Parcial, conforme §4º do art. 352-A do RICMS vigente à época dos fatos. Propala que sempre funcionou no endereço do seu cadastro, *"jamaís se mudou ou ficou fechado e não admite ter sido notificado por edital para responder ao chamamento da autoridade fazendária, porquanto nunca se mudou ou manteve seu estabelecimento fechado"*.

Expõe que o próprio RPAF, em seu art. 108 I, II e III, elenca a forma pessoal como a primeira opção de notificação, apesar de deixar expressa a desnecessidade de preterição na escolha da forma de intimação.

Passa a rebater as infrações em ordem numérica.

Quanto à infração 1, após reviver os fatos ocorridos no julgamento de base, afirmando que houve a procedência parcial da impugnação com o reconhecimento da cobrança indevida de ICMS, em algumas notas fiscais do exercício de 2008, o que levou a redução do débito em R\$ 7.053,50, afirma que ainda deve ser abatido do valor lançado o montante de R\$ 21.608,12, devido a antecipação tributária que não foi considerada pelo Auditor Fiscal, conforme planilha que colaciona no corpo do texto.

Aponta que na competência maio/2010 a Auditoria tributou produto adquirido de contribuinte situado na Bahia, o qual já sofreu a substituição por antecipação, conforme NF 22688 da FRISA – Frigorífico Nordeste Alimento, mas que ainda assim houve a manutenção da cobrança. Fala que as outras diferenças encontradas se referem *"a produtos que não estão sujeitos à antecipação, mas que a auditoria não observou esta vedação legal"*.

Passa a debater a infração 2.

Alega que além da 5ª Junta manter *"a cobrança de imposto de produto alienado fiduciariamente, não concedeu o crédito do ICMS relativo a esta aquisição"*. Diz que a Decisão merece reforma, pois, não incide ICMS sobre bens que integram o ativo fixo que está alienado fiduciariamente. Aponta o art. 3º, VIII da LC 87/96, que transcreve, para afirmar que não incide ICMS nas operações de arrendamento mercantil, como o art. 20 da mesma Lei Complementar para embasar a sua argumentação de que deve ser concedido á Recorrente o direito ao crédito caso se entenda como tributada a referida transação.

Neste ponto, monta novo quadro com os valores que fora lançado e que acha devido.

No final do seu tópico, pugna pela exclusão de todo o valor cobrado a título de ICMS neste item ou, caso entenda pela sua manutenção que seja concedido o crédito do ICMS destacado na NF de entrada que faria jus.

Passa a se manifestar sobre a infração 3.

Alega que a exação foi mantida pelos julgadores de 1ª Instância sob argumento de que o recorrente foi excluído do Simples Nacional em 23/07/2010, mas que não fora observado que o período da autuação se refere a 2008 e 2009, sendo indevida a manutenção desta cobrança. Diz que o recorrente estava enquadrado na condição de microempresa à data do fato gerador, razão pela qual fazia jus a redução de 50% do valor do ICMS da Antecipação Parcial, conforme § 4º do art. 352-A do RICMS.

Com essas premissas elabora novo quadro resumo onde aponta que o valor devido seria de R\$ 2.608,12, ao invés dos R\$ 5.216,23.

Também alega que *“houve aplicação de multa sobre multa, incidindo o Estado em verdadeiro bis in idem”*, sendo *“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”*.

No que tange a infração 4, afirma que a fiscalização presumiu omissão de saída de mercadorias e que tributou as notas fiscais de entrada por arbitramento. Assevera que não foi anexado aos autos as referidas NF's constantes da relação do Auto de Infração, bem como o fiscal não utilizou o crédito do ICMS a que faria jus. Por essa ótica, com a concessão do referido crédito, o valor lançado deveria ser reduzido em R\$ 16.363,01, conforme nova tabela que colaciona.

Quanto à exação de número 5, argui que o recorrente não foi regularmente notificada e, por este motivo não pode apresentar os livros. Assevera que a multa deve ser aplicada àqueles contribuintes que são regularmente notificados, mas se quedam inertes e não atendem à fiscalização. Alega que o recorrente jamais deixou de funcionar no aludido endereço, bem como a fiscalização não notificou os sócios, somente a empresa e por Edital, o que, por si só, seria causa suficiente para anulação do vergastado Auto de Infração.

Ao final, pede pela reforma da Decisão *a quo*, para reduzir as infrações atacadas, o que redundaria diminuição para o valor de R\$ 63.079,25.

Em termos, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para análise.

Às fls. 548 e 550, o i. procurador José Augusto Martins Junior, após uma breve síntese das razões recursais, analisa uma a uma as infrações debatidas.

Na infração 1, entende que as razões recursais não merecem suporte pois, *"as depurações propugnadas em sede de defesa foram acatadas parcialmente, não havendo motivo para nova redução"*. Aponta que o demonstrativo de fls. 532, trazido pelo contribuinte em sua peça de Recurso, não encontra nenhum amparo fático vez que não indica qualquer numeração dos documentos fiscais que daria abrigo à tese recursal.

Quanto a infração 2, o n. Procurador discorda do entendimento expedido pela JJF, pois, entende que a Lei Complementar nº 87/96 não prevê a incidência do ICMS tanto na hipótese de alienação fiduciária como no leasing, *"porquanto inexistente a circulação jurídica do bem"*.

Em relação à infração 3, aduz que não assiste razão ao Recorrente pois, mesmo com fatos geradores anteriores ao ato de desequadramento, *"os efeitos do ato declaratório de exclusão do regime surtiram seus efeitos a partir de 01/07/2007"* conforme o documento de fls. 23 dos autos.

Na infração 4, alega que também o contribuinte não tem apoio, já que, *"na hipótese de presunção legal de omissão de saídas, não há como se identificar as supostas operações de saídas presumidamente omitidas, não havendo que se falar, por conseguinte, de qualquer concessão de crédito"*.

Quanto à última infração, assevera o n. Procurador que não merecem amparo as súplicas do Recorrente vez que restou provado que o autuado foi devidamente intimado para apresentação dos livros no endereço declinado pelo próprio Contribuinte no cadastro junto ao Estado, o que afasta qualquer tese de nulidade do ato de comunicação processual, em face ao princípio da aparência.

Concluí opinando pedindo pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

Às fls. 551, a i. procuradora Aline Solano Souza Casali Bahia, Procuradora Assistente em exercício, acompanha o entendimento exarado no Parecer anterior pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe, pelo cometimento de 5 infrações.

Inicialmente devo apontar que, mesmo não sendo arguidas questões de específicas de nulidade, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Compulsando os autos, percebo que as imputações foram claras, a base de cálculo das mesmas foram demonstradas através de demonstrativos de débito, foram juntadas as notas fiscais pertinentes e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Assim, não há que se falar em qualquer vício de inquina de nulidade o presente lançamento tributário.

Passo para as questões de mérito.

Na infração 1, o Recorrente alega que há em algumas de suas notas fiscais produtos com dois regimes de tributação (antecipação e normal), cujos valores não foram devidamente separados no momento do lançamento tributário e nem na revisão fiscal elaborada na instrução no primeiro grau. Pede para que haja nova revisão, segundo quadro demonstrativo que traz no corpo de seu Recurso.

Pela análise dos autos, entendo que não merecem acolhidas as argumentações trazidas pelo Recorrente nesta infração. Vejo que as devidas retificações foram realizadas do lançamento originário pelo próprio Sr. Fiscal Autuante e que não há nenhum outro a ser feito. Com bem ressaltou o n. Procurador em seu Parecer, o demonstrativo de débito elaborado pelo Recorrente em sua manifestação de fls. 532 de nada vale, pois, não há uma justificação legal do porquê da redução de R\$ 21.608,12 apurada.

Quanto a Nota Fiscal nº 22688 da FRISA, cujo DANFE se encontra acostado às fl. 111 do presente PAF, é importante destacar que se trata de uma operação de venda de vários produtos que, a primeira vista, estão sujeitos a substituição tributária por antecipação, conforme o art. 353 do RICMS/97, vigente à época dos fatos:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7.753/00);

Entretanto, por força §5º, II, 'a' do mesmo do art. 353 do RICMS, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS era do Recorrente (BOI VIVO) e não do produtor (FRIGORÍFICO NORDESTE), conforme abaixo se vê:

"Art. 353.

(...)

§ 5º Tratando-se de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno:

II - se o abate ocorrer em estabelecimento situado neste Estado que atenda às disposições da legislação sanitária federal e estadual, observado o disposto no § 8º do art. 347:

a) fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto relativo às operações internas, próprias e subseqüentes;

Assim, está certa a inclusão da referida operação no lançamento ora cobrado, não sendo correta a sua exclusão, como quer o Recorrente.

Assim, a infração 1 é parcialmente procedente nos termos do julgamento de 1º grau.

No que tange a infração 2, entendo que merece razão o Recorrente.

Como bem apontou o i. Procurador da PGE/PROFIS em seu Parecer, a LC 87/96 não prevê a incidência de ICMS na hipótese de alienação fiduciária, consoante o seu art. 3º, VII, abaixo transcrito:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor;

Infração 2 improcedente.

Quanto o item 3, o recorrente alegou que faria jus ao quanto previsto no art. 352-A do RICMS/BA 97, que concedia uma redução de 50% sobre o valor do ICMS antecipação parcial, conforme abaixo se lê:

Redação anterior dada ao § 4º do art. 352-A pela Alteração nº 98 (Decreto nº 10710, de 18/12/07, DOE de 19/12/07):

"§ 4º No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto a recolher, calculado na forma prevista neste artigo, sendo que: (efeitos de 01/01/08 a 26/10/09).

I - a partir de 1º de março de 2008, o tratamento previsto neste parágrafo também alcança as referidas aquisições quando realizadas por empresas de pequeno porte cuja receita bruta no mês anterior seja igual ou inferior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); (efeitos de 01/01/08 a 18/01/08).

II - a redução será de 60% na hipótese de o contribuinte recolher o imposto no prazo regulamentar." (efeitos de 01/01/08 a 26/10/09).

Entretanto, da análise dos autos, vejo que o recorrente não tinha direito a esta benesse, pois, fora desenquadrada da condição de optante do Simples Nacional, através do Edital nº 05/2010, em 23/07/2010, feito pelo Superintendente de Administração Tributária, excluiu o autuado do Simples Nacional, sob o fundamento de devido prática de ato fraudulento, consoante o inciso IV do art. 29 da LC 123/06, com efeitos retroativos a partir de 01.07.2007, consoante o documento de fls. 32 dos autos. Aqui vale reproduzir o art. 29 da LC 123/06:

"Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

*IV - a sua constituição ocorrer **por interpostas pessoas**;*

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes."(grifo nosso).

Entendo que, devido à gravidade de sua falta ante ao Fisco estadual, o recorrente passou para a condição de contribuinte normal quanto ao seu enquadramento tributário, não fazendo jus a redução de 50%, prevista no art. 352-A.

Infração 3, procedente.

Quanto à infração 4, trata-se de lançamento por omissão de saídas de mercadorias, com base no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, apuradas por através de entradas de mercadorias não registradas. Como bem mencionou os julgadores de piso, os documentos de fls. 132 a 286 atesta o cometimento da infração. São casos de mercadorias que entraram no estabelecimento e não sofreram tributação na saída, pois, não estavam contabilizadas.

Quadra apontar que o Sr. Fiscal Autuante cobra a omissão exclusivamente das mercadorias sujeitas a tributação, sendo excluídos do levantamento os produtos com base de tributação encerrada e isentos, o que, *mutatis mutandis*, resulta no cálculo da proporcionalidade das mercadorias omitidas sujeitas a tributação.

Quanto à concessão do crédito fiscal pela cobrança do ICMS sobre as omissões, filio-me ao entendimento esposado pelo n. Representante da PGE que assevera não ser admissível a concessão de crédito devido a impossibilidade em se identificar as supostas operações de saídas

presumidamente omitidas. Além disso, só seria cabível a concessão do crédito, caso houvesse a pertinente emissão do documento fiscal para tal fim.

Infração 4 procedente.

Já em relação à infração 5, não merecem prosperar os argumentos recursais, haja vista que houve a correta observância dos procedimentos de notificação e intimação previstos no art. 108 e 109 do RPAF/BA, abaixo dispostos:

"Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

II - quando por remessa, na data do recebimento, sendo que, se for omitida a data, a intimação considera-se feita:

a) se remetida por via postal, na data em que for devolvido o comprovante de recebimento ao órgão encarregado da intimação;

b) se enviada por qualquer outro meio ou via, 3 (três) dias após a data da expedição;

III - se efetuada por edital, 3 (três) dias após a sua publicação."

Os documentos de fls. 16 e 17 provam que foram enviadas comunicações por carta para exibição dos livros e documentos fiscais, com AR, mas que os destinatários (Mario Sérgio Ribeiro e Waldir Fernandes Vaz - sócios da Boi Vivo), não as receberam nos endereços informados junto à SEFAZ. Também está nos autos, fl. 13, cópia do Edital de solicitação dos livros e documentos Fiscais da empresa, regularmente publicado no DOE.

Com a falta do atendimento das intimações e do Edital, sem apresentação dos livros e documentos requeridos, tenho por certo que restou acertada a cobrança da multa na infração 05, uma vez que tal descumprimento de obrigação tributária acessória retardou e dificultou o trabalho da fiscalização, comportamento que deve ser rechaçado de plano, segundo os mandamentos legais.

Assim sendo, julgo a infração 5 procedente.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, passando a julgar IMPROCEDENTE a infração 2.

Infr	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq (%)	Vlr. Histórico	Vlr. Julgado- 1ª Instância	Vlr. Julgado- 2ª Instância	Multa (%)
1	30/06/2008	09/07/2008	17	13.018,72	11.553,20	11.553,20	60
1	30/07/2008	09/08/2008	17	26.925,20	26.295,20	26.295,20	60
1	30/08/2008	09/09/2008	17	12.975,00	12.975,00	12.975,00	60
1	30/09/2008	09/10/2008	17	1.708,33	1.708,33	1.708,33	60
1	30/11/2008	09/12/2008	17	14.170,52	13.897,03	13.897,03	60
1	31/12/2008	09/01/2009	17	3.703,65	3.002,40	3.002,40	60
1	31/01/2009	09/02/2009	17	3.684,60	3.684,60	3.684,60	60
1	28/02/2009	09/03/2009	17	2.379,60	2.379,60	2.379,60	60
1	30/05/2009	09/06/2009	17	3.336,00	3.336,00	3.336,00	60
1	30/06/2009	09/07/2009	17	1.140,00	1.140,00	1.140,00	60
1	30/07/2009	09/08/2009	17	5.742,48	5.742,48	5.742,48	60
1	30/08/2009	09/09/2010	17	6.536,62	6.536,62	6.536,62	60
1	30/09/2009	09/10/2009	17	5.116,01	5.116,01	5.116,01	60
1	30/10/2009	09/11/2009	17	4.635,99	4.635,99	4.635,99	60
1	30/11/2009	09/12/2009	17	456,86	456,86	456,86	60
1	28/02/2010	09/03/2010	17	1.645,83	1.645,83	1.645,83	60

1	30/04/2010	09/05/2010	17	6.708,96	6.708,96	6.708,96	60
1	30/05/2010	09/06/2010	17	4.996,84	4.996,84	4.996,84	60
1	31/01/2008	09/02/2008	17	5.868,72	5.868,72	5.868,72	60
1	28/02/2008	09/03/2008	17	28.386,76	28.026,76	28.026,76	60
1	31/03/2008	09/04/2008	17	533,12	0,00	0,00	60
1	30/04/2008	09/05/2008	17	14.464,04	13.238,60	13.238,60	60
1	30/05/2008	09/06/2008	17	26.325,20	23.471,52	23.471,52	60
INFRAÇÃO 1						186.416,55	
2	30/04/2008	09/05/2008	17	22.500,00	22.500,00	0,00	0
INFRAÇÃO 2						0,00	
3	28/02/2008	09/03/2008	0	216,00	216,00	216,00	60
3	30/03/2008	09/04/2008	0	427,87	427,87	427,87	60
3	30/04/2008	09/05/2008	0	951,26	951,26	951,26	60
3	30/05/2008	09/06/2008	0	1.712,21	1.712,21	1.712,21	60
3	30/06/2008	09/07/2008	0	1.352,59	1.352,59	1.352,59	60
3	30/11/2008	09/12/2008	0	135,55	135,55	135,55	60
3	30/12/2008	09/01/2009	0	420,75	420,75	420,75	60
INFRAÇÃO 3						5.216,23	
4	31/01/2008	09/02/2008	17	470,33	470,33	470,33	70
4	28/02/2008	09/03/2008	17	302,24	302,24	302,24	70
4	31/03/2008	09/04/2008	17	1.459,75	1.459,75	1.459,75	70
4	30/04/2008	09/05/2008	17	2.049,09	2.049,09	2.049,09	70
4	30/05/2008	09/06/2008	17	2.031,56	2.031,56	2.031,56	70
4	30/06/2008	09/07/2008	17	320,95	320,95	320,95	70
4	30/07/2008	09/08/2008	17	28,68	28,68	28,68	70
4	30/08/2008	09/09/2008	17	6.299,41	6.299,41	6.299,41	70
4	30/09/2008	09/10/2008	17	415,64	415,64	415,64	70
4	30/10/2008	09/11/2008	17	1.428,66	1.428,66	1.428,66	70
4	30/11/2008	09/12/2008	17	787,33	787,33	787,33	70
4	31/12/2008	09/01/2009	17	654,93	654,93	654,93	70
4	31/01/2009	09/02/2009	17	714,14	714,14	714,14	70
4	28/02/2009	09/03/2009	17	1.346,85	1.346,85	1.346,85	70
INFRAÇÃO 4						18.309,56	
5	31/12/2010	31/12/2010	0	460,00	460,00	460,00	0
INFRAÇÃO 5						460,00	
TOTAL				240.944,84	232.902,34	210.402,34	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088568.0081/10-0**, lavrado contra **BOI VIVO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (BOM BIFE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$204.726,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$186.416,55 e 70% sobre R\$18.309,56, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “d” e 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, 18 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS