

PROCESSO	- A. I. N° 232151.0020/20-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MARMODECOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁRMORES LTDA.
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM	- DAT METRO / INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/10/2023

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0320-12/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL; **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Representação proposta com base no art. 136, § 2º da Lei n° 3.956/81 (COTEB), para análise de Controle de Legalidade. Restou comprovado que os produtos objeto da autuação eram destinados a atividade de produção industrial. Não cabível a exigência relativa à substituição tributária por antecipação total (infração 1) e parcial (infração 2). Infrações insubstinentes. Representação **ACOLHIDA**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com vista ao cancelamento do Auto de Infração, nos termos do art. 113, § 5º, I do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 16/06/2020 para exigir crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária (infração 1) e antecipação parcial (infração 2) nos exercícios de 2018 e 2019 - R\$ 23.882,35.

O contribuinte foi cientificado da lavratura do Auto de Infração em 02/09/2020 (fl. 11).

Lavrado Termo de Revelia em 24/02/2021 (fl. 19) e encaminhado para inscrição em Dívida Ativa.

Emitido relatório para inscrição em Dívida Ativa (fls. 24/25).

Em 02/06/2021, o autuado por meio do Processo SEI n° 006.0400.2021.0016407-56 (fls. 27/30), encaminhado a PGE/PROFIS, alegou que a exigência do ICMS foi feita por suposição de exercer atividade de comercialização, mas os produtos objeto da autuação são empregados como insumos em processo de industrialização de mármores, o que afasta a exigência do ICMS-ST (infração 1) e antecipação parcial (infração 2).

Juntou cópias da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) relativas aos exercícios de 2015 a 2020 (fls. 33 a 86); contribuições ao sindicato SIMAGRAN (fl. 87) e Relação de Empregados (fls. 88 a 109) e fotografias de atividade de industrialização de mármores (fls. 110 a 120).

A PROFIS/NCA converteu o processo em diligência ao autuante (fl. 124).

O autuante Rubem Francelino de Souza, Cad. 13.232151.4 informou que após o julgamento da ADI 4.233/2009, que “se encontra sem decisão final”, na condição de Agente de Tributos estava impossibilitado de constituir crédito fiscal, visto que a sua competência está *sub Judice*, à espera dos efeitos modulatórios.

A PGE/PROFIS encaminhou o PAF para a INFAC VAREJO, solicitando informação fiscal (fl. 127).

A Auditora Fiscal Sueli Santos Barreto, Cad. 13.170.632-2, estranha ao feito, prestou informação fiscal (fls. 129/130) esclarecendo que após análise dos demonstrativos e notas fiscais que:

INFRAÇÃO 1:

Para a mercadoria ser enquadrada na ST, faz-se necessário que a NCM prevista no Anexo 1 do RICMS/BA convirja com a descrição da mercadoria. No caso, as Notas Fiscais de n°s 50624, 55752, 630 e 1098 (fls. 131/134) indicam NCM 6810.1900 – Telhas de concreto que diverge das mercadorias constantes das notas fiscais por se tratar de “chapas de mármore”.

As Notas Fiscais de nºs 52583, 54937, 932, 933 e 1658 (fls. 135/138) indicam NCM 6907.2100 – Ladrilhos e placas de cerâmica (pavimentação/revestimento) diverge da descrição das mercadorias constantes das notas fiscais por se tratar de “chapas de granitos”.

INFRAÇÃO 2:

As Notas Fiscais de nºs 7.159, 5.026, 9.877 e 595 (fls. 139/143) são chapas (granito) utilizadas como matéria prima na atividade industrial do contribuinte e não mercadorias destinadas a comercialização.

As Notas Fiscais de nºs 3.521, 33.588, 34.554, e 34.638 (fls. 144/146) também não são destinadas à comercialização por se tratar de mercadorias destinadas a “uso e consumo no processo produtivo da autuada”.

Ressalta que conforme dados cadastrais do contribuinte (fl. 147) possui atividade econômica principal o CNAE 4744004 – 4744005 – Comércio varejista de materiais de construção não especificados e secundária o CNAE 2391503 – Aparelhamento de placas e execução de trabalhos em mármore, granito, ardósia e outra pedras.

Conclui que assiste razão ao autuado quanto ao argumento de não caber a exigência do ICMS-ST ou antecipação parcial relativo a insumos ou material de uso/consumo empregado na indústria.

A PGE/PROFIS, em sede de controle de legalidade encaminhou ao CONSEF a Representação PROFIS-NCA-EKS Nº 124/2023 (fls. 150/153) no sentido de que seja cancelado o Auto de Infração.

No despacho PGE/PROFIS/NCA, a Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos foi deliberada pela representação ao CONSEF, nos termos do art. 113, § 5º, I do RPAF/BA, no sentido de que seja cancelado o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária (infração 1) e antecipação parcial (infração 2).

Não tendo sido apresentado impugnação ao lançamento, foi lavrado Termos de Revelia e encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa. Posteriormente o estabelecimento autuado ingressou com processo na PGE/PROFIS solicitando o cancelamento da autuação.

A PGE/PROFIS no exercício do Controle da Legalidade do lançamento de ofício, encaminhou o processo, por entender ser necessária a apreciação das alegações defensivas e com base em informação fiscal prestada por Auditora estranha ao feito, solicita cancelamento do lançamento.

Conforme medidas adotadas pela PGE/PROFIS, para saneamento do processo, vislumbrando a possibilidade de decidir o mérito a favor do sujeito passivo, aplico o disposto no art. 155, § Único do RPAF/BA, que estabelece:

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

No mérito, a INFRAÇÃO 1 exige ICMS devido por antecipação tributária, na condição de empresa do SIMPLES NACIONAL referente à aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Constatou que as Notas Fiscais-es de nºs 50.624, 55.752, 630 e 1.098 indicam a NCM 6810.1900 e a fiscalização classificou como Telhas no demonstrativo de fl. 6, produto enquadrado na ST.

Entretanto, conforme notas fiscais juntadas pela auditora fiscal estranha ao feito, trata se de “chapas de mármore” com a denominação SILESTONE (STELLAR, NOKA, KENSHO e CHARCOAL).

A TIPI no capítulo 68, item 68.10 indica classificação de OBRAS DE CIMENTO, DE CONCRETO (BETÃO) OU DE PEDRA ARTIFICIAL, MESMO ARMADAS e no subitem 6810.1900 “OUTROS”.

Portanto, trata se de placas de mármore e como o estabelecimento autuado exerce atividade secundária com o CNAE 2391503 – Aparelhamento de placas e execução de trabalho de mármore,

granito, ardósia e outras pedras (fl. 147/v), trata se de insumo utilizado no processo produtivo e não cabe a exigência do ICMS-ST.

Da mesma forma as Notas Fiscais-es de nºs 52.583, 54.937, 932, 933 e 1.658 com indicação da NCM 6907.2100, que a fiscalização classificou no demonstrativo de fl. 6 como ladrilhos e placas de cerâmica, enquadrados no regime de substituição tributária, constato que conforme notas fiscais juntadas às fls. 135/138 trata se de DEKTON (BLAZE, HALO, ENTZO) que é uma *“uma pedra sintética, desenvolvida por meio da combinação de diversas matérias-primas, a fim de torná-la mais resistente possível”*, em placas de 2,0 e 1,2 metro. Portanto, também produto a ser utilizado como insumo no processo produtivo e não cabe a exigência do ICMS-ST.

Pelo exposto, a infração 1 é improcedente.

A INFRAÇÃO 2 acusa falta de recolhimento do ICMS-Antecipação parcial.

Constato que as Notas Fiscais-es de nºs 7.159, 5.026, 9.877 e 595, juntadas às fls. 139/143, identificam CHAPA DE GRANITO PRETO SÃO GABRIEL e MÁRMORE BEGE (DIVERSOS). Portanto, são chapas de granito que são utilizadas como matéria prima na atividade industrial do contribuinte e não mercadorias destinadas a comercialização, o que afasta a exigência do ICMS antecipação parcial nos termos do disposto no art. 12-A da Lei nº 7.014/1996.

Por sua vez, as Notas Fiscais-es de nºs 3521, 33.588, 34.554, e 34.638 juntadas às fls. 144/146 indicam REBOLO DIAM. LIGA MET, que são empregadas no processo produtivo do estabelecimento autuado e não são destinadas à comercialização, não cabendo a exigência do ICMS antecipação parcial.

Dessa forma, a infração 2 é também improcedente.

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS para julgar improcedente o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta para julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232151.0020/20-0, lavrado contra **MARMODECOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁRMORES LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS