

PROCESSO - A. I. Nº 180573.0005/05-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PLUMATEX COLCHÕES INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDOS - PLUMATEX COLCHÕES INDUSTRIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFF nº 0070-05/05
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 29/06/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0247-12/06

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS E/OU BENS PARA: a) CONSUMO. Infração reconhecida. b) ATIVO FIXO. É devido o pagamento do imposto, a título de diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de bens destinados a integrar o ativo fixo. 2. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA DO LANÇAMENTO. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. UTILIZAÇÃO A MAIOR. MATERIAL DESTINADO A INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Inexistência de elementos que determinem, com segurança a infração imputada. Modificada a Decisão recorrida. 3. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. O pagamento de débito tributário fora do prazo legal, mesmo espontâneo, está sujeito a acréscimos moratórios. Infração confessada. 4. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. VENDAS DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL À MICROEMPRESAS. A adoção da alíquota de 7% por estabelecimento industrial, nas vendas a contribuintes cadastrados no Regime Especial de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, é condicionada ao repasse por parte do vendedor do valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária. No valor da operação já está incluído o imposto, uma vez que o cálculo deste é “por dentro”. Não ficou evidenciado que o preço da mercadoria cobrado nas vendas às microempresas eram superiores as de outra condição cadastral. Infração não caracterizada. 5. LIVROS FISCAIS. ERRO NA TRANSPosição DE VALORES DO LIVRO DE SAÍDAS PARA O LIVRO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto lançado no Registro de Saídas e o escriturado no livro de apuração. 6. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença entre o lançado no livro de apuração e o recolhido. Demonstrado que o contribuinte se valeu indevidamente dos benefícios do programa DESENVOLVE, reduzindo o imposto a pagar. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente, embora com correção de valores. A jurisprudência predominante neste CONSEF, é no sentido de admitir as notas fiscais colhidas pelo sistema CFAMT como meio hábil de prova. b) MERCADORIAS

NÃO TRIBUTÁVEIS. Modificada a Decisão recorrida. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Corrigidos os valores do levantamento original. Infração parcialmente confirmada. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo. Não acolhido o pedido de alteração das multas aplicadas para o percentual único de 50%. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime quanto às infrações 8, 9 e 10.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário apresentados contra da Decisão da 5ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/06/2005, para exigir ICMS no valor de R\$287.131,80, além de ter sido aplicada a multa no valor de R\$3.454,41, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do imposto 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 notas fiscais e demonstrativo de cálculo (anexo I) exigindo ICMS no valor de R\$11.648,31, com multa de 60%.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, conforme notas fiscais e demonstrativo de cálculo (anexo II) exigindo ICMS no valor de R\$1.000,30, com multa de 60%.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme Demonstrativo (anexo III) e cópia do livro Registro de Entradas, exigindo ICMS no valor de R\$335,91, com multa de 60%.
4. Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido (vide anexo IV), pago intempestivamente, porém espontâneo. Ressaltou o autuante que a empresa efetuou o recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquota da Nota Fiscal nº 2185, emitida pela metalúrgica Mutinga Ltda., acobertando entrada de mercadoria no ativo permanente, no mês de outubro de 2003, quando o prazo correto seria de 09/06/2003, importando no valor de R\$1.989,15 mais multa de 60%.
5. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Em complemento à acusação, o autuante consignou que o autuado emitiu notas fiscais para empresas enquadradas no SimBahia, amparando-se na Instrução Normativa nº 38/94, a qual não mais se aplica à situação, em razão de ser anterior ao regulamento do ICMS. Mencionou ainda que a citada Instrução Normativa é incompatível com o art. 51, I, “c” e §1º, II do RICMS, exigindo ICMS no valor de R\$190.731,50, com multa de 60%, conforme demonstrativo (anexo V e V-A, além de cópias das notas fiscais). O auditor fiscal juntou cópia reprográfica do Acórdão JF nº 0044-02/5, que versa sobre essa questão.
6. Recolheu a menor do ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, (vide demonstrativo (anexo VI) e cópias dos registros nos livros fiscais), exigindo ICMS no valor de R\$2.749,95, com multa de 60%.
7. Utilizou crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, conforme Demonstrativo (anexo VII) e cópia do livro Registro de Apuração (campo Outros Créditos), exigindo ICMS no valor de R\$13.075,67, com multa de 60%. O autuante narrou que o contribuinte creditou-se indevidamente do valor total da diferença de

alíquota sobre ativo permanente no mês de outubro de 2003, quando o correto seria apropriar o crédito parceladamente à razão de 1/48 ao mês.

8. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Informa o autuante que o contribuinte antecipou a redução do imposto em 50%, na apuração dos meses de outubro a novembro de 2003, utilizando-se indevidamente dos benefícios facultados através da Resolução nº 133/2003, do programa DESENVOLVE, a qual somente entrou em vigor a partir da data de sua publicação, ou seja, em 02/12/2003, conforme demonstrativo e documentos correlatos (anexo VIII), importando na exigência de ICMS no valor de R\$65.598,97, mais multa de 60%.
9. Falta de registro de entradas de mercadorias tributáveis, conforme notas fiscais, livro REM e demonstrativos (anexo IX), exigindo multa de R\$3.017,72. O autuante comenta que as notas fiscais foram colhidas pelo sistema CFAMT da SEFAZ e suas cópias serão entregues ao contribuinte, como assim o foram.
10. Omissão de registro de entradas de mercadorias não tributáveis, conforme notas fiscais, livro REM e demonstrativos (anexo X) exigindo multa no valor de R\$438,69. Aponta o auditor fiscal que essas notas também foram colhidas pelo sistema CFAMT.

O autuado impugna o lançamento fiscal, fls. 849 a 873 dos autos, descrevendo, inicialmente, todas as infrações que lhe foram imputadas, bem como o valor e tipificação de cada uma.

Prosseguindo, requer a improcedência de todo o Auto de Infração, alegando que a empresa já houvera sido fiscalizada quanto ao período de 01/01/2002 a 31/12/2002, tendo a fiscalização lavrado Auto de Infração de nº 2069180002/03-0. Fundamenta o pedido no art. 146 do CTN (Lei nº 5172) e diz que uma vez efetuado um lançamento de crédito tributário, o mesmo só poderá ser modificado em relação ao mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente.

No mérito, alega que na infração 1 a Nota Fiscal de nº 034673 de 25/06/2004 tem sua base de cálculo reduzida de R\$31.167,78 para R\$22.886,50, por se tratar de transferência de ativo imobilizado, com mais de um ano de uso e alíquota de 12%. Transcreve o art. 72, I, do RICMS (Decreto 6284/97) e afirma que a diferença de alíquota referente a esta nota fiscal foi paga, no valor de R\$1.144,33, juntando documentos com o fim de provar o alegado (fls. 880/881). Assegura que não é devida a diferença de alíquota para as Notas Fiscais de nºs 52 e 54 (fls. 882/883), uma vez que não houve a incidência do imposto nessas operações, estando a dispensa do recolhimento do ICMS contida no art. 7, III, “a” do RICMS, que desobriga o recolhimento de diferença de alíquota para operações de remessa. Afirma que a Nota Fiscal de nº 3063 fora devolvida através da Nota Fiscal de Saída de nº 2429 (fls. 884/886), não havendo assim diferença a cobrar.

Sustenta que no lançamento de ofício feito quanto à infração 5 deve ser deduzido o montante de R\$19.019,29, referente a período fiscalizado. O valor remanescente de R\$171.712,21 é objeto de contestação pelo autuado. Observa que a expressão “*ICMS reduzido, conforme art. 51 do RICMS- Decreto nº 6284/97*” é uma exigência do próprio Regulamento, para as vendas feitas a contribuintes do SimBahia. Assegura que não procede a informação do autuante de ter se valido da Instrução Normativa nº 38/94, mas sim do RICMS. Ataca o uso pelo autuante do Acórdão JJE nº 0044-02/02 como parâmetro da matéria em questão, uma vez que o enquadramento utilizado ali foi o art. 52 do RICMS, e aqui o dispositivo incorrido foi o do art. 56 do mesmo Regulamento. Transcreve o art. 51, 56 e 2º do RICMS para explicar que o entendimento do autuante destoa do manifesto pelas empresas baianas, por via de seus advogados, tributaristas ou não, diretores, economistas, contadores, e outros. Ressalta que de acordo com o art. 13, I, da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, ou seja, o valor da venda que efetivamente proverá financeiramente o Caixa da empresa. Insiste em afirmar que o valor da operação, nas vendas com documentação legal, como no caso em tela, é o valor da nota fiscal. Apresenta a Nota Fiscal nº 10259, consignando vendas de R\$7.001,97, para exemplificar o cálculo do valor da operação. Observa que a fiscalização entendeu, erradamente, que deveria adicionar ao fluxo de Caixa efetivo da empresa, o valor do desconto concedido aos contribuintes do SIMBAHIA. Explica que em assim agindo, o desconto concedido aumentaria para 10,8456%, descumprindo o art. 51 do RICMS. Manifesta o entendimento que a legislação não determinou que

o desconto fosse adicionado ao valor da operação. Aduz que não houve erro na determinação da base de cálculo, por isto pugna pela extinção desta infração.

Com relação à infração 7, comenta que o art. 93, §17 do RICMS, permite a utilização do crédito de ICMS nas entradas de bens do ativo imobilizado, transcrevendo o referido artigo. Informa que foi autorizado pela própria SEFAZ a assim proceder, conforme Parecer juntado aos autos (fl. 890).

Quanto à infração 8, diz que a empresa é beneficiária do incentivo desde dezembro de 1999 (fls. 891/897), quando da publicação da Resolução nº 27/99, e que este benefício migrou para o DESENVOLVE, por exigência da Secretaria de Indústria e Comércio. Diz que em 2003 houve uma notificação sobre este mesmo assunto, tendo sido julgada improcedente (fls. 898/901). Assim, trata-se de questão pacificada.

Com referência as infrações 9 e 10, argumenta que as Notas Fiscais de nº 105672,112687,1288 e 1290, citadas no anexo IX (mercadorias tributáveis não declaradas), trata-se em realidade de mercadorias não tributáveis. Diz que a Nota Fiscal de nº 109 foi substituída pela de nº 137 (fls. 906/908), e que esta foi registrada no livro de Entradas à fl. 02. Observa que as Notas Fiscais de nº 34563, 0583, 1332, 2277, 2180, 2851 e 2861, emitidas pela empresa em substituição às recebidas, foram, todas elas, devidamente escrituradas. No anexo X, assinala que as Notas Fiscais de nºs 75341, 83938, 3967, 5604 e 27750 referem-se a despesas e serviços.

Pugna pela aplicação de multa de 50% nas infrações acima elencadas, com exceção da 8ª, asseverando que todas as notas foram devidamente registradas, incidindo assim a regra do art. 42, I, da Lei nº 7.014/96. Acosta documento de arrecadação (fl. 931) para comprovar o pagamento da parte reconhecida deste Auto de Infração.

O autuante em informação prestada (fls. 932/935), inicialmente, esclarece que não procede a alegação da defesa que não poderia ser submetida à ação fiscal, pelo fato de já ter sido fiscalizada nesse mesmo período. Informa que o objeto da autuação foi outro, que não este, portanto, opina pela validade da autuação.

Quanto à infração 1, reconhece a argumentação da defesa para a Nota Fiscal de nº 34673, excluindo o valor de R\$1.144,33 do levantamento feito para este item. Rejeita a exclusão das notas nº 52 e 54 do valor apurado, observando que pela natureza das mercadorias não há motivo para a não incidência, estando sujeitas à diferença de alíquota. Refuta a exclusão da Nota Fiscal de nº 3063, porquanto a data de saída desta foi de 18/08 e a devolução da empresa está datada de 10/08, 8 dias antes da entrada da mercadoria.

Em relação à infração 5, salienta que os lançamentos efetuados nesta ação não guardam semelhança, seja em relação ao período fiscalizado, seja em termos de valores, com o Auto de Infração anteriormente lavrado. É uma infração completamente distinta daquela, não merecendo acolhida a alegação do defendente. Quanto ao mérito, sustenta o procedimento adotado, exemplificando a questão através do cálculo do imposto a recolher dado pela Nota Fiscal de nº 31452 (fl. 447 do PAF). Explica que considerou o valor constante em nota fiscal como o valor da mercadoria, incidindo o ICMS de 7% sobre este total, o que resulta numa diferença a recolher em relação à metodologia empregada pelo autuado (levando em conta que o ICMS é calculado “por dentro”).

Mantém a autuação na infração 7, dizendo que por disposição regulamentar, o crédito de aquisições para o ativo permanente só pode ser aproveitado à razão de 1/48 avos, devendo o contribuinte efetuar o controle pelo registro CIAP.

Justifica a autuação no item 8, argumentando que a Resolução nº 133/2003 só entrou em vigor em 02/12/2003 e indaga o porquê do autuado não ter reduzido o débito também nos demais meses do exercício de 2003.

Rejeita a argumentação trazida pelo autuado para as infrações 9 e 10, observando que as Notas Fiscais de nºs 105672,112687,1288 e 1290, citadas no anexo IX (mercadorias tributáveis não declaradas) foram tributadas, tendo sido o imposto destacado. Diz que o procedimento de substituição da nº 109 pela de nº 137 (fls. 906 a 908) não se justifica. Informa que as notas fiscais originais deveriam ter sido escrituradas e a emissão das de nºs 34563, 0583, 1332, 2277, 2180, 2851 e 2861, em substituição às recebidas, não elide a multa aplicada. Quanto às Notas Fiscais de nºs

75341, 83938, 3967, 5604 e 27750, observa que a multa pela não escrituração se refere justamente a mercadorias não tributáveis.

Menciona o fato das multas serem padronizadas pelo sistema de emissão automática de Auto de Infração, estando em conformidade com a Lei, não cabendo a ele se pronunciar sobre esta matéria.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O contribuinte foi autuado por não ter efetuado o recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e ao consumo do próprio estabelecimento; Pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento; por não ter recolhido os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo; Pelo recolhimento a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; Pelo recolhimento a menor do ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS; Utilizado crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação; Recolhimento a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS e falta de registro de entradas de mercadorias tributáveis e não tributáveis.

Inicialmente, observo que o RPAF (Decreto nº 7629/99) em seu art. 123 assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, embora acompanhado de documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, sob pena de em não assim agindo, precluir direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual. O autuado requer a improcedência de todo o Auto de Infração, alegando que a empresa já fora fiscalizada no período de 01/01/2002 a 31/12/2002, havendo lavrado Auto de Infração de nº 2069180002/03-0. Não apresenta comprovação do alegado, nem elabora demonstrativo com as infrações, supostamente, já exigidas. O mesmo vale para o pedido quanto à infração 5, em se deduzir o montante de R\$19.019,29 desta, porque este já fora cobrado em ação fiscal anterior. Não há como comprovar o alegado. Dessa forma, rejeito a alegação de improcedência total do auto e a parcial referente à infração 5.

Da análise dos documentos fiscais e demonstrativos juntados aos autos quanto à infração 1, constato que o autuante reconhece os argumentos da defesa quanto à exclusão da Nota Fiscal de nº 34673. Rejeita, todavia, a exclusão das notas nº 52 e 54 do valor apurado, observando que pela natureza das mercadorias não há motivo para a não incidência, estando sujeitas à diferença de alíquota. As mercadorias destas notas não estão albergadas pelas regras de não incidência ou isenção amparada mediante convênio, razões pelas quais mantenho a autuação. A afirmação que a Nota Fiscal de nº 3063 fora devolvida através da Nota Fiscal de Saída de nº 2429 não merece acolhida, porquanto esta consta como emitida 8 dias antes da expedição da nota fiscal original, e assim está registrado no livro de Saídas de Mercadorias do autuado. O autuado não juntou nenhuma carta de correção, nem apresentou motivo convincente para elidir a acusação. Mantenho assim parcialmente o lançamento de ofício quanto a esta infração, excluindo o valor de R\$1.144,33, referente a junho/04.

O sujeito passivo não contestou as infrações de nº 2, 3, 4 e 6, e com o recolhimento efetuado, admitiu expressamente o seu cometimento. Não há lide para estas questões, motivo pelo qual não as abordo em meu voto.

Quanto à infração 5, o art. 51, § 1º, inciso II, do RICMS-BA em vigor, estabelece o seguinte: "o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal".

Examinando as notas fiscais, percebo que nestas consta à observação quanto à "redução referente alíquota de 17,0% para 7,0% . Por outro lado, não restou comprovados nos autos que o seu procedimento desatendeu o estabelecido no art. 51, § 1º, inc. II, do RICMS-BA bem como o valor correspondente à quantia proveniente da redução da alíquota deixou de ser repassada ao adquirente das mercadorias sob forma de desconto.

O art. 51, §1º, II condiciona o benefício ao repasse ao adquirente, sob a forma de desconto, do valor aproximadamente correspondente à redução da alíquota de 17% para 7%, devendo a redução constar expressamente do documento fiscal. O desconto é meramente indicativo, a pré-condição se resume em se saber se foi ou não repassado aos adquirentes a redução de alíquota. A legislação não determina o acréscimo à base de cálculo do repasse concedido, já que aquela é tida como o valor da operação (considerando o cálculo do imposto por dentro). A defesa argumenta que a diferença apurada nessa infração não é devida, pois o auditor fiscal reclama a aplicação da alíquota de 7% sobre o valor total da operação, não levando em conta que o ICMS é calculado "por dentro". Entendo que o ICMS é um imposto que compõe a sua própria base de cálculo, estando seu valor computado no total da operação. Além disso, percebo que para se saber se o repasse foi concedido, é necessário multiplicar o valor total da venda a contribuinte que não Microempresa por 0,83 e, após, dividir o valor por 0,93. O autuante não confrontou os valores referentes às vendas para contribuintes de outros portes com as feitas para Microempresas. Apenas adicionou ao valor da operação o repasse concedido. Não restou claro o descumprimento por parte do autuado, motivo pelo qual rejeito a imputação referente à infração 5.

Quanto à infração 7, o regulamento é claro em permitir apenas o creditamento à razão de 1/48 avos, conforme § 17 do art. 93. O cerne da questão foi elucidado, não assistindo razão ao defendente.

Em relação a autuação do item 8, ressalto que a Resolução nº 133/2003 só entrou em vigor em 02/12/2003, como informado pelo autuante. Antes desta data, a empresa era beneficiária do incentivo conhecido como PROBAHIA, e alega ter migrado para o DESENVOLVE, atendendo a apelo por parte da Secretaria de Indústria e Comércio. O PROBAHIA era um benefício financeiro, através de abertura de linha de crédito, vinculado ao ICMS recolhido pela empresa referente à sua produção industrial. Já o DESENVOLVE se reporta a dilação no prazo de pagamento do ICMS, relativo as operações próprias, gerado em função dos investimentos previstos no projeto incentivado. Têm natureza distintas, embora busquem o fomento à atividade industrial. A mencionada Notificação Fiscal dirigida ao contribuinte, supostamente, pela mesma razão apontada pela infração 8, diverge desta quanto ao valor. Do julgamento feito pela autoridade administrativa àquela, não se é possível inferir coisa alguma, porquanto bastante sucinta. Então, não considero o documento como meio hábil de prova. Por outro lado, o auditor fiscal encontra-se vinculado aos procedimentos traçados pelo RICMS e dele não pode se afastar, sob pena de ser responsabilizado por tal. Assim, mesmo em se havendo prejuízo para o autuado, ao migrar de um benefício para outro, este foro não é o competente para apreciá-lo. Restou claro que o contribuinte utilizou indevidamente o benefício, vez que ainda não estava autorizado para tanto. Por isto, voto pela manutenção da autuação.

Para as infrações 9 e 10, saliento que as Notas Fiscais de nº 105672, 112687, 1288 e 1290, citadas no anexo IX (mercadorias tributáveis não declaradas) foram tributadas, tendo sido o imposto destacado. Agiu assim, corretamente, o autuante. Embora não seja o previsto, restou provado o procedimento de substituição da nº 109 pela de nº 137 (fls. 906/908), excludo, portanto, do levantamento. O mesmo vale para as notas fiscais originais que foram substituídas pelas de nºs 34563, 0583, 1332, 2277, 2180, 2851 e 2861.

Quanto às Notas Fiscais de nºs 75341, 83938, 3967, 5604 e 27750, observo que a multa pela não escrituração se refere justamente a mercadorias não tributáveis, razão assistindo ao autuante.

Por fim, informo que as multas aplicadas estão corretamente tipificadas para as várias situações apresentadas no auto em questão. A situação aqui examinada não se resume a falta

de recolhimento do ICMS de operações escrituradas. Há uma ampla gama de infrações incorridas, com as conseqüentes multas. Rejeito assim, a conversão de todas as multas para o percentual de 50%.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para exigir ICMS no importe de R\$95.984,20, além do pagamento da multa no valor de R\$ 2.473,57.”

Apresenta demonstrativo do débito.

O recorrente diz inicialmente que, recorrendo à procedência parcial da autuação, recolheu o imposto que entendia ser devido, parte da infração 1, as infrações 2, 3, 4, 6, e parte das infrações 9 e 10.

A seguir estende-se em suas considerações, repetindo basicamente os argumentos expendidos na defesa.

Conclui apresentando seu pedido, itemizado como se segue, textualmente:

- 1- Seja considerado extinto, por pagamento, a parte não contestada, compreendendo as infrações 2, 3, 4 e 5, e parte das infrações 1, 9 e 10, no valor de R\$ 13.836,66.
- 2- Seja mantido o voto POR UNANIMIDADE, da JJF e extinto, na forma da lei, a infração 5.
- 3- Seja mantido o voto, da parte contestada em que a JJF acatou a defesa nas infrações 1, 9 e 10.
- 4- Seja REFORMADA a Decisão da JJF, da parte contestada referente às infrações 7 e 8.
- 5- Seja aplicada a redução da multa prevista o art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96.

E finalmente, pede a extinção do crédito tributário com o arquivamento do Auto de Infração.

A procuradora fiscal, Dra. Maria Tapioca Rezende Maia, em seu Parecer, primeiramente analisa e rejeita a preliminar de nulidade argüida, por entender que, apesar de o recorrente alegar a existência de dois autos lavrados em um mesmo período com o mesmo objeto, não se encontram neste processo elementos suficientes para comprovar as suas afirmações.

No mérito, com relação à infração 1, diz que (I) resta cabalmente demonstrado que a Nota Fiscal nº 034673 teve sua base de cálculo reduzida por se tratar de transferência de ativo imobilizado com mais de um ano, com alíquota de 12%, cujo imposto já foi recolhido, não havendo portanto, diferença de alíquota a recolher; (II) as Notas Fiscais nºs 52 e 54 referem-se a mercadorias cuja natureza não está sujeita a isenção ou não incidência de imposto, e, portanto, sujeita a diferença de alíquota; (III) não restou comprovado que a Nota Fiscal nº 3063 foi devolvida através da Nota Fiscal de Saída nº 2429, já que foi emitida em data anterior àquela, como observa nos Livros de Saída do autuado, e eventual equívoco na escrituração não foi comunicada à Fazenda.

No que tange à infração 5, diz que não está devidamente comprovado que o procedimento realizado pelo recorrente desatendeu o disposto no §1º, I, do art. 51 do RICMS, que prevê o repasse aos adquirentes das mercadorias, sob forma de descontos, o valor correspondente ao montante da redução da alíquota.

Quanto à infração 7, diz que resta devidamente comprovada, pois o contribuinte creditou-se indevidamente do valor total da diferença de alíquota sobre o ativo permanente no mês de outubro/03, quando correto, nos termos do art. 93, § 17 do RICMS, é a apropriação parcelada do crédito, à razão de 1/48 avos ao mês.

Com relação à infração 8, afirma a douta procuradora que deve ser modificado o entendimento do CONSEF, pois não é importante, nesse caso, se a natureza dos benefícios PROBAHIA E DESENVOLVE, é a mesma ou não; o fato é que houve equívoco do autuante ao entender que a redução do imposto em 50% foi decorrente da utilização antecipada, e, portanto indevida, dos benefícios do DESENVOLVE, pois na verdade essa redução decorreu de sua adesão ao Programa PROBAHIA, que autorizou a fruição do benefício fiscal pela Resolução nº 27/99; assim, foi legítima a redução do imposto pelo contribuinte.

Com referência às infrações 09 e 10, diz que, diante das provas dos autos, verifica-se que as Notas Fiscais nºs 137, 346563, 0583,1332, 2277, 2180, 2831 e 2851, substituíram efetivamente as notas fiscais originais, devendo ser mantida a Decisão da 5ª JJF a respeito dessas infrações.

Acrescenta ainda que, no que diz respeito ao pedido de redução das multas aplicadas às infrações 1 e 8, de 60% para 50%, o percentual foi aplicado corretamente, de acordo com a legislação vigente.

Conclui opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, reformando-se a Decisão da 1ª Instância quanto à infração 8.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Infrações 8, 9 e 10)

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade, considerando que não constam dos autos elementos suficientes para caracterizar a duplicidade da autuação.

No mérito, acompanho o parecer da ilustre procuradora, ao propor a modificação da decisão de primeira instância com relação à infração 8, pois restou evidenciado que o contribuinte procedeu, quanto à redução do imposto, com base na Resolução nº 0027/99, que legitima o seu procedimento.

Quanto à infração 7, considerando que a recorrente fazia jus ao crédito fiscal em questão e que a partir do mês de outubro/2003 podia se creditar mensalmente de 1/48, deveria o autuante ter apurado, na data da ação fiscal, qual o valor utilizado indevidamente, e não apenas levar em conta a parcela do mês de outubro/2003, desprezando as demais. Julgo nula essa infração, recomendado à INFAZ de origem o refazimento da ação fiscal para apurar se é devido o imposto, e, sendo o caso, quantificar e lançar.

Em face ao exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, para julgar improcedente a infração 8 e nula a infração 7, e acompanhando o entendimento da JJF quanto aos demais itens.

Quanto ao Recurso de Ofício, está correta a Decisão da JJF. Infração 5: não restou claro o seu descumprimento, como bem demonstrou o julgador na fundamentação do seu voto, assim, as infrações 9 e 10, a JJF excluiu as notas fiscais que obedeceram ao correto procedimento de substituição, portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário - infrações 8, 9 e 10)

No que tange ao Recurso de Ofício, acompanho o ilustre relator, porém quanto ao Recurso Voluntário discordo em parte do seu entendimento, conforme passo a me pronunciar.

Comungo com o entendimento do ilustre relator acerca das infrações 1 e 7.

Quanto à infração 8, dirijo do opinativo da PGE/PROFIS e do posicionamento do ilustre relator, pois entendo que a exigência fiscal está correta, uma vez que a Resolução 133/03 (fl. 485) só passou a vigorar na data de sua publicação, isso é, em 02/12/03. Dessa forma, só a partir do mês de dezembro de 2003, o recorrente passou a fazer jus ao benefício previsto no DESENVOLVE.

A notificação fiscal apresentada pelo recorrente, como foi bem afirmado na Decisão recorrida, diverge do caso em tela pelo valor e, além disso, a Decisão da autoridade administrativa que a julgou improcedente é tão sucinta que dela não se pode inferir coisa alguma. Ademais, a Decisão da autoridade administrativa acerca da notificação fiscal não vincula a presente Decisão.

No que tange à infração 9, o recorrente questiona as aquisições consignadas nas Notas Fiscais nºs 105672 e 112687 (artigos de papelaria) e nºs 1288 e 1290 (letreiros luminosos). Com relação a essas operações, entendo que a infração está caracterizada, pois essas aquisições deveriam ser consignadas no livro Registro de Entradas e, no entanto, não o foram. Todavia, como as mercadorias em questão não são destinadas à comercialização e não terão saídas posteriores tributadas, deve ser aplicada a multa de 1%, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96.

O demonstrativo de débito referente à infração em tela, apurado por mês, após a exclusão das notas fiscais citadas acima, fica da seguinte forma:

D. OCORRÊNCIA	B. DE CÁLCULO	MULTA	VALOR
31/01/2003	R\$ 299,13	1 %	R\$ 29,91
31/01/2003	R\$ 11.912,19	10%	R\$ 1.191,21
30/04/2003	R\$ 407,03	1%	R\$ 4,07
31/05/2003	R\$ 1.663,00	1%	R\$ 16,33

30/06/2003	R\$ 454,43	10%	R\$ 45,44
31/07/2003	R\$ 258,36	10%	R\$ 25,83
30/04/2003	R\$ 1.250,00	10%	R\$ 125,00
30/07/2004	R\$ 2.406,40	10%	R\$ 240,64
VALOR TOTAL DE INFRAÇÃO 9			R\$ 1.678,43

Relativamente à infração 10, o recorrente impugna apenas as operações e prestações referentes às Notas Fiscais nºs 75341, 83938, 83967, 5604 e 27750.

A Nota Fiscal nº 75341, cuja fotocópia está acostada à fl. 926, trata da aquisição de dois pneus, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e com a fase de tributação encerrada. Desse modo, em relação a essa nota fiscal a multa deve ser mantida.

As Notas Fiscais nºs 83938, 83967, 85604 e 27750, acostadas às fls. 927, 928, 929 e 930, são referentes a despesas com serviços gráficos tomados pelo recorrente, prestações não tributadas pelo ICMS. Por serem prestações não tributadas pelo ICMS, o recorrente não está obrigado a escriturar as prestações tomados no seu livro Registro de Entradas. Assim, as parcelas referentes a essas notas fiscais devem ser excluídas da autuação e, em consequência, as multas referentes aos meses de ocorrência de 31/08/2003, 31/10/2003 e 31/03/2004 passam para, respectivamente, R\$15,06, R\$28,67 e R\$25,01, mantendo-se inalteradas as demais parcelas.

Pelo acima, exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para manter a Decisão da Primeira Instância quanto à infração 1, julgar nula a infração 7 e modificar os valores exigidos nas infrações 9 e 10.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime quanto às infrações 8, 9 e 10, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180573.0005/05-1**, lavrado contra **PLUMATEX COLCHÕES INDUSTRIAL LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$80.919,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.art. 42, II, “f”, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$2.059,23**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, bem como os acréscimos moratórios no valor de **R\$1.989,15**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VIII, da citada lei, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto aos itens 8 e 9): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto aos itens 8 e 9): Conselheiro Fauze Midlej.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 10): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto ao item 10): Conselheiros Fauze Midlej e Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Infrações 8, 9 e 10)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Infrações 8, 9 e 10)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS