

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
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0226-03/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/12/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0276-11/19

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Desoneração em função da exclusão dos documentos fiscais registrados e da adequação da multa para 1%, em razão da alteração da legislação, nos termos previstos no art. 106, II, “c”, do CTN. Mantida a Decisão recorrida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE CONSUMO. Desoneração em razão da habilitação para deferimento do lançamento e pagamento do ICMS DIFAL, relativas aquisições do ativo imobilizado. Exclusões dos valores remanescentes relativos CFOP 2407. Modificada Decisão recorrida. 3. CRÉDITO PRESUMIDO. VALOR SUPERIOR. Acusação sem lastro probatório. Item NULO. Modificada a Decisão recorrida. 4. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Exigência decorrente da infração anterior, o que enseja insegurança da acusação. Modificada a Decisão recorrida. 5. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Desoneração em função da comprovação parcial da internação na SUFRAMA. Mantida Decisão recorrida. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Desoneração parcial em razão da comprovação de defesa que específicas CFOP não estavam alcançadas pela tributação do ICMS/ST. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida; **b)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. Desoneração parcial em razão da adequação da MVA e da exclusão de notas fiscais cujo destino não era comercialização dos produtos. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0226-03/18, ter desonerado o sujeito passivo parcialmente dos débitos lhe imputados em relação às infrações 1, 3, 6, 7 e 8, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, em relação às infrações 3, 4, 5 e 7, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b” do dito regulamento.

O Auto de Infração exige o débito no valor de R\$1.065.434,29, em relação a nove infrações, a saber:

Infração 1 – Multa de R\$174.697,17, correspondente a 10% do valor das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro/2012 a dezembro/2013.

Infração 3 – Falta de recolhimento do ICMS de R\$134.888,88, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2012 e 2013.

Infração 4 – Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, no valor de R\$84.662,62, referente a produtos não fabricados no estabelecimento autuado, nos exercícios de 2012 e 2013.

Infração 5 – Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, no valor de R\$29.658,69, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, fevereiro e dezembro de 2012; janeiro, outubro, novembro de 2013.

Infração 6 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$415.343,20, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2012 a janeiro de 2014.

Infração 7 – Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$114.871,09, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos exercícios de 2012 e 2013.

Infração 8 – Retenção e recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$62.977,05, 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.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$239.132,71, pelas seguintes razões:

VOTO

[...]

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração se refere à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à 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.

[...]

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

[...]

Quanto às infrações 02 e 09, o defendente 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, voto pela procedência dos 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.

[...]

Na informação fiscal, a autuante realizou exclusões dos lançamentos apontados pelo autuado, referentes à 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, referentes aos lançamentos mensais constantes 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 defendente, 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.

[...]

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 deficiente 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 parte da produção de determinadas mercadorias permaneceu no estoque até o exercício fiscalizado, fato que não ficou comprovado pelo deficiente.

Mantida a exigência fiscal, considerando que se trata de benefício fiscal de 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, afirmado 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 elementos suficientes 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 deficiente não apresentou documentos capazes de elidir a exigência do imposto, conlui pela subsistência deste item da presente 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 deficiente alegou que se trata de mais um equívoco do Fisco, afirmando 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 deficiente apresentou comprovantes de internamento na SUFRAMA nesta fase do processo, correspondentes aos exercícios de 2012 e 2013. Disse que fez as exclusões dos registros referentes aos documentos 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 deficiente 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 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 (fls. 1013 A 1017), apurando o débito no valor total de R\$19.098,45.

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, afirmou 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. 1013 a 1017, apurando o débito no valor total de R\$19.098,45.

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 à 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 novo relatório com novo fato a ser discutido.

Lembrou que a defesa se restringe aos elementos constituídos no Auto de Infração, não cabendo trazer à tona fato novo, pois se fosse de interesse do Fiscal rever tal ocorrência, deveria ser constituído novo Procedimento Fiscal. Disse 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 do cálculo do imposto apurado deve levar em consideração a base de cálculo correta.

Na segunda informação fiscal, a autuante disse que foram realizadas novas correções quanto ao valor da MVA e Redução de Base de Cálculo e excluídas as notas fiscais cujo destino não era a comercialização de produtos. Elaborou novo demonstrativo (fls. 1378 a 1380) apurando o débito no valor total de R\$723,05.

Acato o novo demonstrativo elaborado pela autuante, e concluo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$723,05, conforme fl. 1378. (...)

Do exposto, a JJF concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$239.132,71, com homologação dos valores recolhidos e recorrendo de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 1.878 a 1.885 dos autos, no qual, em relação à infração 3, aduz que a JJF reduziu o débito para R\$37.081,94, correspondente apenas ao CFOP 2556 (aquisição de material de consumo).

Ressalta que o valor do débito original se referia tanto ao CFOP 2556 como ao CFOP 2407. Porém, tendo a autoridade administrativa reconhecido que a parcela do débito relativo ao CFOP 2407 é indevida, resta evidente que, para apurar o valor do imposto devido bastaria excluir essa parcela do montante integral do ICMS inicialmente arbitrado, o que resultaria em R\$21.927,72.

Quanto à exação 4, diz que, conforme já defendido em diversas oportunidades, jamais se utilizou de crédito presumido de modo diferente do estabelecido pelas Resoluções nº 132/99 e 03/2011 que disciplinam a matéria. Afirma que as autuantes desconsideraram os produtos fabricados no seu estabelecimento antes do período fiscalizado, discriminados pela relação de produtos fabricados no período de 2008 a 2013, o que foi acolhido pela JJF ao entender que deveria se comprovar tal alegação com o Registro de Inventário.

Aduz que o mencionado livro foi juntado aos autos, inclusive com a relação de produtos fabricados nos exercícios de 2008 a 2011, período anterior ao fiscalizado (2012/2013), de modo que se desincumbiu do ônus de comprovar as suas alegações.

Salienta que está obrigado a emitir nota fiscal eletrônica e a escriturar documentos e livros fiscais exigidos pelo SPED fiscal. Em razão disso, as informações contidas no livro de Registro Controle de Produção e Estoque, em termos de quantidade física e saldos existentes, são as mesmas que constam do livro Registro de Inventário, informações enviadas mensalmente através do SPED Fiscal à Fazenda Estadual, de maneira que as autuantes possuem todas as informações que afirmam que não teria o recorrente disponibilizado.

Diz que tal atitude não tem condições de prevalecer, pois desconsidera 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 recorrente pelo Fisco. Assim, pede a reforma da Decisão neste tópico.

Inerente à infração 5, alega ser uma decorrência da glosa do crédito presumido da infração 4, de modo que merece a mesma sorte, qual seja, a improcedência, a qual requer.

No tocante à infração 7, o recorrente alega que as autuantes não observaram que nenhuma das operações tributadas estão alcançadas pela tributação do ICMS/ST, pois 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, como no caso, que se enquadra na Lei 116/2003, itens 702 e 705.

Afirma que, do mesmo modo, não estão sujeitos ao ICMS/ST as operações com não contribuintes do ICMS ou com contribuintes do ICMS, quando a aquisição dos produtos se destinam ao seu ativo imobilizado ou uso e consumo do estabelecimento (artigos 289 e 291 do RICMS/12).

Por fim, descabe a cobrança do ICMS/ST referente a operações que estão amparadas pela isenção do ICMS, conforme estabelece o art. 264, XXI, do RICMS/12, como no caso em análise.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito exigido nas infrações 1, 3, 6, 7 e 8, assim como de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte para modificar a aludida Decisão quanto às exações 3, 4, 5 e 7 do Auto de Infração.

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, depreende-se que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, visto que as desonerações das exações decorreram da anuência pela JJJ das reduções procedidas pelas autuantes, pelas seguintes razões:

Infração 1, pela qual se exige a multa de R\$174.697,17, correspondente a 10% do valor das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2012 e 2013, a redução ao valor de R\$7.525,43 decorreu da exclusão dos documentos fiscais comprovadamente registrados, assim como da adequação da multa para 1% em razão da alteração da legislação, nos termos previstos no art. 106, II, “c” do CTN.

Infração 3, cuja acusação é de falta de recolhimento do ICMS DIFAL uso/consumo de R\$134.888,88, a redução ao valor de R\$37.081,94 decorreu com base nas alegações de defesa, acatadas pelas autuantes que realizaram as exclusões referentes às aquisições de ativo permanente (fl. 912), como também inclusões dos lançamentos de “outros débitos” realizados pelo autuado (fl. 1.315).

Infração 6, na qual exige o ICMS de R\$415.343,20 sob acusação de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, a desoneração ao valor de R\$12.046,94 decorreu da comprovação do internamento na SUFRAMA.

Infração 7, que exige a falta de recolhimento do ICMS-ST de R\$114.871,09, na qualidade de sujeito

passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, a desoneração ao valor de R\$19.098,45 ocorreu em razão da comprovação das razões de defesa, acolhidas pelas autuantes, de que tais operações, relativas a específica CFOP, não estavam alcançadas pela tributação do ICMS/ST.

Infração 8, que exige o recolhimento a menos do ICMS-ST de R\$62.977,05, a desoneração para R\$723,05 foi em razão da adequação da MVA de 55% para 53%, assim como da exclusão de notas fiscais cujo destino não era comercialização dos produtos.

Diante de tais considerações, alinho-me à Decisão recorrida e concluo pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

No tocante ao Recurso Voluntário, no que diz respeito à infração 3, o recorrente alega que o valor do débito original se referia tanto ao CFOP 2556 como ao CFOP 2407, tendo as autuantes reconhecido que a parcela do débito relativo ao CFOP 2407 é indevida. Assim, segundo o apelante, para apurar o valor do imposto devido bastaria excluir essa parcela, o que resultaria em R\$21.927,72.

Da análise das peças processuais, verifica-se que os demonstrativos originais da infração 3, a exemplo dos constantes às fls. 128/129 dos autos, consignam CFOP: 2407, 2551 e 2556. Contudo, restou alegado na defesa (fl. 489) que o sujeito passivo estava habilitado ao DESENVOLVE, através da Res. 43/2010, o beneficiando com diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS DIFAL, relativo às aquisições de máquinas, equipamentos, ferramental, moldes, modelos, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade e seus sobressalentes, para o momento em que ocorresse a desincorporação do ativo imobilizado.

Assim, também por considerar que o CFOP 2407 se refere às aquisições de materiais de uso consumo sujeito ao regime de substituição tributária, as autuantes afirmaram, às fls. 912 dos autos, constar nas planilhas apenas o CFOP 2556, inerente à aquisição de material de uso e consumo.

Porém, em que pese a dita exclusão dos referidos CFOP 2407 e 2551, verifica-se que nas novas planilhas, às fls. 939/987 e, principalmente, às fls. 1.331/1.373 dos autos, as quais serviram de base para a Decisão da JJF, ainda remanesce o CFOP 2407, conforme alega o recorrente.

Observa-se, ainda, que o demonstrativo sintético, às fls. 1.349 dos autos, relativo ao exercício de 2013, contém erros quanto ao valor mensal do ICMS DIFAL apurado nos levantamentos analíticos, às fls. 1.352/1.373, sendo corretos os valores mensais exigidos e demonstrados às fls. 1.350/1.351.

Diante destas considerações, após as devidas exclusões dos valores remanescentes relativos CFOP 2407; da retificação acima dos valores transportados; da exclusão do valor de fevereiro/12 (não lançado no AI), a infração 3 resulta no ICMS DIFAL de R\$20.524,35, conforme a seguir:

Data	ICMS A.I.	ICMS JJF	Exclusão (*)	Exclusão (**)	ICMS CJF	(*) CFOP: 2407; Ajuste BC (**)
31/01/2012	3.118,98	1.749,30	302,10	-	1.447,20	fls. 1.334/1.336
28/02/2012	-	1.399,52	345,20	-	-	fls. 1.336/1.338
31/03/2012	2.415,55	1.355,40	340,19	-	1.015,21	fls. 1.338/1.340
30/04/2012	1.662,14	102,68	101,68	-	1,00	fls. 1.340/1.342
31/05/2012	1.227,66	57,75	544,80	-	-	fls. 1.342/1.343
30/06/2012	1.030,88	-	238,40	-	792,48	fls. 230/233
31/07/2012	852,67	239,71	306,83	-	-	fls. 1.343/1.344
31/08/2012	145,25	-	283,08	-	-	fls. 236/238
30/09/2012	88,62	-	197,92	-	-	fls. 238/241
31/10/2012	3.381,91	1.959,48	94,99	-	1.864,49	fls. 1.344/1.346
30/11/2012	1.479,16	431,88	1.232,53	-	-	fls. 1.346/1.346 ^a
31/12/2012	773,91	256,66	-	-	256,66	
31/01/2013	5.830,79	2.539,29	248,40	966,00	1.324,89	fls. 1.352/1.354
28/02/2013	6.748,40	3.024,59	188,00	747,81	2.088,78	fls. 1.354/1.356
31/03/2013	35.600,59	1.128,96	284,80	715,44	128,72	fls. 1.356/1.358
30/04/2013	7.301,45	5.801,73	470,22	1.197,30	4.134,21	fls. 1.358/1.361

31/05/2013	10.479,66	2.065,91	356,00	1.140,73	569,18	fls. 1.361/1.363
30/06/2013	4.434,18	1.117,41	173,00	1.023,45	-	fls. 1.363/1.364
31/07/2013	11.046,42	-	-	-	-	
31/08/2013	7.008,38	2.931,78	94,00	1.109,31	1.728,47	fls. 1.364/1.367
30/09/2013	13.555,65	4.109,58	466,75	1.013,69	2.629,14	fls. 1.367/1.369
31/10/2013	12.322,88	3.465,94	331,00	591,02	2.543,92	fls. 1.369/1.371
30/11/2013	4.383,75	3.344,37	111,00	3.344,37	-	fls. 1.371/1.373
Total	134.888,88	37.081,94	16.557,59	11.849,12	20.524,35	

Inerente à infração 4, o recorrente alega que jamais se utilizou de crédito presumido de modo diferente do estabelecido pelas resoluções nº 132/99 e 03/2011 que disciplinam a matéria e que as autuantes desconsideraram os produtos fabricados no seu estabelecimento antes do período fiscalizado, discriminados pela relação de produtos fabricados no período de 2008 a 2013, o que foi acolhido pela JJF ao entender que deveria se comprovar tal alegação com o Registro de Inventário.

Aduz que havia anexado o mencionado livro, inclusive com a relação de produtos fabricados nos exercícios de 2008/2011, período anterior ao fiscalizado (2012/2013), cujas informações são as mesmas contidas no livro de Registro Controle de Produção e Estoque, em termos de quantidade física e saldos existentes, enviadas mensalmente através do SPED Fiscal à Fazenda Estadual, de maneira que as autuantes possuíam todas as informações que afirmam que não teriam sido disponibilizadas.

Quando da impugnação ao Auto de Infração, o sujeito passivo anexou, às fls. 1.094 a 1.116, relação dos produtos fabricados nos exercícios de 2008 a 2011, dos quais alega que foram comercializados em datas futuras (2012/2013), logo, com direito na apuração do crédito presumido.

Já às fls. 1.392 a 1.467 dos autos, o apelante apresenta cópia do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, relativo ao exercício de 2011, como também, às fls. 1.468 a 1.519 dos autos, anexa cópia do livro Registro de Inventário, também do exercício de 2011, além de “Extrato do Item”, às fls. 1.520 a 1.649 do período, assim como “Demonstrativo das notas fiscais faturados nos exercícios de 2012 e 2013 referente a produtos fabricados nos exercícios anteriores a 2012 e 2013, com glosa do crédito presumido no AI nº 298959.0028/15-4”, como provas de sua alegação de que os códigos dos produtos que foram excluídos estão relacionados em outros exercícios, que não devem, necessariamente, ser produzidos no mesmo exercício em que ocorreu a operação de venda.

Por sua vez, às fls. 1.686 dos autos, as autuantes aduzem que com tais documentos não têm como saber quais foram os produtos que constam na planilha de “Exclusão de produtos da apuração do ICMS por não serem produzidos no Estabelecimento industrial beneficiário do Programa” (fls. 188).

Em seguida, às fls. 1.706/1.707, o apelante aduz que a acusação é mera presunção, não tendo qualquer relação com a realidade desenvolvida no período fiscalizado. Destaca que já encaminhou seis relações dos produtos industrializados no estabelecimento, contemplados com o benefício fiscal, fabricados nos períodos de 2008 a 2013, do que relaciona nota fiscal, data de emissão, código do item e data de fabricação, além de relatórios de produção de 2008 a 2011 (Anexo 2).

Por fim, a Decisão recorrida consignou que “*Entendo que, por se tratar de exercícios passados, uma comprovação possível de ser realizada seria o Registro de Inventário, em que ficasse caracterizado que parte da produção de determinadas mercadorias permaneceu no estoque até o exercício fiscalizado, fato que não ficou comprovado pelo defendente*”, o que insurge-se o recorrente ao aduzir que o mencionado livro foi juntado pela empresa, inclusive com a relação de produtos fabricados nos exercícios de 2008 a 2011, concluindo que se desincumbiu do ônus.

Da análise das provas processuais, acima relatadas, conlui não restar comprovada a acusação de utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, sob a premissa de que o contribuinte “...

colocou na apuração do cálculo do Crédito Presumido, valores de vendas referentes a produtos não fabricados no seu Estabelecimento Industrial nos períodos auditados – 2012/2013, contrariando as determinações contidas nas RESOLUÇÕES 132/1999 e 02/2011”.

Tal conclusão decorre do fato de que as autuantes partiram de uma premissa falsa de 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 pela AUTUADA, REFERENTES AOS PERÍODOS FISCALIZADOS*”.

Em que pese as autoridades fiscais terem intimado o contribuinte para comprovar os produtos fabricados no estabelecimento autuado, a relação inicialmente apresentada apenas diz respeito aos exercícios de 2012 e 2013, conforme se pode comprovar às fls. 990 a 1.007 dos autos.

Contudo, para a formalização da acusação fiscal caberia às autuantes comprovar, indubitavelmente, a premissa da utilização do benefício fiscal indevido, ou seja, a utilização de crédito presumido nas vendas de produtos não fabricados no estabelecimento auditado.

Quando da segunda informação fiscal (fls. 1.314/1.317), após o sujeito passivo anexar relação dos produtos fabricados nos exercícios de 2008/2011 (fls. 1.094/1.116), as autuantes assim se manifestaram:

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

Vislumbro que, no caso concreto, a prova cabe à fiscalização que deveria certificar se os produtos que o estabelecimento autuado recebe em transferências são os mesmos que fazem parte da benesse fiscal e que os mesmos sequer foram produzidos pelo estabelecimento (após análise do processo produtivo e do Registro Controle de Produção e Estoque), conforme previsto no art. 130, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), ou seja, o Auto de Infração deverá ser acompanhado das provas necessárias à demonstração do fato arguido, sob pena de o lançamento fiscal restar fadado a nulidade por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração (art. 18, IV, “a” RPAF).

Verifico que o contribuinte apresentou todos os produtos constantes do referido livro Registro Controle de Produção e Estoque, inerente ao exercício de 2011, às fls. 1.392 a 1.467 dos autos, como prova de sua alegação de que se tratam de produtos fabricados pelo seu estabelecimento, limitando as autuantes, quando da sua terceira informação fiscal, às fls. 1.686 dos autos, a afirmar que:

Nestas folhas não tem como se saber quais foram os produtos que constam na planilha de “Exclusão de produtos do da apuração do ICMS por não serem produzidos no Estabelecimento industrial beneficiário do Programa”;

Registre-se, ainda, que, segundo as autuantes, “*Para se identificar se o produto fabricado em outros exercícios são os mesmos que foram comercializados nos períodos auditados é necessário comprovar, porque a autuada recebe produtos de outras Empresas do Grupo industrial, localizados em outros Estados da Federação, os quais não gozam do Benefício do Crédito Presumido concedido pelo Estado da Bahia*”, o que no máximo denota tratar-se de uma prova indiciária, necessitando, portanto, de outras provas conclusivas, a exemplo das citadas, ou seja, certificar se os produtos que o estabelecimento autuado recebe em transferências são os mesmos que fazem parte da benefício fiscal e que os mesmos sequer foram produzidos pelo estabelecimento.

Por fim, o recorrente comprova que efetiva a apuração do crédito presumido, bem como do ICMS decorrente das operações com mercadorias adquiridas de terceiros através de CFOP próprio, ou seja: *i) produção própria: CFOP 5116, 5401, 5910, 5949, 6101, 6107, 6109, 6116, 6118, 6401, 6910, 6911 e*

6949; *ii*) mercadorias adquiridas: CFOP: 5403, 6102, 6108 e 6119, conforme exemplos e documentos às fls. 1.766 a 1.768 e 1.779 a 1.794 dos autos.

Diante de tais considerações, inclusive pela aplicação do art. 112, II do CTN, de ofício, concluo pela nulidade da quarta infração, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, uma vez que o lançamento de ofício, específico desta infração 4, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Modificada a Decisão recorrida.

Na infração 5, o recorrente apenas alega ser decorrente da glosa do crédito presumido da exação 4.

Tal alegação procede já que consta da própria acusação da quinta exação a referência à infração 4, o que já comprova a relação direta entre as duas exigências, conforme afirma o apelante.

Na verdade, a infração 5 decorre do refazimento da conta corrente do ICMS do contribuinte a partir do ICMS debitado pelas saídas, nos meses de janeiro, fevereiro e dezembro de 2012 (fl. 252), como também nos meses de janeiro, outubro e novembro de 2013 (fl. 268), considerando diversas rubricas, a exemplo de ICMS revenda, devolução, etc., após glosar os créditos tidos como indevidos, objeto da quarta exigência.

Portanto, diante de tais considerações, tendo sido NULA a infração 4, tal decisão repercute diretamente na quinta exação, ensejando a mesma insegurança na determinação da acusação fiscal, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF. Modificada a Decisão recorrida.

Por fim, inerente à infração 7, julgada parcialmente procedente no valor de R\$19.098,45 (fls. 1.013 a 1.017), o recorrente alega que as autuantes não observaram que nenhuma das operações tributadas estão alcançadas pela tributação do ICMS/ST, pois 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, assim como não estão sujeitos ao ICMS/ST as operações com não contribuintes do ICMS ou com contribuintes do ICMS, quando a aquisição dos produtos se destinam ao seu ativo imobilizado ou uso/consumo do estabelecimento. Por fim, descabe a cobrança do ICMS/ST referente a operações que estão amparadas pela isenção do ICMS, como prevê o art. 264, XXI, do RICMS/12, como no caso.

Da análise do demonstrativo às fls. 1.013 a 1.017 dos autos, observa-se que o valor remanescente da infração 7 e objeto de irresignação do recorrente, trata de operações relativas aos CFOP nº: 5.102 (venda de mercadoria adquirida/recebida de terceiro); 5.401 (venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto); 5.911 (remessa de amostra grátis) e 5.949 (outra saída de mercadoria não especificada), não tendo o contribuinte se desincumbido do ônus da prova, com documento, da alegação recursal.

Diante de tais considerações, mantida a Decisão recorrida no tocante à infração 7.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$108.253,81, após redução da infração 3 e exclusão das infrações 4 e 5, consideradas nulas e demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO	174.697,17	7.525,43	7.525,43	-----
02	PROCEDENTE/RECONHECIDA	33.345,29	33.345,29	33.345,29	-----
03	PROC. EM PARTE/P.PROVIDO	134.888,88	37.081,94	20.524,35	60%
04	NULIDADE/PROVIDO	84.662,62	84.662,62	0,00	-----
05	NULIDADE/PROVIDO	29.658,69	29.658,69	0,00	-----
06	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO	415.343,20	12.046,94	12.046,94	60%
07	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO	114.871,09	19.098,45	19.098,45	60%
08	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO	62.977,05	723,05	723,05	60%
09	PROCEDENTE/RECONHECIDA	14.990,30	14.990,30	14.990,30	60%
TOTAL		1.065.434,29	239.132,71	108.253,81	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.383,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “e” e “f” 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 nos incisos IX e XI da mencionada Lei e artigo já citados, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS