

PROCESSO - A. I. N° 298959.0028/15-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CERAMUS BAHIA S/A. - PRODUTOS CERÂMICOS
RECORRIDOS - CERAMUS BAHIA S/A. - PRODUTOS CERÂMICOS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0186-03/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/04/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0034-11/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. PRIMEIRA INSTÂNCIA. APRECIÇÃO EQUIVOCADA DE DEMONSTRATIVOS DETERMINANTES PARA APURAÇÃO DO DÉBITO. INCERTEZA DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NOVA DECISÃO. Decisão proferida que resultou em Recursos de Ofício e Voluntário com equívocos no acolhimento de demonstrativos refeitos pela fiscalização relativos às infrações 7 e 8. Vício sanável. Nulidade da Decisão recorrida. Retorno do processo a primeira instância para promover novo julgamento. Recursos **PREJUDICADOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal em razão de ter desonerado parte do débito relativo às infrações 1, 3, 6 e 7, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, com vistas ao reexame da Decisão proferida e de Recurso Voluntário interposto, nos termos do art. 169, I, “b”, tudo do RPAF/BA, com vistas à reforma da decisão em relação às infrações 3, 4, 5 e 8.

O Auto de Infração lavrado em 28/09/15 acusa o cometimento de nove infrações totalizando valor de R\$1.065.434,29 sendo que as infrações 7 e 8 acusam:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor das mercadorias (janeiro/2012 a dezembro/2013) - R\$174.697,17.
3. 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 (2012 e 2013) - R\$134.888,88. Multa de 60%.
4. 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%.
5. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (2012 e 2013) - R\$29.658,69. Multa de 60%.
6. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (janeiro/2012 a janeiro/2014) - R\$415.343,20. Multa de 60%.
7. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (janeiro/2012 a dezembro/2013) - R\$114.871,09. Multa de 60%.
8. Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2013) - R\$62.977,05. Multa de 60%.

Na Decisão proferida (fls. 1735/1750) a 3ª JJF inicialmente afastou a nulidade suscitada e no mérito com relação às infrações 7 e 8 apreciou que:

Infração 07: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por

substituição, relativo às operações internas subseqüentes, 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 subseqüentes, 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 constituídos 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.

A 3ª JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 I, “a”, do RPAF/BA.

A empresa apresentou Recurso Voluntário (fls. 1762/1772) relativamente às infrações 3, 4, 5 e 8. Informa que reconhece o cometimento das infrações 1, 2 e 9 e providenciará o seu pagamento.

Quanto à infração 3 (diferença de alíquotas) diz que os valores não recolhidos decorrem de erros de parametrização no seu sistema, conforme julgado corresponde ao CFOP 2556 – R\$37.081,94.

E que a fiscalização anteriormente demonstrou os valores a serem recolhidos com os CFOP 2556 e 2407, o que implicaria na exclusão do CFOP 2407, entretanto foram incluídos valores desconhecidos pela recorrente, que requer sejam revistos e reformados (Anexos 02 e 03), o que resultaria em valor a recolher em 2012 de R\$4.406,66 e 2013 de R\$17.521,06 (CFOP 2556).

Relativamente à infração 4 (utilização de crédito presumido a maior – Res. nº 132/99 e 06/2011).

Argumenta que a Decisão manteve alegações infundadas do autuante acerca da produção nos exercícios de 2008 a 2011, considerando os produtos fabricados no período fiscalizado (2012/2013).

Transcreve parte do voto apreciando que não foi comprovada a manutenção no estoque até o exercício fiscalizado, o que deve ser revisto e reformado, em vista da juntada dos livros de Registro de Controle de Produção e Estoque (por bitola e NCM do produto); Registro de Inventário (31/12/2011 indicando saldos faturados em 2012 e 2013); Relatório de Extrato dos Itens (faturamento de 2012 e 2013) e NFs faturadas em 2012 e 2013 de itens produzidos em data anterior.

Afirma que a fiscalização sustenta a acusação com base em presunção tendo em vista que diante das provas apresentadas (livros, NF, ...) contestou que ateve-se aos produtos fabricados no período de 2012/2013, o que foi acatado equivocadamente no Acórdão recorrido.

Ressalta que recebe produtos de outras empresas do Grupo industrial localizados em outros Estados, apurando em separado o CREDITO PRESUMIDO, o que foi desconsiderado em relação aos produtos fabricados nos exercícios de 2008 a 2011.

Nas fls. 1766 a 1768 apresentou demonstrativo de apuração do crédito presumido relativo a quatro períodos de competência (2012 e 2013) e valores recolhidos de ICMS pertinentes às operações com mercadorias adquiridas de terceiros e comprovantes de pagamentos (Anexo 04 e 05).

Conclui que as demonstrações das competências (06/2012; 11/2012; 01/2013 e 09/2013) evidenciam que não aplicou o benefício do crédito presumido (Res. 06/2011) aos produtos adquiridos de terceiros, inexistindo a acusação de pagamento a menor do ICMS.

No que se refere à infração 5 (falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar) afirma que tem relação direta com a infração 4 e carece de reforma pelas razões acima expostas.

Ressalta que acata o julgamento relativo às infrações 6 e 7 e promoveu o seu pagamento.

Quanto à infração 8 (retenção e recolhimento a menos do ICMS-ST) ressalta que a fiscalização reconheceu na informação fiscal que aplicou indevidamente a MVA de 55% (exercício de 2013), sem considerar a MVA de 53% instituída pelo Dec. 14.242/2012 com vigência a partir de 01/01/2013.

Transcreve parte da Decisão recorrida (fls. 1770) que apreciou o reconhecimento de erro do percentual de MVA aplicado, porém *“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”* o que agravou a infração (fl. 1019) apurando o valor total de R\$ 430.019,25 ao invés de R\$62.977,05.

Contesta o resultado da informação fiscal e do julgamento argumentando que:

- A) Pois basta visualizar o campo “J”, com a rubrica “MVA Pauta”, constando o percentual do MVA em 55%, ficando estampado o não procedimento da devida correção, fazendo com que o ICMS de fato é devido por conta de erro no MVA;
- B) É procedente a redução de base de cálculo dos produtos com NCM 6907 e 6908, produzidos pela autuada, tendo por fundamento o Artigo 266, item XV, do Decreto 13.780/2012, aplicável nas operações internas no Estado da Bahia.

Esclarece que o Dec. 14.242/2012 alterou o MVA para 53% a partir de 01/01/2013 e o seu sistema foi modificado a partir de 11/01/2013, procedendo diferenças de ICMS a ser recolhido a título de substituição tributária no período de 01/01/2013 a 10/01/2013.

Apresentou à fl. 1771 demonstrativo de como apurou o ICMS/ST das notas fiscais de nº 67.007, 67.008 e 67.010 emitidas em 11/01/2013, abaixo sintetizado.

Cálculo do ICMS- ST MVA 53% e Redução BC 11,11%	NF 67.007	NF 67.007	NF 67.010
MVA 53% - Redução B.C. 11,11%	11/01/2013	11/01/2013	11/01/2013
a) Valor da operação	R\$ 1.832,47	R\$ 10.255,90	R\$ 1.690,44
b) Valor da Operação com MVA 53%	R\$ 2.803,67	R\$ 15.691,52	R\$ 2.586,37
c) Redução Base de Cálculo 11,11% (-)	R\$ 311,48	R\$ 1.743,32	R\$ 287,34
d) B. Cálculo ICMS / ST	R\$ 2.492,19	R\$ 13.948,20	R\$ 2.299,03
e) ICMS/ST 17%	R\$ 423,67	R\$ 2.371,19	R\$ 390,83
f) ICMS operação própria 17%	R\$ 311,52	R\$ 1.743,50	R\$ 287,37
g) ICMS/ST Devido (e – f)	R\$ 112,15	R\$ 627,69	R\$ 103,46

Afirma que praticou todas as operações de acordo com as normas tributárias que regulam a matéria, não cabendo à cobrança do ICMS/ST, exceto no período de 01/01/2013 a 10/01/2013, motivo pelo que requer a reforma da Decisão relativo à infração 8.

Diante das razões expostas requer acolhimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A apreciação do Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF refere-se à desoneração de parte dos valores exigidos nas infrações 1, 3, 6 e 7.

Entretanto, considerando o equívoco na apreciação das infrações 7 e 8, serão apreciadas apenas estas infrações que acusam falta de retenção do ICMS-ST relativo às vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, cujo valor original da infração 7 era de **R\$114.871,09** e foi reduzido para **R\$723,05** e a infração 8 que era de R\$62.977,05 foi julgada Procedente.

Para facilitar a análise, faço uma síntese cronológica dos fatos:

- A) Na infração 7 o demonstrativo sintético indica valor exigido de R\$86.007,20 em 2012 (fl. 366) e R\$28.863,89 em 2013 (fl. 378) totalizando R\$114.871,09 (analíticos – fls. 367/377 e 379/382);
- B) Na defesa apresentada (fls. 485/496) a empresa indicou CFOP de operações que entendeu não integrar a apuração do ICMS-ST;
- C) Com relação à infração 8 alegou erro na aplicação da MVA (2013) de 55% ao invés de 53%;
- D) Na 1ª informação fiscal (fls. 909 a 916) as autuantes fizeram exclusões na **infração 7**, não restando débito em 2012, e em 2013 (DOC 05 – 2013 - fls. 1012 a 1017) remanesce **R\$19.098,45**.
- E) Retificou o demonstrativo da infração 08, indicando valor de R\$430.019,25 (fl. 1019);
- F) O contribuinte contestou os demonstrativos das infrações 7 e 8 (fls. 1084 a 1093);
- G) Na 2ª informação fiscal (fls. 1314/1317) a autuante não se reportou à infração 7. Realizou correções do MVA e RED. BC na **infração 8**, remanescendo valor de **R\$723,05** (fl. 1377/ 1378);
- H) Na manifestação às fls. 1386 a 1391 contestou apenas a infração 8;
- I) Na 3ª informação fiscal (fls. 1684 a 1687) a autuante procedeu uma análise cronológica das informações fiscais anteriores e, sem reportar se às infrações 7 e 8.

Na Decisão proferida pela 3ª JJF (Acórdão JJF Nº 0186-03/16), com relação à infração 7 (fl. 1748/1749) foi elencado as alegações defensivas e apreciado que com relação ao exercício de 2012, a autuante realizou as exclusões e disse que não restou débito de imposto a cobrar e “*Refez a planilha referente ao exercício de 2013. DOC 05 – 2013 – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO*” concluindo que:

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).

Com relação à infração 8, teceu comentários sobre a utilização do MVA de 55% e de 53%, afirmando que foi reconhecido pela autuante, indicando com resultado dos ajustes o “Doc 06 – PLANILHAS RETIFICADAS, fl. 1019, apurando o valor total de R\$430.019,25”, concluindo que:

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.*

Pelo exposto, constato que houve um equívoco na Decisão contida no Acórdão JF Nº 0186-03/16, ao acolher o demonstrativo de débito refeito pelas autuantes da infração 8, acostado à fl. 1378 como se fosse o demonstrativo de débito da infração 7, que tudo indica ser o juntado pelas autuantes às fls. 1012 a 1017.

Assim sendo, voto pela NULIDADE da Decisão, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento e apreciação das razões de mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADOS** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **298959.0028/15-4**, lavrado contra **CERAMUS BAHIA S/A PRODUTOS CERÂMICOS**, devendo o processo retornar a 1ª Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS