

A. I. N° - 206918.0002/12-9  
AUTUADO - CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA.  
AUTUANTE - ISRAEL CAETANO  
ORIGEM - IFEP – INDÚSTRIA  
INTERNET - 15/05/2014

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0096-03/14

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MATERIAL DESTINADO A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Fatos reconhecidos pelo autuado. 2. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROBAHIA. **a)** APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO PRESUMIDO NAS DEVOLUÇÕES DE VENDAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS LANÇADO A MENOS NO LRAICMS. Infração reconhecida. **b)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. Comprovado nos autos o recolhimento a menos do imposto ao ser comparado o ICMS devido e o ICMS a título de crédito presumido de 90% a que efetivamente faz jus o autuado. Infração não elidida. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL REGULARMENTE ESCRITURADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. VENDAS A CONTRIBUINTES NÃO HABILITADOS AO REGIME DE DIFERIMENTO. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE SUCATAS. Infração reconhecida. **b)** FALTA DE PREVISÃO LEGAL DE HIPÓTESE DE SUSPENSÃO, ISENÇÃO, REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO OU NÃO INCIDÊNCIA NAS SAÍDAS INTERESTADUAIS. Mediante diligência o autuante refez os cálculos com base nas alegações comprovadas pelo impugnante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração parcialmente caracterizada. 4. EXPORTAÇÃO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS COMPROVANTES DA EFETIVA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO TERRITÓRIO NACIONAL. **a)** SAÍDAS INTERNAS DE EMBALAGENS PARA EXPORTADOR DE ACÚCAR. Infração não elidida. **b)** SAÍDAS PARA ARMAZENAGEM PARA EXPORTAÇÃO. O contribuinte não comprovou o embarque nem o efetivo retorno ao estabelecimento das mercadorias. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2012, refere-se à exigência de R\$584.436,88 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 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 ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho e agosto a dezembro de 2009, abril e junho a setembro de 2010. Exigido o valor de R\$21.231,12, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo à fl.17.

Infração 02 - Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, nos meses de fevereiro e abril de 2009. Exigido o valor de R\$2.745,19, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo à fl. 19.

Consta como suplemento: “Apurado nas devoluções de mercadorias com saídas beneficiadas com crédito presumido de 90%, previsto na Resolução 13/2006 em anexo - PROBAHIA, ESTORNO DO CRÉDITO DO ICMS NAS DEVOLUÇÕES DE VENDA LANÇADO A MENOR NO LIVRO DE RAICMS, CULMINANDO EM RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO.”

Infração 03 - Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$37.349,08, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo às fls. 22 a 99.

Infração 04 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de fevereiro a abril de 2010. Exigido o valor de R\$1.158,89, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo à fl. 101.

Consta como suplemento: “Apurado nas vendas de Sucatas para contribuintes não habilitados ao Regime de diferimento. Demonstrativo em anexo e parte integrante deste PAF, entregue cópia ao contribuinte.”

Infração 05 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de registro de operação tributável como não tributável nas saídas internas de mercadorias para consumidores finais, ditos residentes no exterior, como se fossem exportações, nos meses de janeiro, fevereiro e agosto a dezembro de 2009, janeiro a março e julho a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$137.510,16, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo às fls. 103 a 111.

Consta como suplemento: “Venda de mercadorias a contribuintes interestaduais, sem tributação, como saídas destinadas à exportação indireta. Venda de sacaria para embalagem de açúcar que presumivelmente seria exportada pelo fabricante estabelecido em outro Estado. Operação não tipificada como saída para o exterior.”

Infração 06 - Falta de recolhimento de ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação, no mês de outubro de 2009. Exigido o valor de R\$44.700,32, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo à fl. 113.

Consta como suplemento: “Demonstrativo de apuração do ICMS normal devido nas saídas de produtos não industrializados pelo contribuinte com destino à armazenagem p/exportação sem o devido retorno ao estabelecimento ou comprovação de embarque e exportação p/o exterior, parte integrante deste PAF e entregue cópia ao contribuinte.”

Infração 07 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de registro de operação tributável como não tributável, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$70.923,89, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo às fls. 115 a 132.

Consta com suplemento: “Em anexo e parte integrante deste PAF Demonstrativo de Falta de Recolhimento do ICMS Normal nas Saídas de Mercadorias tributadas, sacos e tecidos industrializados, com destino a contribuintes não habilitados ao Regime de diferimento do imposto nas saídas internas e falta de previsão legal de hipótese de suspensão, isenção, redução de base de cálculo ou não incidência nas saídas interestaduais, entregue cópia ao contribuinte.”

Infração 08 - Utilização crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos meses de janeiro a abril, junho, setembro, novembro e dezembro de 2009, fevereiro, junho e agosto a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$268.818,23, acrescido de multa de 60%. Demonstrativo às fls. 134 a 222.

Consta como suplemento: “Demonstrativo analítico de apuração do crédito presumido de 90% PROBAHIA (Resolução 13/2006 em anexo) nas saídas de mercadorias composto por 88 folhas e

demonstrativo Sintético de apuração do crédito fiscal presumido de 90% - ICMS Recolhido a Menor, composto por 1 folha.”

O autuado apresenta defesa, fls. 228 a 238, na qual depois de tecer comentários acerca de sua personalidade jurídica, atividade que desenvolve e de sua lisura no regular cumprimento de suas obrigações, notadamente no tocante ao recolhimento de impostos, especialmente do ICMS, informa que reconhece integralmente o cometimento das infrações 02 e 04, e parcialmente as infrações 01, 03 e 08, mencionando que serão devidamente recolhidos e posteriormente as guias comprobatórias serão carreadas aos autos.

Quanto à infração 01 diz ser beneficiário do PROBAHIA, conforme Resolução n.º13/2006, fl. 264, a qual estabelece o deferimento do lançamento e pagamento do diferencial de alíquotas de ICMS quando do recebimento de máquinas, equipamentos, instrumentos, dentre outros, de outros Estados.

Destaca que dentre as aquisições listadas na autuação referente ao item em voga encontram-se equipamentos que claramente se enquadram dentro das definições da aludida Resolução, fl. 364 a 367.

Frisa que, uma vez evidenciado que tais aquisições se enquadram na prescrição normativa do benefício, resta latente o equívoco da autuação, deve ser esse item do Auto de Infração julgado improcedente.

Em relação à infração 03 afirma que por ser beneficiário do Probahia, conforme Resolução n.º 13/2006 a qual estabelece o deferimento do lançamento e pagamento do diferencial de alíquotas de ICMS quando do recebimento de máquinas, equipamentos, instrumentos, dentre outros, de outros Estados.

Assinala que não deve prosperar a acusação fiscal de que teria deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento.

Afirma que o autuante, mais uma vez, não logrou observar que os bens adquiridos guardam relação direta com a manutenção de sua atividade-fim, qual seja:

“... a produção de fibras, tecidos, filmes e embalagens, de todos os tipos e para diversos fins, a partir da produção de fibras, fios, filmes, fitas e laminados, de resinas sintéticas, e outros produtos das mesmas matérias primas;...” (pag. 05 da segunda alteração contratual acostada).

Sustenta, não há como negar que os bens listados na planilha anexada ao presente são destinados ao seu ativo imobilizado.

Observa que, com o objetivo de estabelecer o tratamento contábil para ativo imobilizado, e, assim, uniformizar o seu conceito, o Conselho Federal de Contabilidade publicou a Resolução CFC nº 1.177/09, invocando o conceito instituído pela Lei nº 6.404/76.

Depois de tecer comentários sobre a aludida resolução, afirma não restar dúvida de que, segundo a legislação contábil atualmente em vigor, os bens adquiridos são obviamente bens do ativo imobilizado.

Menciona que, uma vez constatado que dentre as aquisições listadas na autuação referente ao item em voga encontram-se equipamentos que claramente se enquadram dentro das definições da Resolução supra transcrita, de igual sorte ao item 01, deverá afastada a autuação

Assevera que, uma vez evidenciado que tais aquisições se enquadram na prescrição normativa do benefício, resta latente o equívoco da autuação, devendo ser essa infração ser julgada improcedente.

Quanto à infração 05, diz que em resumo trata-se de ocorrência de operações subsequentes das mercadorias vendidas em território nacional, a um adquirente, este sendo um exportador.

Esclarece que se trata de saídas subsequentes não tributadas, eis que se encontram agasalhadas pelo art. 155, §2º, inciso X, alínea “a” da CF/88 e pelo art. 32, inciso II da Lei Complementar nº 87/96.

Assinala que, com o fito de evitar futuras complicações atinentes à comprovação da exportação por parte da empresa adquirente das mercadorias (sacos - embalagens de açúcar) para as questionadas operações de subsequentes, solicitou e aguarda da mesma o envio da documentação comprobatória para garantia de inexigibilidade do crédito.

Informa que, de pronto, solicitou as aludidas documentações, contudo, a empresa exportadora impôs prazo para entrega, restando impossibilitada a juntada à presente, razão pela qual requer prazo para apresentação da prova documental, conforme dispõe o art. 123, §5º do RPAF-BA/99.

Ao cuidar da infração 06 sustenta que o débito objeto dessa infração corresponde às mercadorias vendidas para operação de exportação, mas que foram devolvidas, ou melhor, foram faturadas e em seguida estornadas.

Assegura que cuidou dos procedimentos de devolução conforme Notas Fiscais acostadas, fls. 285 a 290.

No que se refere à infração 07, destaca que foi autuado sob alegação de estar diferindo ICMS a contribuinte não habilitado ao regime do diferimento, porém, da emissão dos certificados pelo sítio eletrônico da SEFAZ citados nos Danfes a nas Notas Fiscais juntados, fls. 292 a 356 observa-se que constam como válidos e vigentes de acordo a farta documentação acostada a presente.

Diz restar comprovado que não incorreu na infração que lhe fora imputada.

Registra os seguintes fatos que, segundo seu entendimento, também elidirão a autuação:

A Nota Fiscal nº 051875 emitida em 17/07/2009 saiu sem destaque de ICMS, porém dia 30/07/2009 foi emitido o complemento de ICMS através da Nota Fiscal nº 052083; o Danfe nº 4664 emitido em 21/06/2010 saiu sem destaque do ICMS, porém dia 07/07/2010 foi emitido o complemento de ICMS através do Danfe nº 4897; o Danfe nº 5820 emitido em 25/08/2010 saiu sem destaque de ICMS, porém dia 30/08/2010 foi emitido o complemento de ICMS através do Danfe nº 5906; e o Danfe nº 7082 emitido em 28/10/2010 saiu sem destaque do ICMS, porém dia 22/11/2010 foi emitido o complemento de ICMS através do Danfe nº 7486 conforme se verifica às fls. 299 e 356.

Acrescenta que os Danfes de nºs 639, 877, 911, 917, 993 e 1140 são relacionados a Serviço de Industrialização que não estão sujeitos a incidência do ICMS conforme atesta art. 615 do RICMS-BA/97.

Cita que o Danfe de nº 3824 é uma devolução de compra de material auxiliar do Danfe nº 2713; o Danfe nº 7769 é uma devolução de compra de matéria prima adquirida através do Danfe nº 11658; e o Danfe nº 51445 é uma devolução de compra de matéria prima adquirida através do Danfe nº 219, sendo que para essas compras foram utilizados certificados de diferimento de ICMS, não necessitando, portanto, do destaque do imposto.

Prossegue frisando que os Danfes de nºs 5196, 5199 e 7468 foram emitidos para trânsito de material faturado para exportação, respectivamente, através dos Danfes de nºs 5269, 5271 e 7480.

Continua citando os Danfes de nºs 868, 908, 935, 1012, 1032, 1082, 1388, 1438, 1474, 1601, 7731, 7791 e 7950 de remessa por conta e ordem de venda com o CFOP 6501 e que, por conseguinte, foram emitidos e transitados conjuntamente, com os Danfes de nºs 867, 907, 934, 1011, 1031, 1081, 1387, 1437, 1473, 1600, 7730, 7790 e 7849, sustentando que, por isso, o ICMS não é devido nas operações descritas, conforme cópias que anexa às fls. 300 a 317.

Arremata assinalando que, uma vez demonstrada a improcedência da cobrança do ICMS, também não há como se falar em aplicação de multa por deixar o adquirente de mercadoria de recolher o imposto, nas hipóteses descritas.

Firma que não pode o Fisco Estadual imputar uma obrigação acessória quando a obrigação principal, por si só, não se sustenta.

Quanto à infração 08, observa que os débitos dos períodos elencados correspondem, na verdade, a apropriação de créditos fiscais presumido proporcionalmente as operações de exportação realizadas.

Informa que está acautelada por Parecer Fiscal de nº 01759/2007, fl. 358 e 359, de autoria desta repartição admitindo a utilização de crédito decorrentes da entrada de matéria prima, material de embalagem e relativos à aquisição de energia elétrica proporcionalmente as operações de exportações promovidas.

Observa que lastreada no citado Parecer Fiscal, bem como em disposições legais o Auto de Infração em questão não foi, parcialmente, lavrado de acordo com os ditames legais e com a realidade dos fatos, sendo a cobrança imputada improcedente.

Sustenta que possui um crédito legítimo que foi simplesmente desconsiderado pelo autuante, demonstrando, mais uma vez, a insubsistência dessa infração.

Protesta, por todos os meios de prova em direito admitidos, juntada posterior de documentos, apresentação de novos quesitos e diligências fiscais, em qualquer fase do processo, com o objetivo único de se provar a veracidade de tudo o que foi alegado, a fim de que fique, completamente, provada a improcedência do presente Auto de Infração.

Requer especial atenção para que seja intimada a responder ou se manifestar sobre todas as diligências e manifestações feitas pelo autuante nestes autos, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Conclui requerendo a extinção dos itens reconhecidos e pagos e que seja reconhecida a inexigibilidade dos créditos tributários remanescentes exigidos, tudo conforme com fundamentação que ora apresentada.

O autuante presta informação fiscal às fls. 375 a 379.

Inicialmente observa que o autuado reconhece integralmente as Infrações 02 e 04 e parcialmente as Infrações 01, 03 e 08.

Em relação à infração 01 que cuida da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, em aquisições de mercadorias de outros Estados destinadas ao ativo imobilizado, observa que o contribuinte informa, fls. 229, o “reconhecimento parcial do débito apurado”.

Frisa que não consta dos autos cópia de DAE comprovando qualquer recolhimento - parcial ou total, inclusive, indicando quais itens foram reconhecidos, vide INC/SEFAZ em anexo, fls. 373.

Salienta, a título de exemplo, que celular, projetor, Volkswagen gol, climatizador, relógio de ponto, aquecedor de marmita não são mercadorias destinadas ao ativo fixo da área industrial do estabelecimento produtor de sacaria de fibra. (Resolução 13/2006, fls. 15 e 20).

Diz manter na íntegra esse item da autuação.

Ao cuidar da infração 03 que trata da falta de recolhimento do ICMS DIFAL - Uso e Consumo, destaca que no que diz respeito às mercadorias não reconhecidas como destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento informa que “correias, molas, rolamento, giz de cera, pen drive, eixo, parafusos, pinça, rebite, tesoura, arruela, polia, retentor, agulhas, dente, bucha, correia dentada, pino, anel elástico, engrenagens, faca, fusível, rosca sem fim, capacitor, diodo, anel de freio, arruela, porca, imã”, são, sim, mercadorias que se destinam a uso e/ou consumo do estabelecimento.

Menciona que o autuado tenta convencer que se tratam de bens do ativo imobilizados e que não mercadorias destinadas ao Uso e Consumo da área industrial. (Resolução 13/2006, fls. 15 e 20; Anexa documento, fls. 266 a 283 “Ativo Imobilizado - CFC”.)

Mantém a acusação atinente a essa infração.

No que tange à infração 05, informa que o RICMS-BA/97 não contempla nenhum benefício ou extensão dessa natureza. Menciona que não há previsão legal alguma para o fato.

Observa que na defesa, fls. 234, certamente se vendo sem argumentação admitida em direito e à luz da Legislação Tributária, assim se manifesta: “a impugnante solicitou e aguarda da mesma (empresa adquirente da sacaria existente em outro estado) o envio da documentação comprobatória (provavelmente uma exportação, cujo valor e quantidade nunca saberemos) para garantia de inexigibilidade do crédito”.

Conclui mantendo a autuação fiscal na íntegra desse item da autuação.

Ao tratar da Infração 06 assinala que o demonstrativo de fls. 113 enumera as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal e que à fl. 235 o autuado informa que foram feitas as respectivas devoluções.

Esclarece que a Nota Fiscal nº 847 foi emitida em 20/10/2009, porém, o autuado alega, fls. 235, que as mercadorias nela discriminadas foram devolvidas e que a operação foi feita através de operação de devolução com as notas fiscais constantes às fls. 285, 287, 288, 289 e 290,

Assevera que depois de examinar as Notas Fiscais de nºs 292, 293, 294, 295 296, acostadas em cópias, constatou que foram emitidas em 17/09/2009 e que se referem à Nota Fiscal nº 291, não anexada aos autos. Frisando ser impossível a devolução alegada ter sido efetuada antes da aquisição das mercadorias.

Arremata firmando que diante da frágil argumentação defensiva totalmente sem nexo, mantém a autuação fiscal na íntegra.

No tocante à infração 07, inicialmente destaca que o contribuinte informa às fls. 229 “reconhecimento parcial do débito apurado”, no entanto, neste processo não está acostado cópia de DAE comprovando qualquer recolhimento - parcial ou total, inclusive, as quais itens reconhecidos, e INC/SEFAZ, fls.373.

Frisa que quanto às demais operações, não há nenhuma prova de que os destinatários estavam credenciados/habilitados à data do fato gerador.

Assegura que os registros no banco de dados da SEFAZ-BA são suficientes para comprovação de que todos os contribuintes relacionados no demonstrativo não estavam habilitados à época na qual foram realizadas as operações comerciais.

Quanto à infração 08, afirma que conforme os demonstrativos analítico e sintético, fls. 134 a 223, realizou levantamento de apuração de todas as suas vendas, vide CFOP 5101, 6101 e outros que geraram ICMS e encontrou o valor do ICMS a recolher por diferença apurando depois de confrontar o ICMS recolhido pela Autuada com: a) o ICMS total devido, b) o ICMS a título de crédito presumido de 90%; e c) o ICMS a recolher.

Afirma que não questiona o direito ao crédito presumido de 90%, apenas demonstra que os cálculos foram feitos se obtendo valor maior de ICMS, o que gerou recolhimento de ICMS a menos, mediante simples cálculo aritmético, cujos números não foram questionados pelo autuado.

Arremata mantendo a autuação em relação a esse item da autuação.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

Esta Junta de Julgamento Fiscal converteu os autos em diligência à IFEP Indústria, fl. 382, para que os autuantes apurassem a efetiva utilização no processo produtivo do Auto de Infração dos itens arrolados no levantamento fiscal atinentes às infrações 01 e 03.

Às fls. 386 e 387, o autuado se manifesta informando que o parcelamento parcial do débito.

Mais uma vez se manifesta o defensor, fls. 419 e 420, pleiteando a ampliação do prazo para atender a intimação que lhe fora feita para o atendimento da diligência. Em seguida, manifesta-se novamente, fls. 425 a 426, para informar que, com os benefícios da Lei n.º 12.903/09, será quitada a exigência relativa às infrações 01 e 03. O que resulta na desistência de sua defesa e a perda de objeto da diligência determinada por esta JJF.

Na assentada do julgamento a 3ª JJF, depois da leitura do relatório, por unanimidade, decidiu converter novamente os autos em diligência para que em relação à infração 07 o autuante se manifestasse acerca dos pontos abordados pela defesa, bem como, da documentação fiscal anexada aos autos pelo impugnante; acostasse aos autos cópias da comprovação emitida pelo sistema INC da falta de habilitação para Diferimento dos destinatários arrolados no levantamento fiscal; e extraísse do Demonstrativo, fls. 115 a 132, os documentos indicados pelo autuado e mais algum que venha a ser identificado e elaborar um demonstrativo de apuração e de débito, em separado para cada uma das ocorrências elencadas acima - itens "a" a "e", além do Demonstrativo original com a exclusão dos documentos extraídos.

Constam às fls. 435 a 454 o resultado da diligência, onde o autuante informa que depois de analisar toda a documentação juntada pela defensora, fls. 235 a 354 - Doc. 6 e fls. 291 a 356, referentes ao item 07 da autuação fls. 114 a 132, acatou parcialmente o pleito do contribuinte. Afirma que refez os demonstrativos de apuração da seguinte forma: a) Informação Fiscal - Sem Notas Fiscais pleito da Defesa - composto por 17 páginas, fls. 438 a 454; e b) Informação fiscal - Notas Fiscais Excluídas - composto de 2 páginas, fls. 436 e 437.

Conclui destacando que o valor total original do débito nominal desta infração que era de R\$70.923,89, com os valores excluídos, conforme documentação anexada é de R\$13.081,29 que resulta no valor líquido nominal retificado para R\$57.842,60.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fl. 458, o impugnante se manifesta, fls. 460 a 463, e colaciona documentação à 467 a 520.

Inicialmente, diz, especificamente no que tange à Infração 07, que restou demonstrado que as notas fiscais objeto desta autuação não sofreram tributação de ICMS em razão de não se tratarem de saídas tributadas, conforme exemplificado na peça impugnatória.

Observa que realizada a diligência determinada por esta 3ª JJF resultou na afirmação de que lhe assiste razão ao contribuinte, uma vez que, as notas juntadas a título exemplificativo, se tratavam de situações não tributáveis pelo ICMS, sendo assim excluídas tais notas fiscais da autuação. Afirma que a juntada das notas fiscais servia apenas de demonstração do quanto alegado, tendo, no entanto, a diligência se limitado a analisar de forma pontual os casos demonstrados, não entendendo que todas as demais notas autuadas referiam-se às mesmas situações.

Ressalta que cumpre uma série de obrigações acessórias, como a emissão e o completo preenchimento de notas fiscais e declarações, as quais espelham as operações ocorridas e permitem à fiscalização entender toda a circulação de mercadorias por ela realizada. Prossegue explicando que ao realizar uma fiscalização, cabe à autoridade fiscal a demonstração da ilegalidade cometida, sendo esta a razão do Auto de Infração a ser lavrado, o que não ocorreu no presente caso.

Assinala que, conforme demonstrado na defesa atinente a este item da autuação, as notas ali listadas não foram objeto de tributação em razão de situação especificada em cada nota. Continua asseverando que tal argumento foi cabalmente ilustrado na defesa com a demonstração

através de diversas notas fiscais anexadas, tendo a Diligência Fiscal sob comento chancelado essas afirmações, confirmando-se integralmente o quanto defendido.

Frisa que este não é o procedimento adequado, pois, é dever da autoridade fiscal analisar os documentos fiscais envolvidos antes de lavrar a autuação. Registra não ser cabível que a autoridade fiscal se furte de analisar as notas fiscais e o intime para que traga a conhecimento o quanto escrito em cada uma das notas fiscais que o mesmo deixou de analisar. Arremata enfatizando que, consoante já realizado e chancelado por esta SEFAZ, apresenta uma demonstração de que as notas fiscais objeto da infração 07 não foram expostas à tributação, nos exatos termos da legislação vigente, conforme inclusive consignado em cada uma delas.

Afirma que as notas fiscais anexas, com CFOP 5101 - Doc. 02, fls. 467 a 489, os destinatários das mercadorias são habilitados no regime de Diferimento, conforme demonstra o Certificado de Habilitação de Diferimento também anexado - Doc. 03, fl. 491, não havendo que se falar em inadimplemento tributário.

Informa que, por conta da quantidade muito extensa de notas fiscais necessárias, não foi possível anexar todas as notas fiscais a que o Auto de Infração faz referência, até porque é dever da fiscalização demonstrar a ilicitude dos atos autuados, e não o contrário.

Destaca que as notas fiscais com CFOP 6949 anexas - Doc. 04, fls. 493 a 499, consistem em remessa por conta e ordem de terceiros, sendo as referidas notas fiscais mero instrumento de remessa das mercadorias objeto de uma operação de venda realizada e cuja nota fiscal encontra-se devidamente destacada nas notas fiscais objeto da autuação sob comento. Afirma juntar as notas fiscais - Doc.05, fls. 500 a 507, das operações a que fizeram referencias as notas fiscais constantes do Doc.04, comprovando inclusive o destaque de ICMS.

Conclui requerendo que a fiscalização faça a efetiva análise das notas fiscais que deseja autuar, apontando de forma específica os vícios nelas existentes para que se comprove a situação que salta aos olhos de todos, de que agiu corretamente ao não tributar as referidas notas fiscais ou que declare a nulidade desta infração por ausência de provas de ilicitude.

O autuante ao prestar informação fiscal acerca da manifestação do impugnante sobre o resultado da diligência, depois de analisar as documentações e argumentos apresentados na defesa e às fls. 460 a 520, conclui o seguinte: As notas fiscais CFOP 5101 - Vendas dentro do Estado, IE. 23.445.615-BA, cujas cópias foram anexadas, de números: 970, 1572, 1984, 4013, 3733, 3905, 3334, 2307, 2593, 2750, 2862, 3067, 3156, 3224, 3208, 5483, 5583, 5724, 5823 e 5660 não têm amparo de “Diferimento” como pleiteia o contribuinte, conforme se pode constatar na cópia do INC/SEFAZ, fl. 524-A, que informa que este contribuinte tem direito a esse benefício somente nas operações de “Imp. do Ext. Insumos e Mat. Prima p/industrialização”, e não para mercadorias industrializadas dentro do Estado. Quanto às Notas Fiscais de números 2172, 2195, 2129, 2246, 2207, 2291, e 2201 são de vendas destinadas a contribuinte do Estado de Alagoas, situação em que a Bahia não concede diferimento em operação de mercadorias remetidas para outros Estados. Observa que o ICMS referente a estas notas fiscais está sendo exigido no item de Exportações não Comprovadas. Do mesmo modo diz que as Notas Fiscais de números 2245, 2290, 2206, 2200, 2194, 2171 e 2108 são também de venda de mercadorias destinadas a contribuinte do Estado de São Paulo, descabendo também o diferimento. Conclui reafirmando a exigência de R\$57.842,60, por ele já retificada anteriormente.

## VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado dentre as quais reconheceu inicial e integralmente as infrações 02 e 04. Posteriormente, no curso do processo manifestou sua desistência em relação à impugnação às infrações 01 e 03 informando que aderiu aos os benefícios da Lei n.º12.903/09, que promoverá a quitação da exigência atinente a essas infrações. Logo, devem ser mantidas as infrações 01, 02, 03 e 04, por inexistir lide em torno do cometimento desses dos itens do Auto de Infração.

A infração 05 cuida da falta de recolhimento de ICMS em razão de registro de operação tributável como não tributada nas saídas internas de mercadorias para consumidores finais, ditos residentes no exterior, como se fossem exportações.

Em sede defesa, o impugnante alegou que as operações arroladas no levantamento fiscal foram vendidas para adquirente exportador e que se trata de saídas subseqüentes não tributadas, eis que se encontram agasalhadas pelo art. 155, §2º, inciso X, alínea “a” da CF/88 e pelo art. 32, inciso II da Lei Complementar nº 87/96. Informou, tão-somente, que solicitou as aludidas documentações, contudo, a empresa exportadora impôs prazo para entrega, ficando assim impossibilitado de efetuar a comprovação, razão pela qual requer prazo para apresentação da prova documental, conforme dispõe o art. 123, §5º do RPAF-BA/99.

Ao compulsar os elementos que compõem este item da autuação constato que a acusação fiscal afigura-se devidamente apurada e consubstanciada nos demonstrativos acostados às fls. 103 a 111, cujos valores não foram questionados pelo impugnante.

Fica patente que a questão a ser dirimida concentra-se na apresentação de provas para comprovar a alegação da defesa, ou seja, que, de fato, as mercadorias, objeto das operações arroladas na autuação foram, efetivamente, exportadas. Verifico que, apesar de ter invocado o §5º, do art. 123, do RPAF-BA/99, o defendant não carreou aos autos, nem sequer que por amostragem, qualquer elemento, que fundamentasse sua alegação.

Indefiro a solicitação de prazo para apresentação, tendo em vista que o impugnante, além de não estabelecer em seu pedido o prazo para carrear aos autos as imprescindíveis comprovações, já transcorreu mais de um ano até a presente data, tempo mais do que suficiente, sem que comprovação alguma tenha sido apensada aos autos.

Assim, ante a ausência de fundamento condizente, considero que a ponderação da defesa se constitui em mera alegação, portanto, incapaz de elidir a autuação.

Nestes termos, resta caracterizada a infração 05.

Quanto à infração 06, que trata da falta de recolhimento de ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas pelo Danfe nº 847, de 20/10/2009, fls. 113 e 285, com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação, o autuado em suas razões de defesa refutou a acusação fiscal aduzindo que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal correspondem a vendas para operação de exportação, mas que foram devolvidas, ou melhor, foram faturadas e em seguida estornadas. Sustentou que cuidou dos procedimentos de devolução conforme Notas Fiscais acostadas, fls. 285 a 290.

Depois de examinar a documentação carreada aos autos na impugnação, fl. 285 a 290, constato que o defendant não logrou êxito na efetiva comprovação da alegada devolução através da Nota Fiscal nº 847, uma vez que as cópias das Notas Fiscais colacionadas por ocasião da defesa não se prestam a elidir a acusação uma vez que, além de se referirem à “Remessa Parte” da Nota Fiscal nº 291, cuja cópia não foi carreada aos autos, as Notas Fiscais de nºs 292, 293, 294, 295 e 296, apontadas nas razões de defesa como sendo a origem da alegada devolução se referem a entradas e são datadas de 17/09/2009, cuja DI-09/233370-1, reportada no campo “Dados Adicionais” também não restou comprovada nos autos.

Logo, por não restar, de forma inequívoca, comprovada pelo autuado a alegada devolução a infração 06 é subsistente.

A infração 07 apura a falta de recolhimento de ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, regularmente escrituradas consoante “Demonstrativo de Falta de Recolhimento do ICMS Normal nas Saídas de Mercadorias Tributadas”, fls. 115 a 132, referente a sacos e tecidos industrializados, com destino a contribuintes não habilitados ao Regime de diferimento do imposto nas saídas internas e falta de previsão legal de hipótese de suspensão, isenção, redução e base de cálculo ou não incidência nas saídas interestaduais.

Em sua impugnação, o sujeito passivo contestou a acusação fiscal identificando documentos fiscais que foram emitidos sem destaque do imposto, mas que, ulteriormente a situação foi corrigida com a emissão do respectivo complemento com destaque do imposto. Indicou os DANFES relacionados a Serviço de Industrialização que não estão sujeitos a incidência do ICMS conforme atesta art. 615 do RICMS-BA/97. Discriminou também DANFES relativo a devolução compras, esclarecendo que para essas compras foram utilizados certificados de diferimento de ICMS, não necessitando, portanto, do destaque do imposto. Apontou diversos DANFES que foram emitidos para trânsito de material faturado para exportação e para remessa por conta e ordem de venda com o CFOP 6501.

O autuante ao proceder à informação fiscal manteve a autuação sob o argumento de que inexiste nos autos qualquer prova de que os destinatários estavam credenciados/habilitados à data do fato gerador. Assegurou que os registros no banco de dados da SEFAZ-BA são suficientes para comprovação de que todos os contribuintes relacionados no demonstrativo não estavam habilitados à época na qual foram realizadas as operações comerciais.

Na assentada do julgamento esta 3ª JJF converteu os autos em diligencia para que o autuante enfrentasse objetivamente todas as alegações apontadas pelo deficiente no tocante ao item 07 do Auto de Infração.

No atendimento da diligência o autuante, depois de analisar a documentação fiscal e todas as ponderações elencadas nas razões de defesa, refez o demonstrativo de débito da infração 07, fls. 438 a 454, acolhendo as alegações comprovadas apresentadas pelo deficiente, reduzindo o valor do débito para R\$57.842,60.

Em sua manifestação acerca do resultado da diligência assegurou que em relação às notas fiscais com CFOP 5101 - Doc. 02, fls. 467 a 489, os destinatários das mercadorias são habilitados no regime de Diferimento, conforme demonstra o Certificado de Habilitação de Diferimento anexado - Doc. 03, fl. 491, frisou não ser possível, devido a quantidade muito extensa, anexar todas as notas fiscais a que o Auto de Infração faz referência. Destacou também que as notas fiscais com CFOP 6949 anexas - Doc. 04, fls. 493 a 499, consistem em remessa por conta e ordem de terceiros, sendo as referidas notas mero instrumento de remessa das mercadorias objeto de uma operação de venda realizada e cuja nota fiscal encontra-se devidamente destacada nas notas fiscais objeto da autuação sob comento. Juntou também as cópias das notas fiscais - Doc.05, fls. 500 a 507, das operações a que fizeram referências as notas fiscais constantes do Doc.04, comprovando inclusive o destaque de ICMS. Concluiu a manifestação requerendo diligência para que se faça a efetiva análise das notas fiscais que deseja autuar ou que declare a nulidade desta infração por ausência de provas de ilicitude.

Na informação prestada pelo autuante acerca da manifestação do impugnante, fls. 524, ficou evidenciado que os questionamentos reiterados foram devidamente enfrentados. As notas fiscais com CFOP 5101 - Venda dentro do Estado, IE. 23.445.615-BA, conforme se verifica na cópia do estrato INC-Informações do Contribuinte, fl. 524-A, não tem amparo de “Diferimento” como pleiteia o autuado, eis que o contribuinte identificado tem direito ao benefício “Imp. do Ext. Insumos e Mat. Prima p/Industrialização”. Identificou também o autuante na diligência as notas fiscais cujas mercadorias foram destinadas a contribuinte dos Estados de Alagoas e de São Paulo, portanto, situação em que inexiste concessão de diferimento.

Depois de examinar as intervenções levadas a efeito pelo autuante perpetradas com base nas documentações fiscais apresentadas e alegações devidamente comprovadas pelo impugnante, constato que correspondem aos ajustes cabíveis e o novo demonstrativo elaborado e acostado às fls. 435 a 454, reflete de forma fidedigna o valor remanescente das operações realizadas sem Recolhimento do ICMS Normal nas Saídas de Mercadorias Tributáveis

Logo, acolho o resultado da diligência efetuada pelo autuante.

No que diz respeito à alegação da necessidade de diligência, justificado pelo impugnante, sob o

fundamento de que as notas fiscais por ele carreadas aos autos são exemplificativas de situações não tributáveis pelo ICMS arroladas no levantamento fiscal, sendo assim somente excluídas tais notas da autuação, indefiro o pedido, uma vez que constato que a revisão fiscal decorrente da diligência contemplou todas as operações que se enquadraram como saídas não tributáveis apontadas pelo defensor. Ademais, o autuado não comprovou nos autos qualquer nota fiscal que não tivesse sido alcançada pela revisão levada a efeito pelo autuante.

Em que pese o requerimento do impugnante para que seja intimado de qualquer diligência ou informação fiscal, saliento que em relação à informação prestada pelo autuante fl. 524, com base no §8º, do art. 127 do RPAF-BA/99, ante a inexistência de qualquer fato novo descabe a intimação.

Mantida parcialmente a exigência fiscal do item 07 da autuação fiscal, de acordo com a revisão efetuada pelo autuante às fls. 435 a 454 que resultou no débito remanescente de R\$57.842,60.

Quanto à infração 08 que exige a utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, o impugnante, em suas razões de defesa, sustentou a legitimidades dos créditos utilizados e a insubsistência da infração, asseverando que os débitos arrolados no levantamento fiscal correspondem, na verdade, a apropriação de créditos fiscais presumido proporcionalmente as operações de exportação realizadas e que se encontra acautelada por Parecer GECOT-DITRI/SEFAZ de nº 01759/2007, fl. 358 e 359, de autoria desta repartição admitindo a utilização de crédito decorrentes da entrada de matéria prima, material de embalagem e relativos à aquisição de energia elétrica proporcionalmente as operações de exportações promovidas.

O autuante, em sede de informação fiscal manteve o lançamento frisando que realizou levantamento de apuração de todas as suas vendas, vide CFOP 5101, 6101 e outros que geraram ICMS e encontrou o valor do ICMS a recolher por diferença apurando depois de confrontar o ICMS recolhido pelo impugnante com: a) o ICMS total devido, b) o ICMS a título de crédito presumido de 90%; e c) o ICMS a recolher, consoante discriminação constantes dos demonstrativos analíticos e sintético acostados às fls. 134 a 223. Enfatizou que neste item da autuação não se questiona o direito ao crédito presumido de 90%, apenas demonstra que os cálculos foram feitos se obtendo valor maior de ICMS devido, o que gerou recolhimento de ICMS a menos, mediante simples cálculo aritmético, cujos números não foram questionados pela autuada.

Depois de analisar os demonstrativos de débito elaborado pelo autuante, fls. 134 a 223, constato o acerto no procedimento fiscal que, do comparativo entre o montante total do ICMS devido e o ICMS a título de crédito presumido de 90% a que faz jus o impugnante, apurou o recolhimento a menos de R\$268.818,23.

Em que pese o citado Parecer nº 01759/2007, fl. 358 e 359, admitir a utilização de crédito decorrentes da entrada de matéria prima, material de embalagem e relativos à aquisição de energia elétrica proporcionalmente as operações de exportações promovidas, constato que o defensor, mesmo de posse dos demonstrativos analíticos e sintéticos apresentados pelo autuante discriminando a origem do recolhimento a menos de ICMS, objeto desse item da autuação, não carreou aos autos qualquer comprovação inequívoca da ocorrência da condicionante imprescindível para a utilização dos aludidos créditos fiscais, ou seja, as operações de exportações. Apesar de, sob sua custódia na contabilidade, na escrituração e na documentação fiscais do estabelecimento autuado, dispor de todos os elementos de prova, o defensor não se valeu da prerrogativa estatuída no art. 123 do RPAF-BA/99.

Assim, fica patente nos autos que a alegação da defesa, desconstituída de qualquer alicerce probante, é insuficiente para abalar ou elidir a acusação fiscal.

Diante disso, é subsistente a infração 08.

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

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206918.0002/12-9, lavrado contra **CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$571.355,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “f” e “a”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA