

PROCESSO - A. I. N° 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 5^a JJF n° 0070-05/05
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 29/06/2006

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 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 JJF 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 JJF nº 0044-02/5, que versa sobre essa questão.
6. 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, (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 JJF 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 defendant. 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 defensor.

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), excluo, 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 doura 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 1^a 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, NEGOU 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, divirjo 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 BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS