

A. I. N° - 298959.0028/15-4
AUTUADO - CERAMUS BAHIA S/A PRODUTOS CERÂMICOS
AUTUANTES - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS CARVALHO e SÔNIA MAGNÓLIA LEMOS DE
- CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05/10/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0186-03/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa aplicada sobre o valor comercial das mercadorias não registradas. Os cálculos foram feitos para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado. Reduzida a multa sobre as mercadorias tributáveis, de 10% para 1%, com fundamento na alteração promovida pela Lei 13.461/2015, aplicando-se a retroatividade benigna nos termos da alínea “c” do art. 106 do CTN. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pela autuante, o débito ficou reduzido. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. Infração comprovada. 4. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Após a revisão efetuada pela autuante para excluir notas fiscais comprovadas, não há divergências entre o defensor e as conclusões da fiscalização, ficando reduzido o débito originalmente apurado. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária. Autuante refez os cálculos de acordo com a comprovação apresentada pelo defensor. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2015, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$1.065.434,29, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$174.697,17.

Infração 02 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$33.345,29.

Infração 03 – 06.02.01: 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 a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2012; janeiro a novembro de 2013. Valor do débito: R\$134.888,88. Multa de 60%.

Infração 04 – 01.04.06: Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, referente a produtos não fabricados no estabelecimento autuado, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2012; julho a outubro de 2013. Valor do débito: R\$84.662,62. Multa de 60%.

Infração 05 – 02.01.01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, fevereiro e dezembro de 2012; janeiro, outubro, novembro de 2013. Valor do débito: R\$29.658,69. Multa de 60%.

Infração 06 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, de 2012 a janeiro de 2014. Valor do débito: R\$415.343,20. Multa de 60%.

Infração 07 – 07.02.03: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$114.871,09. Multa de 60%.

Infração 08 – 07.02.02: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$62.977,05. Multa de 60%.

Infração 09 – 03.03.03: Recolhimento a menos do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo imposto diferido, em razão de não agregar na base de cálculo do imposto o valor a este correspondente, nos meses de fevereiro, maio, agosto, outubro a dezembro de 2012; janeiro a março, junho, agosto, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$14.990,30. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 485 a 496, alegando quanto à infração 01 que não tem controle de seus fornecedores externos no tocante à emissão de notas fiscais. Quanto da emissão de nota fiscal, antes da saída da mercadoria do estabelecimento, obedecendo o prazo estabelecido na legislação pertinente, pode a nota fiscal ser cancelada sem conhecimento do destinatário.

Para exemplificar, junta aos autos a nota fiscal de entrada nº 2855, de 09/10/2012, emitida pelo fornecedor, em razão do desfazimento do negócio a que se refere a Nota Fiscal de venda nº 2712, de 01/08/2012, apontada pelo Fisco nesta primeira infração. Diz ser possível que outras notas fiscais tenham passado por essa mesma situação. Por isso, entende que caberia ao Fisco buscar em seu sistema tais informações para que essas ocorrências sejam identificadas e não sejam aplicadas penalidades a contribuintes de forma indevida.

Afirma que outro ponto que merece atenção e compreensão é quanto a documentos lançados fora do mês de sua emissão que demonstra a falta de compreensão do Fisco, conforme cópia do livro Registro de Entradas, devendo tais lançamentos serem excluídos da exigência fiscal. Relaciona às fls. 486/487, notas fiscais e suas respectivas datas de emissão e de entrada, devidamente registrada na sua escrita fiscal, afirmando que tal fato não foi observado pelo Fisco.

No que concerne ao exercício de 2012, afirma que a mesma situação ocorre e utiliza o mesmo relatório constituído pelo autuante, na tentativa de demonstrar as irregularidades encontradas.

Quanto à infração 02, o defensor informa que reconhece o equívoco cometido e que está adotando providências para regularizar a situação, tratando de sanar a situação.

Sobre a infração 03, alega omissão de informações indispensáveis para a perfeita análise e compreensão dos dados apontados no relatório, tal como se utilizou para fins de cálculo da diferença de alíquotas, os percentuais de 5% e 10%, ficando evidenciado o descumprimento das normas reguladoras de tais exigências, bem como o tratamento diferenciado do autuado, que é beneficiário do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia – Probahia.

Em relação ao levantamento fiscal, alega que a fiscalização deixou de informar o código de NCM, e sem a mencionada informação não há como se saber se determinado produto está submetido a tratamento diferenciado ou não. Entende que o auto de infração padece de informação essencial, que o torna nulo.

Também alega que o autuante deixou de submeter os itens arrolados nos relatórios ao Convênio ICMS nº 52/91, que trata da Redução da Base de Cálculo de determinados itens para fins de tributação, tendo efeito direto no cálculo da diferença de alíquota.

Diz que o autuante deixou de submeter os itens arrolados nos relatórios, tendo como base norma constante no Parecer nº 15341/2007 que reproduziu. Também deixou de submeter os itens arrolados no levantamento fiscal ao tratamento diferenciado estabelecido na Resolução nº 43/2010, art. 1º, item II, letra “a” do Programa Probahia. Afirma que a falta de critérios na identificação das irregularidades penaliza o contribuinte de forma indevida e injusta, devendo ser nulos os dados constantes nos referidos relatórios, ou, então, improcedentes.

Infração 04: Informa que em 17 de julho foi intimado a apresentar uma série de documentos inclusive a relação dos produtos industrializados ou produzidos. Alega que ao rever a relação dos produtos encaminhada quando da solicitação, os mesmos constam da referida relação de produtos industrializados pela empresa. Diz que não foi efetuada análise criteriosa, nem verificação *in loco* se tais produtos são ou não fabricados por seu estabelecimento, e tal procedimento levou ao equívoco perpetrado inserido no Auto de Infração. Afirma que todos os itens excluídos são produtos industrializados devendo ser adicionados para fins de cálculo do crédito presumido de ICMS. Relaciona os itens apontados pelo Fisco como não sendo industrializados pelo impugnante, devendo ser adicionados para fins de cálculo do crédito presumido do ICMS, conforme estabelece a Resolução 06/2011. Pede a improcedência desta infração.

Infração 05: Alega que os valores relacionados nesta infração são desprovidos de sustentação, devendo ser considerados insubstinentes, tendo em vista que o impugnante afirma que não deixou de recolher qualquer um dos valores apontados.

Infração 06: Alega que se trata de mais um equívoco do Fisco, uma vez que as operações que realizou estão devidamente amparadas pela isenção de ICMS, conforme estabelece o art. 29 do RICMS-BA/97, visto que tais operações são legítimas e foram internadas na SUFRAMA.

Para comprovar tal assertiva, entende que bastaria o Fisco acessar o site da Suframa e consultar os documentos arrolados nesta infração, certificando-se da veracidade das operações. Informa que demonstra com as notas fiscais e respectivas Declarações de Ingresso da mercadoria na Suframa, conforme relação elaborada às fls. 491/492.

Infração 07: Ano de 2012 – Diz que se observa, mais uma vez, que não houve análise correta ou o adequado aprofundamento na análise dos documentos das mencionadas operações. Afirma que demonstra em relatório anexo, com CFOP, justificativas e com a devida fundamentação, para comprovar que tais operações não estão alcançadas pela tributação do ICMS/ST.

CFOP 5401 (venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto): Frisa que a legislação é clara quanto a não tributação do ICMS/ST nas operações com pessoa jurídica que adquire mercadoria para emprego na prestação de serviço que, no caso específico, está enquadrada na Lei Complementar 116/2003, itens 702 e 705.

Informa que no mesmo relatório citado acima, constata-se que foram realizadas operações com contribuinte do ICMS, que em razão de seu ramo de atividade, tais operações não estão sujeitas ao ICMS/ST, tendo em vista que a aquisição dos produtos se destinaram ao seu ativo imobilizado ou a uso e consumo do estabelecimento, não atendendo ao que dispõem os artigos 289 e 291 do RICMS-BA/2012.

Diz que as mesmas razões acima apresentadas se aplicam às operações com CFOP 5401, realizadas com pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, e aquelas para contribuintes do ICMS que adquiriram tais mercadorias para o seu ativo imobilizado ou para uso e consumo do seu estabelecimento.

Quanto às operações com CFOP 5910 (remessa em bonificação), diz que se referem a bonificação de mercadorias a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS/ST, conforme já esclarecido no CFOP 5401.

Em relação ao CFOP 5911 (remessa de mercadorias a título de amostra grátis), alega que não há que se questionar a tributação do ICMS/ST, tendo em vista que essas operações estão amparadas pela isenção do ICMS, conforme estabelece o art. 264, item XXI do RICMS-BA/2012. Afirma que o lançamento do ICMS/ST nestes casos parece demonstrar falta de critério na análise dos documentos fiscais, pois todas as operações que não tiveram o recolhimento do ICMS/ST, tendo em vista que o Fisco simplesmente incluiu em seu relatório, sob a alegação de falta de retenção do ICMS/ST.

Quanto ao ano de 2013, CFOP 5401 (venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto), alega que na análise dos documentos arrolados no relatório do Fisco, as mesmas razões expostas para o exercício de 2012 são também aplicáveis ao ano de 2013, constatando-se que os dados demonstrados carecem de fundamentação.

Informa que demonstra em relatório apartado que as operações estão corretamente tributadas e que não procede a incidência do ICMS/ST, tendo em vista que os produtos adquiridos pelos clientes se destinaram ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo próprio, não se destinando à comercialização subsequente, condição indispensável para a incidência do ICMS/ST, conforme estabelece o art. 9º da Lei 7.014/96.

Esclarece, ainda, que o faturamento decorre das informações constantes do pedido emitido, não podendo o defensor alterar tal situação sob pena de operação não ser aceita pelo cliente (destinatário). Para melhor compreensão, no relatório apartado consta coluna com a rubrica “ramo de atividade/Sintegra”, que numa simples leitura da razão social dos destinatários, constata-se que seu ramo de atividade não tem qualquer vínculo com o ramo de atividade voltado à comercialização de materiais de construção.

CFOP 5949 (outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado). Alega que os documentos fiscais arrolados no referido CFOP se referem a operações de indenização de produtos junto a clientes que utilizaram na montagem de *show-room*, e também na indenização de compras por terem tais produtos apresentado defeitos, não se destinando à comercialização, de modo que não estão sujeitos à tributação do ICMS/ST. Observa que, mais uma vez, o Fisco sequer consultou o cadastro das pessoas jurídicas constantes deste relatório, que a simples leitura de sua razão social seria suficiente para excluir tais pessoas jurídicas da exigência do ICMS/ST, tendo em vista seu ramo de atividade ser totalmente desvinculado do ramo comercial de produtos cerâmicos.

Infração 08: Alega que o autuante utilizou a MVA de 55% quando o correto seria de 53%, conforme estabelece o Decreto 14.242/2012. Afirma que a falta de critérios e equívoco quanto à legislação aplicável acarretou diversos equívocos na autuação fiscal. As operações realizadas no mencionado período foram realizadas com cálculo do ICMS/ST, de acordo com o estabelecido na legislação, Decreto 14.242/2012, não havendo qualquer diferença a pagar a título de valores do ICMS/ST, por não ter ocorrido retenção a menos.

Infração 09: Informa que reconhece o equívoco cometido e está tomando as medidas para regularizar a situação.

Nas considerações finais, afirma que é insubstancial o presente Auto de Infração, na matéria impugnada, com exceção da parte em que reconheceu os equívocos cometidos pela empresa. Requer a improcedência da autuação e/ou do levantamento fiscal.

À fl. 893 o defensor informou que pretende pagar parte do presente Auto de Infração com os benefícios da Lei 13.449/2015, especificamente em relação às infrações 02 e 09.

A autuante presta informação fiscal às fls. 909 a 916 dos autos, esclarecendo quanto à infração 01, que o autuado demonstrou através do livro Registro de Entradas que houve lançamentos realizados em 2013 referentes às notas fiscais de entradas de 2012 que não foram considerados pela Fiscalização registradas no mencionado livro. Diz que foram retificados os lançamentos e gerado novo relatório, anexo à informação fiscal.

Informa que no exercício de 2013 o autuado não apresentou comprovação de registros no livro Registro de Entradas, referentes às notas fiscais não escrituradas, autuadas pela fiscalização. Diz que o defensor anexou apenas notas fiscais de devolução de emissão do fornecedor, alegando que a falta de escrituração ocorreu porque houve desfazimento do negócio.

Não considera essa justificativa suficiente para anular os lançamentos constantes do Auto de Infração, uma vez que a emissão de uma nota de devolução ocorre para anular uma nota fiscal de entrada, o que contraria a escrituração do autuado, vez que não houve registro no livro de entradas de mercadorias do autuado.

Quanto às infrações 02 e 09, diz que o defensor reconheceu a procedência do débito apurado pela fiscalização.

Infração 03: Diz que realizou exclusões dos lançamentos apontados pelo autuado, referentes a aquisição de ativo permanente dentro e fora do País, com base nas alegações apontadas nas razões de defesa. Informa que nas planilhas consta apenas o CFOP 2556 – Aquisição de material de consumo, documento 02.

Quanto à infração 04, informa que o defensor utilizou o benefício do Crédito Presumido indevidamente, vez que colocou na apuração do cálculo do Crédito Presumido, valores de vendas referentes a produtos não fabricados no estabelecimento industrial nos períodos auditados - 2012/2013, contrariando as determinações contidas nas RESOLUÇÕES 132/1999 e 06/2011. Diz que anexou ao presente PAF a relação dos produtos fabricados nos exercícios de 2012/2013, beneficiados com o crédito presumido (crédito igual a 95% do valor das vendas).

Ressalta que o defensor questiona a falta de enquadramento pela fiscalização de produtos, que afirma serem fabricados no estabelecimento industrial de Camaçari, alegando que enviou à fiscalização os arquivos contendo os códigos dos produtos fabricados por exercício.

Esclarece que a fiscalização utilizou exatamente os mesmos códigos dos produtos que foram fabricados pelo estabelecimento industrial em 2012 e 2013, de acordo com o conteúdo das planilhas enviadas pelo autuado, referentes aos períodos fiscalizados. Diz que imprimiu a relação de produtos enviados pelo autuado, face intimação do autuante para dirimir dúvidas que pudessem existir.

Infração 05: Diz que a defesa não apresentou alegações para combater esta infração. Trata-se da apuração do crédito presumido de forma correta, de acordo com o benefício usufruído pela empresa.

Infração 06: Informa que o autuado apresentou comprovantes de internamento na SUFRAMA nesta fase do processo, referente aos exercícios de 2012 e 2013. A Fiscalização fez as exclusões dos registros referentes aos comprovantes apresentados pelo autuado. DOC 04 –Planilhas retificadas de acordo com os comprovantes da SUFRAMA (fls.1009/1010).

Infração 07: Informa que realizou as exclusões e não restou débito de imposto a cobrar no exercício de 2012. A planilha em anexo refere-se ao exercício de 2013. DOC 05 – 2013 – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA –FALTA DE RETENÇÃO (fls. 1019 e 1020 a 1073).

Infração 08: A autuante reconheceu o equívoco com relação ao percentual de MVA aplicado e fez a correção da planilha considerando a MVA de 53%. Na oportunidade, foi excluída da planilha o percentual de redução de base de cálculo, vez que não existe previsão para redução de base de cálculo nessas operações. Diz que foi um equívoco ocorrido na parametrização dos registros Doc. 06 – PLANILHAS RETIFICADAS.

O defensor foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 1084 a 1093 dos autos. Quanto à infração 01, alega que, de fato, muitas das notas fiscais identificadas foram excluídas, mas não em sua totalidade. Analisando o novo relatório gerado pela autuante na informação fiscal, constatou que muitas notas fiscais antes relacionadas com o lançamento em data posterior, continuam fazendo parte do novo relatório sem terem sido excluídas, com cobrança do ICMS pelas razões apontadas nesta infração.

Para melhor compreensão, aponta à fl. 1085 as notas fiscais que não foram excluídas. Quanto às demais notas fiscais com operação tributada não lançada no livro Registro de Entradas, diz que não tem o controle de seus fornecedores externos, como já frisado quando da impugnação inicial. Informa que a dificuldade de tais controles é perceptível e manifesta, tanto que o próprio Governo do Estado editou o Decreto nº 16.434, de 26/11/2015. Diz que o próprio Fisco criou forma de o contribuinte acompanhar os documentos contra este emitidos, sob pena de estar sendo punido dos atos praticados por terceiros.

Entende ser indevida a pretensão do Fisco em lançar e tentar cobrar multa com base em documentos fiscais emitidos contra o impugnante, tendo em vista a inexistência de ato legal, com vigência a partir de 01/01/2016, não cabendo aplicabilidade para fatos gerados antes do advento da norma ou aplicação da norma jurídica retroativamente.

Infração 03: Alega que em momento algum deixou de recolher o ICMS relativo à diferença de alíquota, nas operações de aquisições de produtos destinados ao uso e consumo. Os valores identificados como não recolhidos foram decorrentes de alguns documentos fiscais que por razões de parametrização interna no sistema do recorrente, não foram recolhidos.

Diz que a autuante não teve o cuidado de verificar na base de dados da SEFAZ se a falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquota decorreu todo ou em parte, considerando que na DMA apresentada mensalmente constam valores recolhidos na rubrica diferença de alíquota. Diz que os valores foram desprezados, extrapolando os valores que deixaram de ser recolhidos. Elabora anexo indicando os equívocos do Auto de Infração.

Infração 04: Informa que anexou aos autos relação dos produtos fabricados nos exercícios de 2012/2013, beneficiados com o crédito presumido. Diz que a autuante demonstra a cada item destacado, a intenção arrecadatória estampada nos argumentos apresentados, bem como a incapacidade técnica de apurar a realidade dos fatos.

Informa que encaminhou seis relações contemplando os exercícios de 2008 a 2013. Diz que a razão do encaminhamento das relações dos mencionados exercícios, é pelo fato de muitos

produtos fabricados em datas passadas, fora do período que se encontrava sob fiscalização, serem comercializados em datas futuras.

Afirma que, tomado somente as relações que contemplam os exercícios sob fiscalização, 2012 e 2013, e o não reconhecimento das relações de 2008 e 2011, onde constam os produtos fabricados nestas datas e comercializados em datas futuras, 2012 e 2013, terá efeito direto na apuração do crédito presumido como bem se identificou.

Ressalta que o autuante, em sua informação fiscal, ateve-se exclusivamente aos produtos fabricados no período de 2012/2013. Diz ser evidente a falta de critérios e conhecimento do autuante, com a tentativa de induzir o impugnante em erro. Afirma que tal atitude não tem condições de prevalecer, por que considera as relações de produtos fabricados nos exercícios de 2008 a 2011, que estão ao abrigo do crédito presumido, direito que não pode ser retirado do impugnante pelo Fisco.

Quanto à infração 05, alega que esta infração tem relação direta com a apuração do crédito presumido, que de acordo com o já demonstrado na infração 04 a exigência fiscal é indevida.

Sobre a infração 06, diz que se identifica mais um fato motivador de que a análise dos documentos apensados à defesa não foram devidamente examinados e confrontados com os devidos relatórios que apontam a não comprovação de internamento de notas fiscais de venda para a Zona Franca de Manaus, como demonstra a cobrança indevida do ICMS da nota fiscal nº 64222, emitida em 30/11/2012, com emissão de Declaração de Ingresso em 12/08/2015, demonstrando a regularidade da internação da mercadoria remetida para a Zona Franca.

Infração 07: Quanto ao exercício de 2013, diz que o Fisco, ao proceder a análise dos documentos e livros fiscais, identificou várias operações internas com produtos sujeitos a retenção do ICMS/ST. Revendo as considerações do Fisco, afirma que, mais uma vez, não houve análise correta ou o adequado aprofundamento da análise dos documentos das mencionadas operações.

Afirma que demonstra com o número dos documentos fiscais, valor da operação e CFOP, acostando as notas fiscais, também com a devida fundamentação, que tais operações não estão alcançadas pela tributação do ICMS/ST.

Em relação às vendas de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros – CFOP 5.102, alega que os produtos não estão sujeitos ao ICMS/ST, por não se encontrarem descritos no art. 54, Anexo I da Lei 7.014/96. Se as normas legais não estabelecem, não cabe ao agente fiscal estabelecer normas próprias, levando a tributação do ICMS/ST de produto não sujeito a essa tributação.

CFOP 5.401 – Venda de produto do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto. Diz que os produtos são destinados para uso e consumo ou ativo imobilizado, como pode ser identificado pelo ramo de atividade dos contribuintes, demonstrando que a mercadoria adquirida não tem relação com seu ramo de atividade ou, que mesmo tendo, não se destinam à revenda, ficando a operação excluída do ramo de incidência do ICMS/ST, por não atender ao que dispõe os artigos 289 a 294 do RICMS-BA/2012. Para maior compreensão, o impugnante anexa as notas fiscais destas operações, conforme relação elaborada à fl. 1091.

CFOP 5.911 – Remessa de mercadoria a título de Amostra Grátis. Alega que essas operações se referem à distribuição de amostra de produtos junto aos clientes. Tais operações não há o que se questionar a tributação do ICMS/ST, tendo em vista que estão amparadas pela isenção do ICMS, conforme estabelece ao art. 264, inciso XXI, do RICMS-BA/2012. Afirma que o lançamento do ICMS/ST, nestes casos, parece demonstrar falta de critério na análise dos documentos fiscais, pois todas as operações que não tiveram o recolhimento do ICMS/ST, e o Fisco incluiu em seu relatório sob a alegação de “falta de retenção do ICMS/ST”.

Infração 08: Diz que no primeiro momento o autuante reconhece o equívoco no percentual de MVA, e procede a correção de sua planilha. Após a correção da planilha em relação à MVA, já

concluído o processo de fiscalização, trouxe aos autos fato novo, ou seja, alegação de que as operações praticadas não tem fundamento legal no aplicativo da redução da base de cálculo do ICMS/ST, constituindo-se novo relatório com novo fato a ser discutido.

Lembra que a defesa se restringe aos elementos constituídos no Auto de Infração, não cabendo trazer à tona fato novo, pois se assim fosse de interesse da autuante rever tal ocorrência, deveria ser realizado novo Procedimento Fiscal. Diz que não há possibilidade de mudar os fatos depois de constituído o crédito tributário alegado.

Afirma que a atitude da autuante tem o objetivo de arrecadar e induzir o impugnante a erro, na busca de êxito em sua demanda fiscalizatória. As operações realizadas com redução de base de cálculo do ICMS tem sua fundamentação no art. 266, item XV do RICMS-BA/2012, que reproduziu. Entende que a questão disciplinada no mencionado dispositivo regulamentar é clara e que se observa que o defendantem praticado todas as operações de acordo com as normas tributárias que regulam a matéria, não cabendo a cobrança do ICMS/ST, porque o relatório elaborado pelo autuante é equivocado. Pede a improcedência do Auto de Infração.

A autuante presta 2ª informação fiscal às fls. 1314 a 1317 dos autos, dizendo que em relação à infração 01, foram excluídas do demonstrativo de débito do exercício de 2012 as notas fiscais remanescentes que foram registradas no exercício de 2013, relacionadas na manifestação, conforme demonstrativo em anexo.

Quanto à infração 03, informa que foram realizadas inclusões no demonstrativo de débito da diferença de alíquotas, os lançamentos realizados mensalmente na rubrica “outros débitos”, realizados pelo autuado nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativo em anexo.

Sobre a infração 04, diz que o autuado utilizou o benefício do Crédito Presumido indevidamente, vez que colocou na apuração do cálculo do Crédito Presumido, valores de vendas referentes a produtos não fabricados no Estabelecimento Industrial nos períodos auditados- 2012/2013, contrariando as determinações contidas nas RESOLUÇÕES 132/1999 e 06/2011. Informa que está anexada ao PAF a relação dos produtos fabricados nos exercícios de 2012/2013, beneficiados com o crédito presumido (crédito igual a 95% do valor das vendas).

Esclarece que a fiscalização utilizou exatamente os mesmos códigos dos produtos que foram fabricados pelo estabelecimento industrial em 2012 e 2013, de acordo com o conteúdo das planilhas enviadas pelo autuado, referentes aos períodos fiscalizados relatório de produção 2008 a 2011).

Diz que o autuado questiona dizendo que os códigos dos produtos que foram excluídos na Auditoria estão relacionados em outros exercícios, que necessariamente não devem ser produzidos no mesmo exercício em que ocorreu a operação de venda. Informa que as Resoluções 132/99 e 06/2011, dizem respeito aos produtos fabricados pelo Estabelecimento da Empresa beneficiária localizada no Estado da Bahia. Se o produto consta na relação de produção do exercício de 2010, não significa dizer que esse produto é objeto de venda em 2012.

Para se identificar se o produto fabricado em outros exercícios são os mesmos que foram comercializados nos períodos auditados é necessário comprovar, porque o autuado recebe produtos de outras Empresas do Grupo industrial, localizadas em outros Estados da Federação, os quais não gozam do Benefício do Crédito Presumido concedido pelo Estado da Bahia.

Referente ao exercício de 2012, diz que o autuado deve fazer uma relação dos produtos contendo os mesmos códigos das planilhas de produção e colocar a quantidade e valor do estoque final do exercício anterior (ESTOQUE INICIAL DO EXERCÍCIO AUDITADO). Logo adiante deve registrar a quantidade produzida no exercício de 2012 como também operações de venda, para comprovar se tais produtos estão ou não acobertados pelas Resolução 06/2011. (NO EXERCÍCIO AUDITADO)

Afirma que, se não houver produção (comprovada pelo razão da produção), entende que o produto deve ser excluído do benefício do crédito presumido. As informações de produção não

podem ser apresentadas simplesmente em uma planilha, mas através do razão da produção e do livro de registro de produção e estoque. Se assim não for comprovado mantemos a autuação e o valor do débito lançado no Auto de Infração.

Infração 05: Lembra que o autuado não apresentou impugnação quanto a este item da autuação fiscal.

Infração 06: Informa que fez a exclusão do registro referente à Nota Fiscal 64.222, de 30/11/2013, conforme demonstrativo anexo.

Infração 08: Informa que foram realizadas as correções do valor da MVA e REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Foram excluídas as notas fiscais cujo destino não era comercialização dos produtos, conforme demonstrativos em anexo.

O defensor apresenta nova manifestação às fls. 1386 a 1391. Quanto à infração 01 afirma que a autuante acolheu os argumentos defensivos quanto ao lançamento de várias notas fiscais emitidas com data posterior, como se extrai da 2ª informação fiscal.

Em relação às demais notas fiscais com operação tributada não lançadas no livro Registro de Entradas, alega que não tem o controle de seus fornecedores externos, conforme já frisado quando da impugnação inicial. Diz que a dificuldade de tais controles é perceptível e manifesta, tanto que o próprio Governo do Estado editou o Decreto nº 16.424, de 26/11/2015, com vigência a partir de 01/01/2016.

Entende ser indevida a pretensão do Fisco em lançar e tentar cobrar multa com base em documentos fiscais emitidos contra o impugnante, tendo em vista a inexistência de lei ou qualquer outro ato legal vigente à época dos fatos, não cabendo aplicar a fatos geradores antes do advento da norma.

Quanto à infração 03, alega que em momento algum deixou de recolher o ICMS relativo à diferença de alíquota, nas aquisições de produtos destinados a uso e consumo. Os valores identificados como não recolhidos, foram decorrentes de alguns documentos fiscais, que por razões de parametrização interna do sistema do impugnante, não foram recolhidos.

Afirma que a autuante, ao demonstrar os valores não recolhidos, mais uma vez gera verdadeiro embaraço na definição de seu relatório, pois os valores questionados em sua auditoria são desencontrados, levando o impugnante a uma verdadeira peregrinação na busca do entendimento destes valores, ficando evidenciado que este item carece de correção, porque o defensor entende ser indevida a diferença apurada.

Infração 04: Apresenta o entendimento de que a autuante demonstra a intenção arrecadatória estampada nos argumentos apresentados, que são meras presunções, não tendo qualquer sustentação na realidade desenvolvida no período fiscalizado.

Diz que a autuante incide em erros de critérios e de incompreensão dos processos fabris do impugnante. Por isso, pede que seja demonstrado em planilha adequada, o saldo final do exercício anterior dos itens comercializados nos exercícios sob fiscalização, bem como a comprovação, também através de Razão da produção e do livro Registro de Produção e Estoque.

Informa que é contribuinte do ICMS, estando obrigado a emissão de Nota Fiscal Eletrônica, bem como escrituração dos documentos e livros fiscais exigidos pelo SPED FISCAL. As informações constantes no livro Registro de Controle de Produção e Estoque, em termos de quantidade física e saldo existente, são as mesmas que constam do livro Registro de Inventário, informação encaminhada mensalmente através do SPED FISCAL à Fazenda Estadual.

Assegura que a autuante já tem estas informações em sua base de dados, mas anexa documentos para facilitar e dar melhor compreensão a respeito da questão em foco. Entende que a autuante, em sua informação fiscal, ateve-se exclusivamente aos produtos fabricados no período de

2012/2013. Por isso, diz que apresenta novas provas onde se demonstra os equívocos na análise efetuada pelo autuante.

Sobre a alegação de que o autuado recebe produtos de outras Empresas do mesmo Grupo Industrial, localizadas em outros Estados, afirma que, de fato, ocorre. Alega que o ICMS devido em tais operações é recolhido separadamente, não sendo computado na apuração do crédito presumido, situação está já informada e comprovada anteriormente.

Quanto à infração 05, diz que este item tem relação direta com a apuração do crédito presumido, sendo indevida a exigência fiscal.

Sobre a infração 06, diz que a autuante, ao rever as alegações defensivas, traz na informação fiscal que a fiscalização fez a exclusão da Nota Fiscal nº 64.222, de 30/11/2012. Diante da regularização ocorrida, informa que nada tem a questionar.

Infração 08: Alega que tem praticado todas as operações de acordo com as normas tributárias que regulam a matéria, não cabendo a cobrança do ICMS/ST, eis que o relatório elaborado pelo autuante é equivocado, como já demonstrado na impugnação inicial.

Reafirma que é insubstancial o Auto de Infração, na matéria expressamente impugnada, com exceção da parte em que reconhece os equívocos cometidos pela empresa. Pede a improcedência do Auto de Infração e concessão de prazo para juntada de documentos pertinentes ao alegado.

A autuante presta 3^a informação fiscal às fls. 1684 a 1687, dizendo que o objeto da manifestação é a infração 04, que foi analisada na 2^a informação fiscal, quando foi solicitado ao defensor a informação sobre o registro dos produtos que foram excluídos pela fiscalização na apuração do ICMS incentivado através do Programa de Incentivo ao Crédito Presumido.

Informa que se encontra no PAF a relação dos produtos fabricados nos exercícios de 2012/2013, beneficiados com o crédito presumido de 95% do valor das entradas. Reproduz o teor da segunda informação fiscal e diz que o defensor não atendeu às solicitações da fiscalização, no que diz respeito a fundamentação para modificar os valores registrados na planilha de exclusão dos itens da base de cálculo do ICMS Crédito Presumido. Apenas anexou cópias de documentos fiscais, conforme relatado na informação fiscal.

Ressalta que para identificar se o produto fabricado em outros exercícios são os mesmos que foram comercializados nos períodos auditados, é necessário comprovar, porque o autuado recebe produtos de outras empresas do Grupo Industrial, localizadas em outros Estados, os quais não gozam do benefício do Crédito Presumido.

Apresenta explicações quanto ao exercício de 2012 e afirma que, se não houver produção (comprovada pelo razão da produção), entende que o produto deve ser excluído do benefício do crédito presumido.

Em relação às demais infrações, informa que permanecem os esclarecimentos prestados na 2^a informação fiscal.

VOTO

Inicialmente, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração se refere a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$174.697,17.

O autuado alegou que não tem controle de seus fornecedores externos no tocante à emissão de notas fiscais, afirmando que antes da saída da mercadoria do estabelecimento pode a nota fiscal ser cancelada sem conhecimento do destinatário. Também alegou que lançou documentos fora do mês de sua emissão, relacionando às fls. 486/487, notas fiscais e suas respectivas datas de emissão e de entrada, devidamente.

Na informação fiscal, a autuante disse que o impugnante demonstrou através do livro Registro de Entradas que houve lançamentos realizados em 2013 referentes às notas fiscais de entradas de 2012, que não foram consideradas pela Fiscalização, registradas no mencionado livro. Informou que foram retificados os lançamentos e gerado novo relatório anexo à informação fiscal.

O defensor não acatou integralmente as conclusões da autuante, afirmando que no novo relatório gerado na informação fiscal, constatou que muitas notas fiscais antes relacionadas com o lançamento em data posterior, continuam fazendo parte do novo relatório sem terem sido excluídas, com cobrança do ICMS pelas razões alegadas nesta infração, apontando à fl. 1085 as notas fiscais que não foram excluídas. Quanto às demais notas fiscais com operação tributada não lançadas no livro Registro de Entradas, diz que não tem o controle de seus fornecedores externos, como já frisado quando da impugnação inicial.

Na 2^a informação fiscal às fls. 1314 a 1317 dos autos, a autuante disse que foram excluídas do demonstrativo de débito do exercício de 2012 as notas fiscais remanescentes que foram registradas no exercício de 2013, relacionadas na manifestação do Contribuinte, conforme demonstrativo que anexou.

Observo que a legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

Não acato a alegação do autuado de que não tem controle de seus fornecedores externos no tocante à emissão de notas fiscais, e que antes da saída da mercadoria do estabelecimento pode a nota fiscal ser cancelada sem conhecimento do destinatário. Constatou que o levantamento fiscal foi efetuado com base em Nota Fiscal Eletrônica, encontrando-se identificada a chave de acesso para necessária consulta. Neste caso, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado.

Quanto à falta de escrituração de notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas a tributação, saliento que a partir da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, através da Lei 13.461, de 10/12/2015, publicada no DOE de 11/12/2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%.

Neste caso, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, e com base na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, entendo que deve ser utilizado o percentual da multa 1%, aplicando-se a retroatividade benigna prevista no mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Mantida parcialmente a exigência fiscal, no valor de R\$7.525,43, conforme quadro abaixo, considerando a revisão efetuada pelo autuante para excluir as notas fiscais comprovadas e a aplicação da retroatividade benigna da redução do percentual da multa.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2012	09/02/2012	14.178,19	1%	141,78
28/02/2012	08/03/2012	3.485,37	1%	34,85
31/03/2012	09/04/2012	19.736,40	1%	197,36
30/04/2012	09/05/2012	35.000,43	1%	350,00
31/05/2012	09/06/2012	10.141,36	1%	101,41
30/06/2012	09/07/2012	15.426,59	1%	154,27
30/07/2012	08/08/2012	5.058,54	1%	50,59
31/08/2012	09/09/2012	5.650,15	1%	56,50
30/09/2012	09/10/2012	6.878,66	1%	68,79
31/10/2012	09/11/2012	37.250,38	1%	372,50
30/11/2012	09/12/2012	129.874,41	1%	1.298,74
31/12/2012	09/01/2013	25.447,95	1%	254,48
31/01/2013	09/02/2013	3.950,29	1%	39,50
28/02/2013	09/03/2013	6.151,16	1%	61,51
31/03/2013	09/04/2013	40.946,05	1%	409,46
30/04/2013	09/05/2013	13.150,77	1%	131,51
31/05/2013	09/06/2013	11.590,53	1%	115,91
30/06/2013	09/07/2013	9.998,22	1%	99,98
30/07/2013	08/08/2013	69.772,07	1%	697,72
31/08/2013	09/09/2013	30.470,53	1%	304,71
30/09/2013	09/10/2013	204.435,75	1%	2.044,36
31/10/2013	09/11/2013	11.054,23	1%	110,54
30/11/2013	09/12/2013	5.128,55	1%	51,29
31/12/2013	09/01/2014	37.766,59	1%	377,67
T O T A L				7.525,43

Quanto às infrações 02 e 09, o defendant informou que reconhece o equívoco cometido e que está adotando providências para regularizar a situação. Dessa forma, considerando que não há lide a ser decidida, considero procedentes os itens não impugnados.

Infração 03 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 a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2012; janeiro a novembro de 2013.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O defendant alegou que houve omissão de informações indispensáveis para a perfeita análise e compreensão dos dados apontados no relatório, tal como se utilizou para fins de cálculo da diferença de alíquotas, os percentuais de 5% e 10%, ficando evidenciado o descumprimento das normas reguladoras de tais exigências. Também alegou que a fiscalização deixou de informar o código de NCM.

Na informação fiscal, a autuante realizou exclusões dos lançamentos apontados pelo autuado, referentes a aquisição de ativo permanente dentro e fora do País, com base nas alegações constantes nas razões de defesa. Informou que nas planilhas consta apenas o CFOP 2556 – Aquisição de material de consumo.

Quanto ao argumento defensivo de que a fiscalização não teve o cuidado de verificar na base de dados da SEFAZ se a falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquota decorreu todo ou em parte; de acordo com as informações da autuante, foram realizadas inclusões no demonstrativo de débito da diferença de alíquotas, os lançamentos realizados mensalmente na rubrica “outros débitos”, realizados pelo autuado nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativos às fls. 1331 a 1373.

Acato as exclusões efetuadas pela autuante, relativamente às comprovações efetuadas pelo defendant, apurando novos valores do imposto devido, totalizando R\$37.081,94, conforme resumos do débito às fls. 1331 e 1349. Mantida parcialmente a exigência fiscal.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, referente a produtos não fabricados no estabelecimento autuado, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2012; julho a outubro de 2013.

O defendant alegou que não foi efetuada análise criteriosa, nem verificação *in loco* se tais produtos são ou não fabricados por seu estabelecimento, e tal procedimento levou ao equívoco perpetrado inserido no Auto de Infração. Disse que todos os itens excluídos são produtos industrializados devendo ser adicionados para fins de cálculo do crédito presumido de ICMS.

A autuante informou que o defendant utilizou o benefício do Crédito Presumido indevidamente, vez que colocou na apuração do cálculo do mencionado crédito, valores de vendas referentes a produtos não fabricados no estabelecimento industrial nos períodos auditados - 2012/2013, contrariando as determinações contidas nas RESOLUÇÕES 132/1999 e 06/2011. Anexou ao presente PAF a relação dos produtos fabricados nos exercícios de 2012/2013, beneficiados com o crédito presumido (crédito igual a 95% do valor das vendas).

Esclareceu que a fiscalização utilizou exatamente os mesmos códigos dos produtos que foram fabricados pelo estabelecimento industrial em 2012 e 2013, de acordo com o conteúdo das planilhas enviadas pelo autuado, referentes aos períodos fiscalizados.

Na manifestação apresentada, o autuado informou que encaminhou seis relações contemplando os exercícios de 2008 a 2013. Disse que a razão do encaminhamento das relações dos mencionados exercícios, é pelo fato de muitos produtos fabricados em datas passadas, fora do período que se encontrava sob fiscalização, serem comercializados em datas futuras.

Afirmou que, tomando somente as relações que contemplam os exercícios sob fiscalização, 2012 e 2013, e o não reconhecimento das relações de 2008 e 2011, onde constam os produtos fabricados nestas datas e comercializadas em datas futuras, 2012 e 2013, terá efeito direto na apuração do crédito presumido como bem se identificou.

Acato as conclusões da autuante, de que, para se identificar se o produto fabricado em outros exercícios são os mesmos que foram comercializados nos períodos auditados seria necessário que o defendant apresentasse comprovação, porque o autuado recebe produtos de outras Empresas do Grupo industrial, localizadas em outros Estados da Federação, os quais não gozam do Benefício do Crédito Presumido concedido pelo Estado da Bahia.

Entendo que, por se tratar de exercícios passados, uma comprovação possível de ser realizada seria o Registro de Inventário, em que ficasse caracterizado que a produção de determinadas mercadorias permaneceram no estoque até o exercício fiscalizado, fato que não ficou comprovado pelo defendant.

Mantida a exigência fiscal, considerando que se trata de benefício fiscal de do Crédito Presumido na condição de que, na apuração do cálculo do mencionado crédito, devem ser utilizados valores

de vendas referentes a produtos fabricados no estabelecimento industrial nos exercícios fiscalizados - 2012/2013.

Infração 05: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, fevereiro e dezembro de 2012; janeiro, outubro, novembro de 2013.

O autuado alegou que os valores relacionados nesta infração são desprovidos de sustentação, devendo ser considerados insubstinentes, afirmando que não deixou de recolher qualquer um dos valores apontados. Também alegou que esta infração tem relação direta com a apuração do crédito presumido, que de acordo com o já demonstrado na infração 04 e que a exigência fiscal é indevida.

Na informação fiscal, a autuante disse que a defesa não apresentou alegações para combater esta infração; que se trata de apuração do crédito presumido de forma correta, de acordo com o benefício usufruído pela empresa.

Considerando que não foi constatado equívoco no levantamento fiscal e que o defendantee não apresentou documentos capazes de elidir a exigência do imposto, concluo pela subsistência deste item da apresenta autuação fiscal.

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, de 2012 a janeiro de 2014.

O defendantee alegou que se trata de mais um equívoco do Fisco, afirmado que as operações que realizou estão devidamente amparadas pela isenção de ICMS, conforme estabelece o art. 29 do RICMS-BA/97, visto que tais operações são legítimas e foram internadas na SUFRAMA.

A autuante informou que o defendantee apresentou comprovantes de internamento na SUFRAMA nesta fase do processo, referente aos exercícios de 2012 e 2013. Disse que fez as exclusões dos registros referentes aos comprovantes apresentados pelo autuado. DOC 04 – Planilhas retificadas de acordo com os comprovantes da SUFRAMA (fls. 1009/1010).

Na manifestação apresentada, o impugnante disse que se identifica mais um fato motivador de que os documentos apensados à defesa não foram devidamente examinados e confrontados com os devidos relatórios que apontam a não comprovação de internamento de notas fiscais de venda para a Zona Franca de Manaus, como demonstra a cobrança indevida do ICMS da nota fiscal nº 64222, emitida em 30/11/2012, com emissão de Declaração de Ingresso em 12/08/2015, demonstrando a regularidade da internação da mercadoria remetida para a Zona Franca.

Considerando a informação da autuante de que fez a exclusão do registro referente à Nota Fiscal 64.222, de 30/11/2013, o autuado afirmou que, diante da regularização ocorrida, nada tem a questionar.

Dessa forma, após a revisão efetuada pela autuante, não há divergências entre o defendantee e as conclusões da fiscalização, devendo prevalecer o demonstrativo às fls. 1375/1376, onde foi apurado que o débito original fica reduzido para R\$12.046,94. Infração subsistente em parte.

Infração 07: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

Quanto ao exercício de 2012, o autuado alegou que se observa, mais uma vez, que não houve análise correta ou o adequado aprofundamento na análise dos documentos das mencionadas operações. Acostou aos autos relatório com CFOP, justificativas e fundamentação, para comprovar que tais operações não estão alcançadas pela tributação do ICMS/ST.

Na informação fiscal, a autuante realizou as exclusões e disse que não restou débito de imposto a cobrar no exercício de 2012. Refez a planilha referente ao exercício de 2013. DOC 05 – 2013 – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO.

Em relação ao exercício de 2013, o autuado alegou que o Fisco, ao proceder a análise dos documentos e livros fiscais, identificou várias operações internas com produtos sujeitos a retenção do ICMS/ST. Revendo as considerações do Fisco, afirma que, mais uma vez, não houve análise correta ou o adequado aprofundamento da análise dos documentos das mencionadas operações.

Como se trata de revestimento cerâmico, as operações objeto da autuação se encontram sujeitas ao regime da substituição tributária, estando correta a exigência do imposto relativo à falta de retenção. Acato as conclusões da autuante pela subsistência parcial deste item da autuação fiscal, conforme o novo demonstrativo da autuante às fls. 1370/1380, no valor total de R\$723,05 (fl. 1378)

Infração 08: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

O defendente alegou que o autuante utilizou a MVA de 55% quando o correto seria de 53%, conforme estabelece o Decreto 14.242/2012. Afirmou que as operações foram realizadas com cálculo do ICMS/ST, de acordo com o estabelecido na legislação, Decreto 14.242/2012, não havendo qualquer diferença a pagar a título de valores do ICMS/ST, por não ter ocorrido a retenção a menos.

A autuante reconheceu que houve equívoco com relação ao percentual de MVA aplicado e fez a correção da planilha considerando a MVA de 53%. Disse que foi excluída da planilha o percentual de redução de base de cálculo, vez que não existe previsão para redução de base de cálculo nessas operações, e que o equívoco ocorreu na parametrização dos registros Doc 06 – PLANILHAS RETIFICADAS, fl. 1019, apurando o valor total de R\$430.019,25.

Na manifestação apresentada, o autuado alegou que no primeiro momento o autuante reconhece o equívoco no percentual de MVA, e procedeu a correção de sua planilha. Após a correção da planilha em relação à MVA, já concluído o processo de fiscalização, trouxe aos autos fato novo, ou seja, alegação de que as operações praticadas não tem fundamento legal no aplicativo da redução da base de cálculo do ICMS/ST, constituindo-se novo relatório com novo fato a ser discutido.

Lembra que a defesa se restringe aos elementos constituidos no Auto de Infração, não cabendo trazer à tona fato novo, pois se assim fosse de interesse do Fiscal de rever tal ocorrência, deveria ser constituído novo Procedimento Fiscal. Diz que não há possibilidade de mudar os fatos depois de constituído o crédito tributário alegado.

Quanto à redução de base de cálculo, sendo constatado que tal redução foi efetuada de forma indevida, resulta retenção e recolhimento do imposto a menos, que é o ponto básico da autuação fiscal. Neste caso, o refazimento da apuração do imposto devido deve levar em consideração a base de cálculo correta.

Verifico que a autuante fez correções no levantamento fiscal quanto ao percentual de MVA, redução da base de cálculo, e também foram excluídas as notas fiscais cujo objeto não era a comercialização das mercadorias, apurando à fl. 1019, o débito no valor total de R\$430.019,25, o que agrava o lançamento.

Considerando que houve **agravamento** em virtude do aumento do valor do débito apurado, e que no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, deve ser mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente, totalizando R\$62.977,05. Neste caso, a infração é subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	-	7.525,43
02	PROCEDENTE	-	33.345,29
03	PROCEDENTE EM PARTE	37.081,94	-
04	PROCEDENTE	84.662,62	-
05	PROCEDENTE	29.658,69	-
06	PROCEDENTE EM PARTE	12.046,94	-
07	PROCEDENTE EM PARTE	723,05	-
08	PROCEDENTE	62.977,05	-
09	PROCEDENTE	14.990,30	-
TOTAL	-	242.140,59	40.870,72

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298959.0028/15-4, lavrado contra **CERAMUS BAHIA S/A PRODUTOS CERÂMICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$242.140,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” “e” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$40.870,72**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da mencionada Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA