

A. I. Nº - 284119.0041/09-8
AUTUADO - ESTRUTURA INDÚSTRIA DE PREMOLDADOS LTDA.
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 11/04/2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-05/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIAS ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E VALORES LANÇADOS NOS LIVROS FISCAIS. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração admitida pelo sujeito passivo. As informações prestadas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) são fundamentais para o gerenciamento fiscal da situação do contribuinte, para o planejamento fiscal e para o cálculo dos valores a serem destinados a cada município, haja vista a previsão constitucional da participação dos municípios na arrecadação do imposto estadual sobre circulação de mercadorias e serviços. Se o contribuinte erra ao prestar as aludidas informações, deve apresentar DMA retificadora. Não o fazendo, fica passível de multa. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. O pagamento da diferença de alíquotas tem fundamento na Constituição: art. 155, § 2º, VIII. Na Lei nº 7.014/96, a diferença de alíquotas é prevista no art. 4º, XV, Infração parcialmente mantida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração elidida. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Infração comprovada. 5. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO 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, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Infração comprovada. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FALSO OU INIDÔNEO. Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2009, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor histórico de R\$274.454,62, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios - Valor histórico: R\$113.637,45; percentual de multa aplicada: 60%.

2. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração mensal do ICMS) – Multas Fixas: R\$280,00.
3. Deixou de recolher o 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 - Valor histórico: R\$33.845,00; percentual de multa aplicada: 60%.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem devido registro na escrita fiscal – Multas Fixas de 10%: R\$19.970,00.
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem devido registro na escrita fiscal – Multas Fixas de 1%: R\$1.774,18.
6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas - Valor histórico: R\$66.305,37; percentual de multa aplicada: 70%.
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente á documentos fiscais falsos ou inidôneos - Valor histórico: R\$38.642,62; percentual de multa aplicada: 100%.

O autuado, por meio de patrono legalmente constituído, ex vi instrumento de fl. 520, apresentou defesa, fls. 505 a 519, onde descreveu as infrações e suscitou as seguintes alegações:

Ressaltou a vedação de utilização de tributo com efeito confiscatório, o que não teria sido observado, com desrespeito ao princípio constante no art. 150, IV, da CF. Citou jurisprudência pátria, precedentes do STF e a posição da alta Corte de Justiça, no voto do Min. Celso de Melo, no julgamento da ADI nº 2.551-MC-QO, publicado no DJ de 20 de abril de 2006, nos quais essas multas foram reduzidas para o percentual aplicável de 30%.

Suscitou preliminar de nulidade quanto ao item 1, quando o fiscal autuante dificultou a defesa quando tipificou a suposta infração: “*Artigos 116, 124, inciso I, (322 e parágrafos OU 323 e parágrafos, conforme o caso) do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97*”, pois o enquadramento não permitiu o entendimento do item 1, impossibilitando, por conseguinte, o exercício da ampla defesa, haja vista que no enquadramento legal consta artigo “*322 e parágrafos ou 323 e parágrafos*”, sem especificar, de forma clara, insusceptível de dúvidas, qual a infração tipificada pelo artigo 322 e qual a tipificada pelo artigo 323 do RICMS, o que impõe a nulidade do procedimento.

Lembrou o que estabelece o art. 5º, LV da CF: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, posto que tem o direito ao conhecimento claro dos fundamentos da autuação, por garantia constitucional.

Quanto ao mérito a empresa reconheceu às infrações 2, 5 e 7, que já foram objeto de parcelamento de débito, consoante documentos anexos.

Com relação à infração 3, está sendo exigido o diferencial de alíquota das mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 9721, 9793 e 9794, da ARGOS GUINDASTES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA – RS (junho e julho de 2006), no entanto, na Nota Fiscal nº 9721, a operação foi de venda para entrega futura – simples faturamento, documento fiscal que não gera incidência do ICMS, pois o imposto somente é devido na entrega da mercadoria, conforme previsão contida no RICMS.

Com referência à Nota Fiscal nº 9793, operação de “remessa de venda para entrega futura”, também houve equívoco do autuante, que deveria ter observado na cobrança do imposto a o art. 77, III, “b” do RICMS, que prevê a redução de base de cálculo para 12%. Com isso, o diferencial de alíquota a ser cobrado é 5%, e não 10%. Observou que no “*CAMPO DE INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES*” da Nota Fiscal nº 9793 consta, claramente, a sua vinculação com a Nota Fiscal nº 9721.

Na Nota Fiscal nº 9794, a natureza da operação é “remessa por conta e ordem de terceiros” – do equipamento constante da Nota Fiscal nº 9793 enviado para a empresa Feira Hidráulica Peças e Serviços Ltda, efetuar a montagem do referido equipamento, no veículo do contribuinte autuado.

Aduz que tais informações podem ser comprovadas no corpo da nota fiscal e nos campos das informações complementares da Nota Fiscal nº 9797, anexa ao PAF (fl. 274).

Quanto à infração 4, refere-se a informações vinculadas às empresas Morena Veículos Ltda –BA, Moto Itaberaba Ltda – Ba e Jacuípe Veículos Ltda – BA. As Notas Fiscais nºs 261.391 (fl.283) e 261.332 (fl. 284), contêm produtos da substituição tributária sujeitos a multa de 1%, consoante art. 915, XI, do RICMS-BA, e não multa de 10% equivocadamente aplicado pelo fiscal.

Aduz que na Nota Fiscal nº 261.332, apesar de constar operação “VENDA DE VEÍCULO”, a operação foi anulada através da Nota Fiscal de Entrada nº 261.391, com natureza de operação “DEVOLUÇÃO DE VENDA”.

A Nota Fiscal nº 33.597 da empresa Moto Itaberaba Ltda., representa mercadoria objeto da substituição tributária, com fase de tributação encerrada. Diante disso, a multa incidente não é de 10%, e sim de 1%, conforme previsão do art. 915, XI do RICMS-BA. Mesma situação ocorreu na Nota Fiscal nº 149.737, vinculada à empresa Jacuípe Veículos Ltda., por equívoco do fiscal autuante.

Na infração 6, os documentos, fls. 337/391, 403/421 e 444/455, referentes às aquisições de produtos com a fase de tributação encerrada nas empresas Nova Era Comercial de Tintas Ltda., Trivale Tratores Implementos e Peças Ltda. e Dorilzo Dórea Comercial Ltda, a aplicação da penalidade é a prevista no art. 915, XI do RICMS-BA.

Já o documento fiscal de fl.400, emitido pela empresa Belgo Siderurgia refere-se a produtos com o benefício da redução de base de cálculo, motivo por que deve ser aplicada a alíquota de 12%. Também os documentos de fls. 424 a 435, que foram emitidos pela empresa Atacadão Pirai Ltda, também são produtos com o mesmo benefício. Por fim os documentos fiscais de fls. 488 a 499, emitidos pela Gerdau Comercial de Aços S/A também cuidam de produtos com o benefício da redução de base de cálculo.

Ao final, suscitou, novamente, a preliminar de nulidade do item 1 e a improcedência das infrações 3, 4 e 6, mas, caso seja contrário ao levantado na impugnação, pede a redução da multa aplicada para o percentual de 30%, como já foi considerado legalmente no STF. Protestou pela produção de todos os meios de prova.

O autuante prestou informação fiscal, fl. 529 a 537, na qual, inicialmente, informou que os demonstrativos de fls. 69/71 refere-se *“demonstrativo da omissão de saídas apurado por calçamento de notas fiscais de saídas”*, e nas fls. 72/138 são documentos fiscais de saídas do contribuinte, circularizados em clientes, e nas fls. 139/168, são cópias do livro Registro de Saídas do autuado. Não obstante a empresa tomar ciência desta infração, fl. 71, e lhe ser fornecido cópia de seu demonstrativo, seus anexos e documentos comprobatórios, houve omissão no lançamento dos seus valores no auto de infração. Por isto, uma vez constatada a não inserção, no auto de infração, dos valores apurados nas fls. 60 a 71, realizou procedimento administrativo de substituição das fls. 68 a 168 do referido auto, por respectivas cópias e, ato seguinte, procedeu à lavratura de auto de infração complementar para lançamento desta de nº 284119.0042/09-4, cujos documentos desentranhados o farão compor.

Lembra que o RPAF, no art. 19, reza que o erro na indicação de dispositivo não implica nulidade, quando pela descrição dos fatos fica evidente o enquadramento legal. E, mesmo assim, a infração 1 está transparente, na auditoria de conta corrente, realizada através dos valores de base de cálculo, imposto devido e a obrigação tributária referendado no demonstrativo das fls. 23/24.

Ressalta que a planilha de fl. 50 discrimina a infração 03, e que todas essas aquisições, por meio das Notas Fiscais nºs 9721, 9794, 9797 e 9793, são da empresa Argos Guindaste. Acata o argumento defensivo com relação à nota fiscal nº 9721, (nota fiscal de simples faturamento).

Na Nota Fiscal nº 9793 (Remessa Simbólica da Mercadoria), discordou da alegação da defesa, quanto à redução de base de cálculo em operações internas amparadas no art. 77, III do RICSM/97, pois a redução desta base de cálculo é para equipamentos classificados no NCM 842890, sendo

observado que a Nota Fiscal nº 9721, fl. 271, a classificação NCM 84269900, é diferente da prevista no benefício fiscal.

A Nota Fiscal nº 9794, relativa ao trânsito de equipamento em uma operação triangular, tendo como destinatário a empresa Feira Hidráulica Peças e Serviços, que foi responsável na montagem do equipamento no pátio da empresa autuada, não tem incidência do ICMS.

A Nota Fiscal nº 9797, refere-se ao equipamento “conjunto de patolamento”, pois se trata de equipamento independente dos registrados nas Notas Fiscais nºs 9723, 9793 e 9724, a tributação é devida.

Quanto às Notas Fiscais nºs 66776 e 1133, a defesa não alegou nada em sua impugnação, segundo o art. 319 do CPC: “*Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo autor*”.

Após as observações elaborou nova tabela da infração 3, como segue:

ANO	MÊS	Nº N. FISCAL	FORNECEDOR	UF	EMIÇÃO	VL. TOTAL N.FISCAL	DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA
2006	07	9797	ARGOS GUIDASTES	RS	07/07/2006	14.850,00	1.485,00
2006	07	9793	ARGOS GUIDASTES	R	07/07/2006	102.500,00	10.250,00
TOTAL DO MÊS 7						117.350,00	11.735,00
2006	11	66776	CSM	SC	20/11/2006	9.700,00	970,00
2008	12	1133	ISFEL INDUSTRIA	PB	28/12/2008	6.400,00	640,00
TOTAL DA INFRAÇÃO 3							13.345,00

Na infração 4, acatou as alegações da defesa, quanto às Notas Fiscais nºs 261.332 e 261.391, posto que a venda de veículo novo, na primeira nota fiscal, foi cancelada com a emissão da segunda. Logo a venda não se consolidou. Excluiu estas notas do levantamento.

Quanto às alegações defensivas em relação às Notas Fiscais nºs 33.597 e 149.737, “*representa mercadoria objeto da substituição tributária com fase de tributação encerrada*”, esclareceu que a multa de 10% é em decorrência do art. 915, IX (Multa de 10%) e XI (Multa de 1%). Infere que as aquisições de veículos nas empresas Moto Itaberaba e Jacupe Veículos, constituem, para o autuado, aquisição de bem para compor seu ativo imobilizado, e não uma mercadoria, pois como é sabido, o objeto comercial do autuado é a confecção de peças de concreto e não a revenda de veículos nem motocicletas.

Posto isso, não acata os argumentos defensivos de aplicar a multa de 1%, nas Notas Fiscais de nºs 33.597 e 149.737, pois, não obstante o imposto tenha sido pago por substituição, são bens sujeitos a tributação, utilizados pela empresa sem o devido registro na escrita fiscal.

Elaborou nova planilha da infração 4, onde mantém o valor de R\$ 6.750,00.

Em referência à infração 6, omissão de saídas de mercadorias apurada através de notas fiscais de entradas, embora a defesa tenha apontado que os produtos estavam com a fase de tributação encerrada, outros com benefício de redução de base de cálculo, por se tratar de documentos referentes às aquisições de mercadorias não contabilizadas, acarreta a presunção de omissão de vendas tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Ressaltou que 100% dos produtos fabricados, pelo autuado, são tributados, e assim, não acatou os argumentos da defesa.

O autuado, cientificado da informação fiscal não se manifestou.

Consta extrato do SIGAT, fls. 544, com parcelamento no valor principal de R\$ 40.696,82.

O presente PAF foi diligenciado à inspetoria de origem, para que fossem prestados esclarecimentos com relação à infração 01, bem como a juntada do livro Registro de Apuração do ICMS.

Diligente em atendimento ao solicitado, declara que após diligência no endereço da empresa [...] constatou que a mesma não estava mais funcionando. A placa de identificação da empresa que existia no local já não se encontra mais. Foi informada de que os sócios não aparecem há mais de 6 meses, o galpão está vazio e algumas formas de estacas pré-moldadas se encontram empilhadas do lado de fora, juntamente com um equipamento de vibração para confecção das estacas. Lavrou FLC naquela data.

Esclarece que a demonstração efetiva, como determina o CONSEF, dos valores lançados na tabela constante nos autos, fl. 23, não necessita da apresentação do livro Registro de Apuração de ICMS, pois como determina o § 2º do art. 331, a sua escrituração será feita com base no Registro de Entradas e no Registro de Saídas, e os dados comprobatórios dos lançamentos fiscais podem ser obtidos nos citados livros.

Quanto às diferenças apuradas no confronto entre o ICMS “a recolher” versus “ICMS recolhido”, a tabela de fl. 23, indica por períodos mensais os valores apurados, os quais também, de forma mensal, foram objeto de autuação. Ressalta que constam nos autos, fls. 139 a 168 e fls. 169 a 268, cópia do livro Registro de Saídas e livro Registro de Entradas, respectivamente, e passa a demonstrar as páginas dos citados livros, onde foram efetuados registros dos valores de crédito e débito, respectivamente.

O autuado, por meio de seu patrono manifesta-se quanto à diligência, e entende que ela foi insuficiente, e não atendeu ao quanto pedido pelo CONSEF.

Menciona que o livro Registro de Apuração de ICMS, não se encontra nos autos e por isso a diligência ficou prejudicada. Por outro lado, a diligência não foi clara quanto à apuração nos documentos fiscais, nºs 9721, 9793 e 9794 (exercício de 2006), uma vez que os referidos documentos, que são notas de vendas para entrega futura, ou remessa de venda de entrega futura, não geram a incidência de ICMS. Também não foram confrontadas as informações das Notas Fiscais nºs 261.391 e 261.332, que espelham uma venda que foi anulada. Requer a realização de nova diligência, para que haja a demonstração efetiva, como espera o autuado e determina o CONSEF.

VOTO

Verifico que o auto de infração encontra-se revestido das formalidades legais, e obedeceu aos ditames previstos no art. 39 do RPAF/99. Cabe ressaltar que não se inclui na competência desse órgão julgador a apreciação de questões sobre a constitucionalidade de lei ou atos normativos, consoante o art. 167 do RPAF/99.

Quanto à falta de apresentação do livro Registro de Apuração de ICMS, este se encontra na posse do contribuinte e deveria ter sido fornecido à fiscalização, e, neste caso, aplico o art. 123 do RPAF/99: “É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

No que pertine às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou decisão sobre o tema, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Com relação a arguição de nulidade da infração 1, pelo fato de ter sido tipificada de forma genérica, o “*art. 322 e parágrafos ou o art. 323 e parágrafos, conforme o caso*”, constato que neste caso, não houve cerceamento do direito de defesa, haja vista que no demonstrativo de fls. 23, parte integrante do Auto de Infração, cuja cópia o autuado recebeu, está elaborada a Auditoria de Conta Corrente da empresa, e discriminados débito/ crédito, valores a recolher, valores recolhidos e a diferença a recolher que está sendo exigida, de modo claro e compreensivo, sendo que os dados foram retirados dos livros fiscais da empresa. Outrossim, cabe lembrar o dispositivo específico do RPAF/99, Decreto 6.926/97, art. 19 que estabelece: “*A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*” Rejeitadas as preliminares de nulidade, passo ao exame do mérito da autuação, como segue.

Inicialmente, ressalto que o contribuinte estava inscrito no cadastro estadual na condição de normal, desde 17/08/2004, e em 01/09/2007, como empresa de pequeno porte, mas, com o recolhimento sob o regime normal, haja vista que permaneceu no Simples Nacional, no período de 01/07/2007 a 31/12/2007, conforme informações do contribuinte, INC – contidas nesta Secretaria de Fazenda.

O contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 2, 5 e 7, e não sendo objeto de contestação ficam mantidas.

Na infração 1, o sujeito passivo está sendo acusado de falta de recolhimento de ICMS, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Rejeitada a preliminar de nulidade, conforme acima explicitado, constato que a defesa não atacou o mérito desta infração. De acordo com a Auditoria de Conta Corrente, elaborada pela fiscalização, fl. 23 do PAF, constato que o comportamento adotado pelo contribuinte, resultou na omissão de recolhimento do ICMS, nos meses ali apontados, em razão de divergências entre os valores lançados a débito e a crédito, considerado o imposto recolhido, e sendo exigida a diferença do ICMS.

Na diligência, ficou constatado que o estabelecimento encontrava-se fechado. Contudo, o diligente esclareceu que a demonstração efetiva, como determina o CONSEF, dos valores lançados na tabela, constante nos autos, fl. 23, não necessita da apresentação do livro Registro de Apuração de ICMS, pois como determina o § 2º do art. 331, a escrituração deste livro será feita com base no Registro de Entradas e no Registro de Saídas, e os dados comprobatórios dos lançamentos fiscais podem ser obtidos nos citados livros.

Quanto às diferenças apuradas no confronto entre o ICMS “a recolher” versus “ICMS recolhido”, a tabela de fl. 23, indica por períodos mensais os valores apurados, os quais, também, de forma mensal foram objeto de autuação. Ressalta que constam nos autos, fls. 139 a 168 e fls 169 a 268, cópia do livro Registro de Saídas e livro Registro de Entradas, respectivamente, e passa a demonstrar as páginas dos citados livros, onde foram efetuados registros dos valores de crédito e débito respectivamente.

Acompanho o resultado da diligência, pois, efetivamente, o demonstrativo de fl. 23, que faz parte integrante do Auto de Infração é suficiente para demonstrar às partes interessadas, o quantum debeatur, a base de cálculo, a alíquota, e a forma como o imposto foi apurado pela fiscalização, baseados nos documentos fiscais do contribuinte, e na escrituração dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas.

Rejeito, deste modo, o argumento do contribuinte de que a diligência não foi suficiente para elucidar a quantificação dos valores exigidos na infração, haja vista que os valores mensais apontados no demonstrativo de débito correspondem aos valores que constam nas planilhas de fls. 23 e 24, e, embora o total da infração nas planilhas divirja do constante no demonstrativo de débito, o valor correto a ser considerado é o apontado no demonstrativo de débito, de R\$ 113.637,45.

Na infração 3, relativa à falta de recolhimento do 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, cujo demonstrativo encontra-se na fl. 50, fendente apontou a ocorrência de equívocos, que foram analisados na informação fiscal, ocasião em que o autuante retificou o lançamento. Passo a analisar as razões trazidas pelo defendente em cotejo com as do autuante, como segue:

1. Estão sendo exigidos ICMS relativos às Notas Fiscais nºs 9721, 9794, 9797, 9793, do fornecedor Argos Guindaste Industria e Comercio S/A; Nota Fiscal nº 66776, de CSM – Componentes Sistemas e Maquinas e nota fiscal nº 1133, de ISFEL Indústria Serralheira R. S. Freire Ltda.
2. A Nota Fiscal nº 9721, de fl. 271, refere-se a uma operação de venda para entrega futura, e neste caso, deve ser retirada da exigência fiscal, pois é de simples faturamento.

3. A Nota Fiscal nº 9793, fl. 272, (Remessa Simbólica de Mercadoria), não há a redução de base de cálculo pleiteada pelo defendente, nas operações internas amparadas no art. 77, III do RICSM/97, pois a redução desta base de cálculo é para equipamentos classificados no NCM 842890, sendo observado que a Nota Fiscal nº 9721, fl. 271, a classificação NCM 84269900, é diferente da prevista no benefício fiscal. Portanto não há redução de base de cálculo. Outrossim trata-se de remessa interestadual. Fica mantida.
4. A Nota Fiscal nº 9794, fl. 273, relativa ao trânsito de equipamento em uma operação triangular, tendo como destinatário a empresa Feira Hidráulica Peças e Serviços, que foi responsável na montagem do equipamento no pátio da empresa autuada. Deve ser retirada do levantamento.
5. A Nota Fiscal nº 9797, fl. 274, refere-se ao equipamento “conjunto de patolamento”, pois se trata de equipamento independente dos registrados nas Notas Fiscais nºs 9723, 9793 e 9724, sendo devida a tributação.
6. Quanto às Notas Fiscais nºs 66776 e 1133, fls. 277 e 279, a defesa não alegou nada em sua impugnação e o autuante manteve a atuação e citou o art. 319 do CPC: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo autor”. Ficam mantidas.

Destaco que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Também, se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

Após as observações acima, concordo com a retificação promovida pelo autuante, na informação fiscal, e deve permanecer a exigência fiscal, com relação às notas fiscais abaixo:

ANO	MÊS	Nº N. FISCAL	FORNECEDOR	UF	EMIÇÃO	VL. TOTAL N.FISCAL	DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA
2006	07	9797	ARGOS GUIDASTES	RS	07/07/2006	14.850,00	1.485,00
2006	07	9793	ARGOS GUIDASTES	R	07/07/2006	102.500,00	10.250,00
TOTAL DO MÊS 7						117.350,00	11.735,00
2006	11	66776	CSM	SC	20/11/2006	9.700,00	970,00
2008	12	1133	ISFEL INDUSTRIA	PB	28/12/2008	6.400,00	640,00
TOTAL DA INFRAÇÃO 3							13.345,00

Infração parcialmente procedente no valor de R\$13.345,00, valor que, inclusive, a empresa não contestou após a informação fiscal.

Na infração 4 está sendo aplicada a multa no percentual de 10%, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, conforme planilha de fl. 51.

Nesta infração, o autuante acatou as alegações da defesa, quanto às Notas Fiscais nºs 261.332 e 261.391, fls. 283 e 284, posto que a venda de veículo novo, na primeira nota fiscal, foi cancelada com a emissão da segunda nota fiscal, logo a venda não se consolidou. Excluiu estas notas do levantamento.

Quanto às alegações defensivas em relação às Notas Fiscais nºs 33.597 e 149.737, “*representa mercadoria objeto da substituição tributária com fase de tributação encerrada*”, esclareceu que a multa de 10% é em decorrência do art. 915, IX (Multa de 10%) sendo citado na informação fiscal.

Embora o autuante não acate os argumentos defensivos de aplicar a multa de 1% nas Notas Fiscais de nºs 33.597 e 149.737, por tratar-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, entendo que devem ser desconsiderados do levantamento inicial, pois de acordo com o art. 42, XI, reza que deve ser aplicada a multa de 1% (um por cento) do valor comercial da

mercadoria adquirida sem tributação ou com fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Assim, não cabe a aplicação de multa no percentual de 10%, como exigido. Infração improcedente.

Na infração 6, referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, com demonstrativo nas fls. 52 a 54, o sujeito passivo aduz que algumas notas fiscais de aquisições referem-se a produtos com base de cálculo reduzida e outros com a fase de tributação encerrada e clama por suas exclusões do levantamento fiscal.

Não acato este pedido, haja vista que o que está sendo exigido é o ICMS por presunção legal prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, e por se tratar de documentos referentes às aquisições de mercadorias não contabilizadas, acarreta a presunção de omissão de vendas tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente.

Também não há a aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07, pois que 100% dos produtos fabricados pelo autuado são tributados, conforme informação do autuante e não contestada pela empresa.

Destaco que o sujeito passivo encontrava-se durante o período autuado sob o regime normal de apuração do imposto, e que no período em que se encontrava inscrito no Simples Nacional não foi autuado.

Deste modo, julgo procedente a infração em sua totalidade.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos.

O demonstrativo de débito das infrações 3 fica como abaixo configurado:

Infração	Data ocorr	Data Venc	Base de calculo	Alíquota	ICMS
3	30/07/2006	09/07/2006	69.029,42	17	11.735,00
3	30/11/2006	09/12/2006	5.705,89	17	970,00
3	30/12/2008	09/01/2009	3.764,71	17	640,00
TOTAL					13.345,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **284119.0041/09-8**, lavrado contra **ESTRUTURA INDÚSTRIA DE PREMOLDADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$231.930,44** acrescido das multas de 60% sobre R\$126.982,45, 70% sobre R\$66.305,37 e 100% sobre R\$38.642,62, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, III, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.054,18**, previstas no art. 42, incisos XVIII, “c”, IX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2011.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR