

A.I. Nº - 279757.0072/14-8  
AUTUADO - TECNOGRES REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA.  
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e AGILBERTO MARVILA FERREIRA  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/05/2024

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0076-02/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO NORMAL. Procedimentos realizados pelos autuantes em conformidade com as regras da legislação em especial com o art. 10, inc. I, alínea “a” da Portaria nº 445/98. Constatada a omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, ainda presente fisicamente no estoque. Exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, observando o art. 6º, inc. IV da Lei nº 7.014/96. Infração reconhecida; b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada a aquisição de mercadorias sujeitas a substituição tributária sem documento fiscal. Exigido o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo. A MVA aplicada é de 35% conforme Anexo 88 do RICMS/97. Ao contribuinte inscrito no CAD-ICMS e no CNPJ sob o CNAE-Fiscal 2342-7/01 - Fabricação de azulejos e pisos, será aplicável o benefício da redução da base de cálculo para fins de substituição tributária, realizadas por substituto tributário situado neste Estado de 11,1112%, prevista no art. 87, inc. XI do RICMS/97. Cálculos feitos pelos autuantes. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIO DO PROBAHIA. Comprovado que o contribuinte utilizou os créditos fiscais na apuração do ICMS com os benefícios do Programa PROBAHIA nos limites da Resolução nº 11/2003. Infração insubsistente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. 4. FALTA DE RETENÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS. MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Refeitos os cálculos com a MVA de 35% prevista no Anexo 88 do RICMS/97, vigente na data de ocorrência dos fatos geradores. O contribuinte tem direito a redução da base de cálculo do ICMS-ST de 11,1112%



prevista no art. 87, inc. XI do RICMS/97. Refeitos, de ofício, os cálculos. Infração subsistente. **5. FALTA DE RECOLHIMENTO.** **a)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. SAÍDAS PARA EMPRESA COMERCIAL EXPORTADORA OU *TRADING COMPANY*. Contribuinte comprovou que as mercadorias saídas para a exportadora foram efetivamente exportadas mediante provas acostadas aos autos. Infração elidida. Insubsistente; **b)** ICMS-DIFAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. USO DO ESTABELECIMENTO. Contribuinte elidiu parte da infração comprovando o recolhimento em favor da Bahia pelos remetentes das mercadorias através de GNRE, parte das mercadorias adquiridas foram devolvidas e parte decorreram de operações de Simples Remessa. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2014, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 281.504,20, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

**INFRAÇÃO 01 – 04.05.08:** Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS exigido R\$ 89.512,27, acrescido de multa de 70% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96 para o exercício de 2009.

Enquadramento legal: Artigos 125, inc. I; 137, inc. I, alínea “a”; 2º, § 3º, inc. IV; 39, inc. V; 50; 60, inc. II, alínea “b”; 936 e 938, § 3º do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, c/com o art. 10, inc. I, alínea “a” da Portaria nº 445/98.

**INFRAÇÃO 02 – 04.05.09:** Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. ICMS exigido R\$ 34.909,79, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 para o exercício de 2009.

Enquadramento legal: Artigos 125, inc. II; 322; 2º; 50; 51; 61, inc. II, alínea “a” e 938 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 c/com o art. 10, inc. I, alínea “b” da Portaria nº 445/98.

Os autuantes informaram: “*Conforme demonstrativos de Auditoria de Estoques - Exercício 2009, ANEXOS A, B e C, partes integrantes do Auto de Infração, cópias e mídia entregues ao contribuinte*”.

**INFRAÇÃO 03 – 01.04.06:** Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, apurado no período de janeiro a junho e agosto a dezembro de 2011. ICMS exigido de R\$ 110.339,77 acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 116 e 117 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97

Informam os autuantes: “Referente ao benefício previsto na Resolução nº 11/2033, de 31/07/2003 e alterado na Resolução nº 15/2008, de 18/06/2008, que concede 85% do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas tributadas, conforme demonstrativo ANEXO “E” e “F”, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregue ao contribuinte”.

**INFRAÇÃO 04 – 02.01.03:** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos períodos de agosto a dezembro de 2009 e janeiro a julho de 2010. ICMS exigido de R\$ 20.035,45, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 2º; 50; 111, inc. I e 124, inc. I do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Os autuantes informaram: “Referente às saídas de painéis, faixas e peças decorativas, com CFOP 5.403, adquiridas em outras unidades da Federação, em desobediência ao Convênio ICMS 81/1993, Cláusula quinta, conforme demonstrativo ANEXO G, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregue ao contribuinte”.

**INFRAÇÃO 05 – 07.02.03:** Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos períodos de agosto de 2009 a julho de 2007. ICMS de R\$ 4.719,45, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 50; 56, inc. I; 124, inc. I e 582, § 1º do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 c/com o Convênio ICMS 113/96.

Os autuante informaram: “Referente às saídas de painéis, faixas e peças decorativas, com CFOP 5.403, adquiridas em outras unidades da Federação, em desobediência ao Convênio ICMS 81/1993, Cláusula quinta, conforme demonstrativo ANEXO G, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregue ao contribuinte”.

**INFRAÇÃO 06 – 13.02.05:** Deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias indevidamente equiparadas a exportação, para destinatários não enquadrados como empresa comercial exportadora ou *trading company*, referente a fatos ocorridos em maio, julho a setembro, dezembro de 2009, maio, agosto de 2010 e agosto a outubro de 2011. ICMS no montante de R\$ 10.014,28 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 50; 56, inc. I, 124, inc. I e 582, § 1º do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 c/com o Convênio ICMS 113/96.

Consta a informação: “Referente às saídas para Petters Exportadora e Manufaturadas Ltda., estabelecida na Rua José do Patrocínio, 822, Vala Portes, Foz do Iguaçu/PR, CNPJ: 00.778.833/0001-88, I.E: 42212747-04, com atividade econômica 4693100 - comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários, sem comprovação do embarque ou registro das exportações, conforme demonstrativo ANEXO H, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte”.

**INFRAÇÃO 07 – 06.02.01:** Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Fatos geradores ocorridos em fevereiro a maio de 2009, janeiro, junho a agosto, outubro de 2010, março, maio, julho e outubro de 2011. ICMS exigido de R\$ 11.973,19 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 1º, § 2º, inc. IV; 5º, inc. I, 36, § 2º, inc. XIV; 69; 72; 111, inc. III, alínea “a”; 124, inc. I e 132 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97

Consta a informação: “Referente a aquisições de peças de reposição e materiais de uso e/ou consumo, conforme demonstrativo ANEXO I, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregue ao contribuinte.”.

A autuada através de seu advogado, apresentou impugnação, fls. 107 a 128, na qual reproduziu as infrações, demonstrou a tempestividade da defesa para em seguida arguir nulidade do lançamento sob o argumento de que os autuantes não consideraram, tampouco detalharam o processo produtivo da empresa, caracterizando a inexistência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, contrariando o disposto no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/BA.

Lembra que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme CTN, art. 142 e aponta que a infração 03 se refere à Resolução nº 11/2033 de 31/07/2003, a qual inexiste nos registros da SEFAZ/BA, assim, os autuantes deveriam ao efetuar o lançamento, descrever os termos da citada resolução. Como assim não procederam, caracterizou a insegurança na infração.

Registra que para demonstrar a boa fé e preservar o bom relacionamento com o Fisco, requereu a emissão de DAE para pagamento das infrações 04 e 05 e promete recolher através de crédito fiscal, parcialmente a infração 02, uma vez que a mesma carece de correção da MVA e da redução da base de cálculo para produtos cerâmicos e, totalmente a infração 01, conforme comprovante - Doc. 02.

Ao abordar o mérito das demais infrações, trata do processo produtivo da indústria de pisos e azulejos, cujo um dos objetivos é reproduzir as texturas se utilizando de esmaltes contendo características e natureza específicas. Informa que para ser aplicado o esmalte sobre a placa cerâmica é preciso reduzir os componentes a finas partículas em meio aquoso, com a utilização de moinhos com esferas de alta alumina, bolas de moinho, semelhantes às utilizadas pela indústria de cimento e de mineração, sobre as quais aponta que o CONSEF já pacificou entendimento de que se trata de insumos essenciais ao processo produtivo.

Acrescenta que nos desenhos e na aplicação das cores, utiliza cilindros ou rolos serigráficos com a gravação dos desenhos, responsáveis em transferir, por meio de impressão, o esmalte colorido para a superfície da peça, portanto, indispensáveis.

Aponta a necessidade de correção da infração 02, vez que os autuantes ao exigir o ICMS - antecipação tributária dos produtos cerâmicos, no cálculo do imposto não considerou a MVA vigente à época dos fatos geradores cujo percentual era de 35%, conforme Anexo 88, item 14 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, além da redução da base de cálculo prevista no art. 87, inc. XI do mesmo RICMS. Demonstra qual seria o valor correto do ICMS-ST:

|                                     |                   |
|-------------------------------------|-------------------|
| Base de Calculo                     | 526.542,76        |
| MVA (35%)                           | 184.289,97        |
| <b>Total</b>                        | <b>710.832,73</b> |
| Base de Cálculo Reduzida - 11,1112% | 631.850,68        |
| ICMS Substituição                   | 107.414,62        |
| Crédito - ICMS normal               | 89.512,27         |
| <b>ICMS Substituído devido</b>      | <b>17.902,35</b>  |

Requer a correção do valor da infração 02, que deverá ser quitada através de crédito fiscal, já requerido na INFRAZ da sua circunscrição fiscal e o respectivo DAE.

Ao tratar da infração 05, sinaliza a aplicação indevida de MVA para produtos cerâmicos, uma vez que no cálculo da substituição tributária nas saídas internas subsequentes, os autuantes se equivocaram no cálculo da MVA fixada no RICMS/97.

Sinaliza que a MVA para venda de produtos cerâmicos, vigente à época dos fatos geradores era de 35%, diferente do aplicado pelos autuantes (39%), além da desconsideração da redução da base de cálculo do ICMS-ST de 11,1112%, prevista no inc. XI do art. 87 do RICMS/97, copiado.

Observa que a partir de 01/07/2009 iniciou a vigência da isenção do IPI e conclui que a infração 05 deverá ser objeto de diligência por um Fiscal estranho ao feito, para que se apure o valor devido. Salienta que já reconheceu e recolheu parte do valor, no montante de R\$ 4.007,06 - Doc 03.

Aponta haver um equívoco na infração 06, quando os autuantes entenderam que as saídas de produtos com destino a exportação, realizadas pela empresa Petters Exportadora de Manufaturados Ltda., não teriam sido efetivadas por empresa comercial exportadora ou *trading company*. Informou ainda que os autuantes consideraram que a empresa estava inscrita como comércio atacadista de mercadorias e que não houve o registro das exportações.

Afirma que a empresa, estabelecida em Foz do Iguaçu, tem no alvará concedido pela Prefeitura do Município local - Doc 04, indicada a atividade: Exportação de máquinas, motores, ferragens agrícolas e industriais, louças cerâmicas, cal hidratada e virgem, argamassa, aberturas, artefatos em fibra e fibrocimentos.

Afirma ter acostado aos autos o Doc 05 referente a revalidação do credenciamento da citada empresa como exportadora, requerida à Delegacia da Receita Federal de Foz do Iguaçu/PR.

Assim, entende que a atividade econômica descrita neste lançamento não tem o condão de desqualificar a empresa como exportadora, pois trata-se apenas de uma obrigação não essencial a real atividade da empresa.

Completa que as exportações estão comprovadas no Registro do SISCOMEX, da Secretaria da Receita Federal, Doc 07, fato que deve ser verificado através de diligência fiscal por Fiscal estranho ao feito para que a infração seja julgada improcedente.

Arguir improcedência da infração 07 pelas seguintes razões: **(I)** parte considerável das notas fiscais elencadas pela Fiscalização teve o recolhimento do ICMS-DIFAL antecipado pelos fornecedores, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE - Doc 08; **(II)** houve devolução de mercadorias, fato não observado pelos autuantes; e **(III)** houve notas fiscais para entrega futura cujo recolhimento foi realizado pela “*nota mãe*”.

Sinaliza ter anexado planilha demonstrativa com os valores corretos a título de ICMS-DIFAL, que deverá ser objeto de revisão fiscal. Portanto, a infração deve ser julgada improcedente.

Ao tratar da infração 03, aponta que os autuantes entenderam que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal presumido. Contudo, diz que a Fiscalização não considerou nos seus cálculos os ajustes obrigatórios para apuração do real débito da autuada, a exemplo dos “outros créditos” ou “estornos de débitos”, para em seguida calcular o percentual do crédito presumido de 85%, previsto na Resolução relativa ao benefício fiscal concedido pela SEFAZ/BA.

Conclui que no demonstrativo, Doc 08, constatou que a Fiscalização não considerou além dos lançamentos a título de devoluções, os estornos de créditos e outros débitos, os lançamentos registrados pelos CFOPs 5.102, 5.201, 5.556, 5.910, 5.949, 6.102, 6.201, 6.403, 6.553, 6.556, 6.913, 6.918 e 6.949, que reduzem o valor do débito total relativo ao exercício de 2011.

Relaciona diversos exemplos e sinaliza que em dezembro, a Fiscalização não considerou as deduções do CFOP 5.910 nas notas fiscais números 042.986, 042.987 e CFOP 6.910 nas notas números 043.031, 043.030 e 043.931.

Diz que os fatos justificam a necessidade de uma revisão da infração para que se constate a inexistência de qualquer débito. Junta aos autos o demonstrativo comprovando as alegações defensivas - Doc 9.

Quanto a aplicação de multa prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, diz que nos casos em que a multa não for meramente moratória para a solução dos casos tributários penais,

há de se observar todos os princípios jurídicos que regem o direito penal, conforme lição de Fábio Fanucchi e outros juristas, que reproduz.

Transcreve doutrina de Aliomar Baleeiro acerca do art. 112 do Código Tributário Nacional que estabelece os casos em que a legislação tributária deve sempre ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte sempre que a autoridade tiver dúvidas quanto à adequação do fato à norma jurídica.

Conclui que de uma análise dos incisos do citado artigo do CTN, todos preveem situações em que é absurda a autuação por parte da administração pública, portanto, legítimo será sua aplicação, proveniente do direito tributário.

Acrescenta que a lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve.

Afirma que o disposto do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 é genérico, dando azo à imaginação do Fisco em aplicar uma interpretação extensiva ou mesmo analógica da penalidade, procedimento vedado pela doutrina e jurisprudência, que só a admite em benefício do réu.

Roga ao Conselho de Fazenda que desclassifique a multa aplicada pela Fiscalização em razão da sua natureza genérica.

Acusa a autuação de ferir os princípios constitucionais albergados no RPAF, como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e o princípio do não confisco, não observados pela Fiscalização.

Explana sobre os citados princípios e afirma que as infrações com a exigência do ICMS e aplicação de multa no percentual de 70%, fere o conceito de proporcional ou razoável, uma vez que impõe à contribuinte sanção pecuniária relativa a uma sistemática de tributação que não acarreta qualquer prejuízo ao Erário Estadual.

Transcreve doutrina de Helenilson Cunha Pontes, entendendo que o meio adotado e o fim perseguido devem representar uma relação conforme e proporcional.

Faz referência ao art. 150, inc. IV, da Constituição Federal que consagra o Princípio do Não-Confisco não dirigido apenas a um ente federativo, mas às quatro esferas federativas.

Reproduz lição de Hugo de Brito Machado que reforça as razões expostas.

Cita o julgamento da ADIN 2010-2, e conclui que no presente caso, inobstante a absoluta improcedência do Auto de Infração está sendo aplicada multa em percentual nitidamente confiscatório, em afronta direta às garantias constitucionais do contribuinte, configurando-se uma violação aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Repisa que as multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, já reconhecida a sua ilegitimidade conforme decisões do Poder Judiciário que as tem reduzido. Portanto, é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco.

Afirma que nesse sentido, o STF é absolutamente explícito em reconhecer a autoaplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal, conforme RE 91.707 e RE 81.550, ementas transcritas.

Relembra lições de Rui Barbosa Nogueira e conclui que o tributo não pode ser utilizado com efeito de confisco.

Requer ao Conselho de Fazenda Estadual:

- I) Em preliminar de nulidade, reconhecer a falta de segurança para se determinar a infração nos termos do art. 18 do RPAF/BA, principalmente quanto à infração 03;
- 2) No mérito o reconhecimento: (a) parcial da infração 02, após correção da MVA e aplicação da redução da base de cálculo para produtos cerâmicos; (b) que a MVA aplicada pela Fiscalização

foi incorreta na infração 05, como também a redução da base de cálculo para produtos cerâmicos; (c) que a empresa Petters Comercial Exportadora se trata de uma *trading* e que os produtos foram efetivamente exportados, infração 06.

- 3) A revisão por Fiscal estranho ao feito para apurar o recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquota - infração 07;
- 4) O reconhecimento do cálculo equivocado do débito relativo à infração 03;
- 5) O cancelamento da multa pelo seu caráter genérico relativa à infração 07; e
- 6) A redução ou cancelamento da multa confiscatória.

Requer ainda a realização de diligência por Fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*. Acosta aos autos planilha de cálculo de todas as infrações - Doc 10.

Às fls. 364 a autuada apresentou solicitação do recalcular das infrações 04 e 05, informando o pagamento total da infração 04 no valor de R\$ 20.035,45 e o reconhecimento, como devido, o montante de R\$ 4.007,06 referente a infração 05.

Os autuantes prestaram a informação fiscal às fls. 372 a 374, na qual transcreveram as infrações e registraram que a autuada reconheceu integralmente a infração 04 e parcialmente a infração 05, recolhendo o valor através de DAE, assim como reconheceu parcialmente a infração 02 e integralmente a infração 01.

Quanto ao mérito, informam que o argumento da defesa de parte da infração 02, referente a redução da base de cálculo, não se aplica ao caso, uma vez que se trata de mercadorias adquiridas sem nota fiscal, portanto, não são beneficiadas. Quanto a MVA, reconhecem proceder a alegação, pois a MVA aplicada de 39% passou a vigor partir de 01/01/2011. Retificaram o demonstrativo de débito da infração 02, aplicando a MVA de 35%:

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo | Alíquota | Multa | Valor            |
|-----------------|-----------------|-----------------|----------|-------|------------------|
| 31/12/2009      | 31/12/2009      | 189.289,97      | 17%      | 60%   | <b>31.329,29</b> |

Quanto a infração 03, afirmam que os argumentos da defesa não condizem com os esclarecimentos prestados pela autuada ao longo dos trabalhos.

Apresentam como exemplo, as devoluções sobre as quais a autuada informou que as mercadorias não voltaram a integrar os estoques, sendo consideradas perdas em função de terem dado saída e no posterior retorno, estavam fora de especificação, não sendo comercializadas, fato que ocorreu nas saídas sob os CFOPs que informa às fls. 117.

Em relação aos CFOPs 6.553 e 6.556, informam que a argumentação não procede. Ademais, a inclusão e a exclusão para efeito do cálculo do crédito presumido ocorrem tão somente em relação às mercadorias beneficiadas pela Resolução PROBAHIA, tanto nas entradas quanto nas saídas.

Tratando da infração 06, relatam que mesmo verificando a documentação das fls. 168 a 320, não identificaram os referidos registros no banco de dados MCEX.

Em relação a infração 07, lembram que a defesa arguiu que em alguns casos, o ICMS-DIFAL fora recolhido através de GNRE e declarou não ter recolhido o imposto referente a algumas notas fiscais em decorrência de devolução daquelas mercadorias. Quanto à devolução, informam que foram mercadorias de consumo que não se comprovou, efetivamente, a devolução, nota fiscal nº 008.972, sem identificação do transportador, fl. 340, mesmo caso dos DANFEs, fls. 342 e 344.

Requerem a procedência parcial da infração 02 e mantém integralmente as demais, atentando ao fato do reconhecimento integral das infrações 01 e 04.

Notificada da informação, fl. 375, a autuada apresentou manifestação, fls. 377 a 380, na qual apontou que no Auto de Infração, ora contestado, restou comprovada a omissão dos autuantes, pois, não analisaram nenhum dos argumentos apresentados, apenas retificaram os erros indicados na defesa e não revisaram o lançamento, apesar da documentação juntada à defesa.

Registra outros equívocos, que diz terem sido cometidos pelos autuante e, com o fito de elucidar as questões, junta planilha demonstrando na infração 03: (I) Resumo de apuração do ICMS; (II) Devolução de clientes; (III) Demonstrativo de crédito presumido - entradas; (IV) Demonstrativo de crédito presumido - saídas; e (v) Recibo do SPED.

Repisa a advertência de que estão sendo aplicadas multas em valores confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte configurando-se em violação aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Volta a acusar o exagero na multa aplicada, vez que nela foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela legislação vigente.

Reproduz as ementas de julgados pelo STF: RE 91.707 e 81.550, por entender corroborar com seus argumentos assim como lições de Rui Barbosa Nogueira.

Requer a realização de diligência por Fiscal estranho ao feito para comprovar as suas alegações e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori* e que se reconheça o efeito confiscatório das multas.

Em 26/02/2016 o processo foi convertido em diligência a INFAT de origem, fls. 424 e 425, para que os autuantes: (I) explicassem detalhadamente a metodologia aplicada na apuração da infração 03; (II) se pronunciassem acerca dos argumentos, provas e demonstrativos trazidos pela defesa referente as infrações 03 e 07; (III) caso, sejam os argumentos válidos, que se excluíssem os valores correspondentes e elaborassem novo demonstrativo para as infrações 03 e 07.

A autuada formalizou a entrega do original da nota fiscal avulsa nº 2299262015 no valor de R\$ 167.227,00 para quitação das infrações 01 e 02.

Um dos autuantes, cumprindo a diligencia, prestou informação, fls. 446 a 450, na qual afirmou que foi realizada diligência saneadora cujo resultado explicou na mesma ordem disposta no Auto de Infração.

Infração 01: reconhecida pela autuada e quitada através do Certificado de Crédito Fiscal, documentos de fls. 436 a 442.

Infração 02: a autuada reconheceu parcialmente, corrigindo os valores da MVA no demonstrativo, fls. 11 a 32, e considerando a redução da base de cálculo prevista no art. 87, inc. XI do RICMS/97, cujo resultado, admitido pela autuada, foi de R\$ 17.902,35, fls. 436 a 442. Contudo, registra que na informação fiscal foi acolhido o argumento quanto a MVA, corrigindo o demonstrativo e o não reconhecimento do usufruto do benefício da redução da base de cálculo uma vez que as referidas mercadorias foram adquiridas sem documento fiscal, o que não submete as operações ao previsto no RICMS/97, fls. 373. Retifica o demonstrativo de débito, restando devido R\$ 31.329,29.

Infração 03: afirma que não procedem as alegações da defesa quanto à inclusão dos CFOPs 5.102, 6.102, 6.403, 6.553, 6.556, 6.913 e 6.918 na base de cálculo para apuração do valor do Crédito Presumido, porque o benefício é aplicado às mercadorias produzidas no estabelecimento e não às mercadorias adquiridas para revenda. Estas, sujeitam-se às regras previstas no art. 15, inc. I, da Lei nº 7.014/97.

Completa que as mercadorias, cujas saídas foram acobertadas pelos CFOPs: 5.201, 5.553, 5.556, 6.201, 6.553, 6.556, 6.913 e 6.918, foram objeto do “estorno de débito”, conforme se comprova no demonstrativo *Crédito Presumido*. No mesmo sentido, garante que as devoluções foram consideradas na apuração da base de cálculo. Contudo, considerou na base de cálculo da apuração do Crédito Presumido os CFOPs 5.949 e 6.949 o que culminou com redução do valor.

Aponta que não ficou claro a pretensão da autuada às fls. 117, quando alegou que os autuantes não consideraram os valores registrados como “outros créditos”. Afirma que, “outros créditos” são genéricos, cabendo à autuada justifica-lo, o que foi feito quando apresentou à Fiscalização o demonstrativo *Tecnogres – Demonstrativo do Apuração ICMS.xlsx*.

Indica ainda, quanto a “*outros débitos*” basta que se analise no demonstrativo Crédito Presumido a linha 37 para constatar que foram considerados pelos autuantes, excluído o valor do crédito fiscal previsto na Resolução nº 11/2003, fls. 78, em seu art. 2º.

Apresenta o demonstrativo de débito retificado:

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo | Alíquota | Multa | Valor             |
|-----------------|-----------------|-----------------|----------|-------|-------------------|
| 31/01/2011      | 28/02/2011      | 3.318,59        | 17%      | 60%   | 564,16            |
| 28/02/2011      | 31/03/2011      | 2.665,06        | 17%      | 60%   | 453,06            |
| 31/03/2011      | 30/04/2011      | 30.550,12       | 17%      | 60%   | 5.193,52          |
| 30/04/2011      | 09/05/2011      | 26.801,88       | 17%      | 60%   | 4.556,32          |
| 31/05/2011      | 09/06/2011      | 22.110,18       | 17%      | 60%   | 3.758,73          |
| 30/06/2011      | 09/07/2011      | 11.468,35       | 17%      | 60%   | 1.949,62          |
| 31/08/2011      | 09/09/2011      | 78.445,12       | 17%      | 60%   | 13.335,67         |
| 30/09/2011      | 09/10/2011      | 157.115,00      | 17%      | 60%   | 26.709,55         |
| 31/10/2011      | 09/11/2011      | 122.100,65      | 17%      | 60%   | 20.757,11         |
| 30/11/2011      | 09/12/2011      | 47.894,29       | 17%      | 60%   | 8.142,03          |
| 31/12/2011      | 09/01/2012      | 129.146,76      | 17%      | 60%   | 21.954,95         |
| <b>Total</b>    |                 |                 |          |       | <b>107.374,72</b> |

Infração 04: reconhecida expressamente pela autuada, fls. 110 e fls. 364 a 369.

Infração 05: informa que a autuada comprovou que a MVA nas operações relacionadas no demonstrativo da infração é de 35%. Reconhece a procedência parcial do valor de R\$ 4.007,06, fls. 364 a 369. Retifica o levantamento e o demonstrativo de débito.

Infração 06: diz que a autuada comprovou às fls. 168 a 320 a exportação de todas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 47 e 48. Considera a infração elidida.

Infração 07: relata ter conferido o demonstrativo infração: *DIFAL CFOP 2556.xlsx*, que foi retificado. Lembra que a autuada reconheceu como devido o valor de R\$ 66,12:

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo | Alíquota | Multa | Valor        |
|-----------------|-----------------|-----------------|----------|-------|--------------|
| 28/02/2009      | 09/03/2009      | 388,94          | 17%      | 60%   | 66,12        |
| <b>Total</b>    |                 |                 |          |       | <b>66,12</b> |

Notificada da diligencia, via Correios, fls. 460 e 461, a autuada apresentou nova manifestação, fls. 463 e 464, na qual inicialmente argui que a diligencia procedida pelo Fiscal foi omissa quanto aos argumentos e elementos probatórios, se limitando a retificar os erros indicados e, portanto, não revisou o lançamento, apesar das provas anexadas na primeira manifestação.

Insiste ser verdade, que anexou planilha – Doc. 02, demonstrando que na infração 03 o Auditor não efetuou o cálculo corretamente quanto ao crédito presumido e não acrescentou o período 07/2011.

Informa que na planilha consta a apuração do ICMS incentivado e não incentivado de acordo com o arquivo SPED e recolhimentos efetuados. Acrescenta que também estão demonstrados os equívocos do Fiscal quanto ao ICMS recolhido.

Dessa manifestação um dos autuantes tomou ciência, fl. 495-v, e sugere a remessa do processo para o CONSEF.

O processo foi redistribuído para a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, fl. 503, que por sugestão do então Relator, decidiu o converter em nova diligência à INFRAZ de origem para exame e análise dos argumentos e fatos apresentados pela autuada na sua manifestação, fls. 463 a 493, nos termos da diligência realizada pelos autuantes por determinação da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Um dos autuante cumpriu a diligência, fls. 507 a 509, informando que agora a demanda se restringe às infrações 02, 03, 05, 06 e 07.

Infração 02: o argumento inicial da defesa foi acolhido pelos autuantes quanto à utilização indevida do MVA. Contudo, em se tratando da redução da base de cálculo do ICMS prevista no art. 87, inc. XI, do RICMS/97, não foi acatado, por entender que não se aplicaria ao caso em decorrência do imposto lançado resultar de operações sem emissão de documento fiscal. Retificado o demonstrativo de débito, restou devido o ICMS no montante de R\$ 31.329,29.

Infração 03: quanto ao argumento trazido na manifestação, fls. 463 e 464, afirma que após análise dos fatos e exame dos documentos anexados aos autos, declina do entendimento inicial quanto às devoluções de mercadorias produzidas pelo estabelecimento. No mesmo sentido, revê o entendimento inicial quanto às operações sob os CFOPs 6.553 e 6.556.

Relata que após conferência dos dados e justificativas das planilhas gravadas na mídia de fls. 494, restou comprovado que a apuração realizada pela autuada para o cálculo do Crédito Presumido está de acordo com os termos da Resolução PROBAHIA nº 11/2003, que beneficia suas operações de saídas de pisos e revestimentos cerâmicos.

Conclui como elidida a infração 03.

Infração 05: o argumento da defesa foi acolhido na diligência de fls. 446 a 458, que modificou o valor lançado originalmente para R\$ 4.007,06.

Infração 06: diz que foi comprovada improcedência da exigência na diligência anterior mediante a apresentação dos registros de entradas das notas fiscais relacionadas no demonstrativo da infração.

Infração 07: afirma que o montante do crédito tributário lançado originalmente foi retificado na diligência de fls. 446 a 445, que resultou em R\$ 66,12.

Notificada a tomar ciência da informação, através do DT-e, fls. 515 a 517, a autuada não mais se manifestou.

O processo foi redistribuído a este Relator, em razão da aposentadoria do anterior.

É o relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de sete infrações à legislação fiscal, sobre as quais em sua impugnação reconheceu integralmente a procedência das infrações 01, 04 e parcialmente as infrações 02 e 05, que segundo a defesa “*precisa de correção da MVA e da redução da base de cálculo para produtos cerâmicos*”.

A defesa apresentou as fls. 157 e 158 cópias do DAE e comprovante de recolhimento do ICMS (R\$ 24.042,51) mais acréscimos e multa totalizando R\$ 36.491,84, referente a infração 04 e parte reconhecida da infração 05, correspondente a R\$ 4.007,11.

Consta apensado aos autos o processo SIPRO nº 098001/2016-0, formalizando a entrega da nota fiscal avulsa nº 2299262015 no valor total de R\$ 167.227,00 para quitação das infrações 01 (integral) e 02 (parcial) na forma do art. 317, inc. II, alínea “a” do RICMS/97, valores referentes a 13/02/215, data da solicitação para emissão do certificado de crédito do ICMS, valor já apropriado nos registros do presente PAF através do Sistema Integrado da Administração Tributária – SIGAT, fls. 415 e 416.

Portanto, considero desde já subsistentes as infrações 01 e 04.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, estabelecido no município de Dias D'ávila/BA, exercendo a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 2342-7/01 - Fabricação de azulejos e pisos, além do comércio atacadista de materiais de construção em geral. Foi habilitado no Programa PROBAHIA, pela Resolução nº 11/2003, a usufruir dos seguintes benefícios:

*I - Crédito Presumido - fixa em 95% (noventa e cinco por cento) do imposto incidente, o percentual do Crédito Presumido a ser utilizado pela TECNOGRÉS REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA., nas operações de saídas de pisos e revestimentos cerâmicos, pelo prazo de 15 (quinze) anos contado a partir de 1º de novembro de 2014, nos termos do disposto no Decreto nº 11.357/2008, que alterou o Decreto nº 6.734/1997.*

*II - Diferimento - do lançamento e do pagamento do ICMS, pelo recebimento do exterior ou, relativamente diferencial de alíquotas, pelas aquisições em outra unidade da Federação, de máquinas, equipamentos, ferramental, moldes, modelos, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade, e seus sobressalentes, para o momento em que ocorrer sua desincorporação do ativo imobilizado.*

A redação atual dos incisos acima transcritos foi dada pela republicação da Resolução nº 51/2014 com efeitos a partir de 06/11/2014.

O contribuinte tomou ciência do início da ação fiscal em decorrência da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, fl. 10, assim como a intimação para apresentação de livros e documentos recebido por seu representante em 27/08/2014, cópia à fl. 11.

Preliminarmente a defesa arguiu nulidade do lançamento por entender que os autuantes não consideraram, tampouco detalharam o processo produtivo da empresa, restando demonstrada a inexistência de elementos suficientes para determinar com segurança a infração, contrariando o disposto no artigo 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

Também arguiu nulidade, especificamente da infração 03, em razão de identificar a caracterização da insegurança da mesma, em razão dela se referir a “Resolução nº 11/2033” de 31/07/2003, que disse inexistir nos registros da SEFAZ/BA, portanto, não poderiam os autuantes efetuar o lançamento sem descrever com segurança os termos da citada resolução, pois se trataria de elemento essencial para a cognição da acusação.

Quanto ao primeiro argumento, inicialmente lembro que os motivos de nulidade do lançamento de ofício encontram-se relacionados no art. 18 do RPAF/99, quais sejam: *(i)* os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente; *(ii)* os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; *(iii)* as decisões não fundamentadas; e *(iv)* o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e em que se configure ilegitimidade passiva.

Dos motivos acima arrolados, não vejo nenhum que possa contemplar a hipótese aventada na arguição de nulidade formulada pela defesa. Ademais, as informações necessárias e suficientes para que a competente autoridade Fiscal proceda a um lançamento de ofício contra um determinado contribuinte, se encontra a ele disponível nos registros da SEFAZ (cadastrais, decisões administrativas, Escrituração Contábil Digital, Escrituração Fiscal Digital, recolhimentos de taxas e impostos etc.), tendo em vista que todos esses dados estão armazenados e organizados de modo a permitir aos Auditores Fiscais total conhecimento das informações com repercussões fiscais e contábeis, necessárias e suficientes para que se efetue com segurança os lançamentos de ofício decorrente da aplicação de roteiros de auditoria aprovados e recomendados pela Administração Tributária.

Quanto a arguição de nulidade da infração 03, lembro que a referência da “Resolução nº 11/2033, de 11/07/2003”, efetivamente trata-se de um lapso dos autuantes ao digitar o ano da citada resolução que, em verdade quiseram se referir a Resolução nº 11/2003. Esta não pode ser desconhecida da autuada, pois é a resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, nos termos da Lei nº 7.025/1997, regulamentada pelo Decreto nº 6.734/1997, publicada no Diário Oficial de 06/08/2003, emitida a pedido da própria autuada.

Fica claro e patente que a menção a resolução de 2033 decorreu de um erro de digitação sem qualquer influência no entendimento da acusação, tanto assim que a defesa, relativamente a esta infração, abordou pontos específicos e precisos demonstrando o total conhecimento da mesma, fato que descharacteriza por completo a arguição de insegurança.

Ademais é importante lembrar que o § 1º do art. 18 do RPAF/99 permite que “*eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário*”, atributos que se observa presentes na infração 03.

Destarte, rejeito as arguições de nulidade.

Compulsando os autos, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição dos fatos infracionais se apresenta de forma clara e objetiva. É possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do crédito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

O direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, a lide restou para as infrações 02, 03 (parcialmente), 05 (parcialmente), 06 e 07.

A infração 02 exige o ICMS relativo à falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, dos produtos cerâmicos apurado por levantamento quantitativo de estoque, por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Alegou a defesa que no cálculo do imposto devido a Fiscalização não considerou a MVA vigente à época dos fatos geradores cujo percentual era de 35%, conforme Anexo 88, item 14 do RICMS/97, assim como não observou a redução da base de cálculo prevista no art. 87, inc. XI do citado regulamento.

Os autuantes, em sede de informação fiscal, não acolheram o argumento da aplicação da redução de base de cálculo do ICMS, sob a justificativa de que não se aplica a redução da base de cálculo uma vez que se trata de mercadorias adquiridas sem nota fiscal, mas admitiram como procedente o argumento quanto ao MVA aplicado, que deve ser de 35%, vigente na data de ocorrência dos fatos geradores. Refizeram os cálculos e retificaram o demonstrativo de débito, restando como devido o ICMS no valor de R\$ 31.329,29.

Este entendimento foi mantido até a última informação prestada por um dos autuante no cumprimento da segunda diligência, valor não mais contestado pela autuada.

Observo que a autuada não se insurgiu contra a infração 02, mesmo porque reconheceu a infração 01 com a qual está imbricada, uma vez que ambas decorreram dos mesmos fatos geradores, cujo ICMS devido foi apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por item de mercadoria. Enquanto a primeira exige o imposto normal, por solidariedade, a segunda cobra o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O art. 87, inc. XI do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente na data de ocorrência dos fatos geradores (2009), assim estabelecia:

*Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

*XI - para fins de substituição tributária nas operações com as mercadorias abaixo especificadas, realizadas por substituto tributário situado neste Estado inscrito no cadastro estadual como fabricante de azulejos e pastilhas (código de atividade 2641-7/02), calculando-se a redução em 11,1112% (onze inteiros e um mil cento e doze décimos de milésimos por cento):*

*a) ladrilhos, cubos e pastilhas (NBM/SH 6908.10.00);*

*b) placas (lajes) para pavimentação ou revestimento, vidradas ou esmaltadas (NBM/SH 6908.90.00);*

c) azulejos e ladrilhos, decorados ou não (NBM/SH 6908.90.00). (Grifos do relator)

Como se vê, o benefício da redução da base de cálculo para fins de substituição tributária nas operações com as mercadorias indicadas nas alíneas “a”, “b” e “c”, se aplica às operações realizadas pelo substituto tributário situado neste Estado inscrito no cadastro estadual como fabricante de azulejos e pastilhas no código de atividade 2641-7/02.

No caso da autuada, consta registrado no Cadastro Estadual - CAD-ICMS e no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ a atividade econômica com o CNAE-Fiscal 2342-7/01 - Fabricação de azulejos e pisos.


**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**
**CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA**

|   |   |                                 |
|---|---|---------------------------------|
| NÚMERO DE INSCRIÇÃO:<br>04.396.656/0001-92<br>MATRIZ  | COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO<br>CADASTRAL | DATA DE ABERTURA:<br>17/04/2011 |
| NOME EMPRESARIAL:<br><b>TECNOPROS REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA.</b>   |   |                                 |
| TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FAVORECIDA):<br>*****  |   | PARTE<br>DEMAIS                 |
| CODIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL:<br><b>23.42-7-01 - Fabricação de azulejos e pisos</b>  |   |                                 |
| CODIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS INCLUÍDAS:<br><b>46.79-8-04 - Comércio atacadista especializado de materiais de construção não especificados anteriormente</b><br><b>46.79-8-99 - Comércio atacadista de materiais de construção em geral</b><br><b>08.10-0-07 - Extração da argila e beneficiamento associado</b> |   |                                 |

A CNAE-Fiscal da autuada não corresponde exatamente aquela prevista no RICMS/97, contudo, trata-se de atividade econômica similar, assim corretamente considerada albergada pelo benefício da redução da base de cálculo do ICMS.

De todo o exposto, acolho a revisão procedida pelos autuante e tenho a infração 02 como parcialmente subsistente no valor de R\$ 31.329,29, conforme demonstrativo:

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo | Alíquota | Multa | Valor            |
|-----------------|-----------------|-----------------|----------|-------|------------------|
| 31/12/2009      | 31/12/2009      | 189.289,97      | 17%      | 60%   | <b>31.329,29</b> |

A infração 03, que exige o ICMS decorrente do uso indevido de crédito fiscal, apropriado em desconformidade com a Resolução do PROBAHIA nº 11/2003, foi contestada pela autuada aduzindo que a Fiscalização não considerou nos seus cálculos os ajustes obrigatórios para que se apurasse o real débito, a exemplo dos “outros créditos” ou “estornos de débitos”, para em seguida calcular o percentual do crédito presumido de 85%, previsto na resolução, relativa ao benefício fiscal do PROBAHIA, tendo constatado que não se considerou, além dos lançamentos a título de devoluções, estornos de créditos e outros débitos, os lançamentos registrados pelos CFOPs 5.102, 5.201, 5.556, 5.910, 5.949, 6.102, 6.201, 6.403, 6.553, 6.556, 6.913, 6.918, 6.949, que reduziriam o valor do débito total relativo ao exercício de 2011.

Inicialmente, os autuantes refutaram os argumentos da defesa sob a justificativa de que tais arguições eram condizentes com os esclarecimentos prévios prestados pela autuada e a inclusão e a exclusão para efeito do cálculo do crédito presumido ocorrem tão somente em relação às mercadorias beneficiadas pelo PROBAHIA, tanto nas entradas quanto nas saídas.

Em manifestação, fls. 463 e 464, a autuada apresentou detalhadamente seus argumentos contra a infração 03 tendo anexado, gravado em mídia, arquivo contendo uma planilha na qual detalhou e demonstrou estarem corretos os cálculos que realizou, comprovando devidos os créditos apropriados com base na Resolução do PROBAHIA.

Na sua última informação, um dos autuantes, acatou os argumentos da defesa e após a conferencia dos dados e justificativas apresentadas na citada planilha de cálculo, atestou que a apuração realizada pela autuada para o cálculo do crédito presumido se encontra de acordo com a Resolução do PROBAHIA nº 11/2003, de forma que considerou elidida a infração.

O Decreto nº 6.734/1997, que dispõe sobre a concessão de crédito presumido de ICMS nas operações que indica, trata da concessão de crédito presumido no art. 1º, § 4º:

*Art. 1º Fica concedido crédito presumido nas operações de saídas dos seguintes produtos montados ou fabricados neste Estado e nos percentuais a saber: (...)*

*VIII - azulejos e pisos: até 99% (noventa e nove por cento) do imposto incidente, observado o disposto nos §§ 4º a 8º;*

*§ 4º O percentual de crédito presumido e o prazo, previstos nos incisos II, III e VI a IX deste artigo, serão utilizados pelo estabelecimento de acordo com os percentuais definidos em Resolução do Conselho Deliberativo do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia –PROBAHIA.*

No § 12 do art. 1º do citado decreto, há restrições ao uso do crédito fiscal, apenas para as operações de remessa interna e interestadual para industrialização:

*§ 12. No caso de remessa interna e interestadual para industrialização, não poderá ser utilizado crédito presumido em relação ao imposto incidente sobre a parcela do valor do produto correspondente à industrialização ocorrida fora do estabelecimento do contribuinte beneficiário, salvo situações excepcionais, por deliberação do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, quando se tratar de contribuinte cuja maior parte do faturamento constitua-se em vendas de produtos fabricados na unidade industrial.*

Diante dos cálculos apresentados pela autuada, a verificação efetuada pelos autuantes e a legislação pertinente, acolho o entendimento dos autuantes e tenho a infração 03 como insubsistente.

A infração 05 exige o ICMS-ST decorrente de operações internas de saídas de mercadorias com o CFOP 5.403, adquiridas em outras unidades da Federação, não tributadas pela autuada e tidas pelos autuantes como se tributadas fossem.

Em sua defesa a autuada alegou que no cálculo da substituição tributária nas saídas internas subsequentes neste estado os autuantes se equivocaram na MVA fixada no RICMS/97, tendo em vista que o percentual vigente à época dos fatos geradores era de 35%, conforme Anexo 88, item 14 do RICMS/97, além de não terem considerado redução na base de cálculo da substituição tributária no percentual de 11,1112%, prevista no inc. XI do art. 87 do RICMS/97.

Um dos autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 446 a 458, havia acolhido os argumentos da defesa e refeito os cálculos reduzindo a infração para R\$ 4.007,06, valor este reconhecido pela autuada.

Quanto as considerações dos autuantes, concordo com o acatamento do argumento referente a redução da base de cálculo para fins de substituição tributária no percentual de 11,1112% prevista no art. 87, inc. XI do RICMS/97, pelas razões expostas linhas acima.

Assim, tenho a infração 05 como parcialmente subsistente no valor de R\$ 4.007,06, conforme demonstrativo:

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo | Alíquota | Multa | Valor           |
|-----------------|-----------------|-----------------|----------|-------|-----------------|
| 31/08/2009      | 15/09/2009      | 195,12          | 17%      | 60%   | 33,17           |
| 30/09/2009      | 15/10/2009      | 1.412,82        | 17%      | 60%   | 240,18          |
| 31/10/2009      | 15/11/2009      | 3.179,65        | 17%      | 60%   | 540,54          |
| 30/11/2009      | 15/12/2009      | 1.036,53        | 17%      | 60%   | 176,21          |
| 31/12/2009      | 15/01/2010      | 52,06           | 17%      | 60%   | 8,85            |
| 31/01/2010      | 15/02/2010      | 2.058,18        | 17%      | 60%   | 349,89          |
| 28/02/2010      | 15/03/2010      | 4.014,65        | 17%      | 60%   | 682,49          |
| 31/03/2010      | 15/04/2010      | 2.590,29        | 17%      | 60%   | 440,35          |
| 30/04/2010      | 15/05/2010      | 3.748,24        | 17%      | 60%   | 637,20          |
| 31/05/2010      | 15/06/2010      | 2.922,65        | 17%      | 60%   | 496,85          |
| 30/06/2010      | 15/07/2010      | 2.268,29        | 17%      | 60%   | 385,61          |
| 31/07/2010      | 15/08/2010      | 92,47           | 17%      | 60%   | 15,72           |
| <b>Total</b>    |                 |                 |          |       | <b>4.007,06</b> |

A infração 06, exige o ICMS que a autuada teria deixado de recolher em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias indevidamente equiparadas a exportação, para destinatários não enquadrados como empresa comercial exportadora ou *trading company*.

A defesa argumentou ser improcedente a infração, tendo em vista que as saídas arroladas na autuação foram de produtos com destino a exportação, realizadas pela empresa Petters Exportadora de Manufaturados Ltda., comprovadamente exportadora, sendo que as exportações estão comprovadas no Registro do SISCOMEX, da Secretaria da Receita Federal conforme Doc. 07.

Os autuante que inicialmente refutaram os argumentos da defesa, na informação prestada às fls. 446 a 450, atestaram, após a análise das provas trazidas pela autuada, fls. 168 a 320, que comprovadamente as mercadorias foram exportadas, portanto, consideraram elidida a infração.

Acolho o entendimento dos autuantes, diante das verificações e provas acostadas aos autos.

Infração 06 insubstiente.

A infração 07 exige o ICMS-DIFAL decorrente de aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

A defesa argumentou ser improcedente a infração tendo em vista que parte das notas fiscais relacionadas pela Fiscalização teve o recolhimento do DIFAL efetuado antecipadamente pelos remetentes através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE e também não foi considerado a inclusão de aquisições, posteriormente devolvidas, além de notas fiscais emitidas para entrega futura, cujo recolhimento fora realizado pela *nota mãe*.

Os autuantes, após as análises dos documentos anexados pela defesa, fls. 322 a 350, acolheram parte dos argumentos da defesa, refizeram os cálculos restando devido o ICMS-DIFAL de R\$ 66,12.

Tendo em vista a comprovação do pagamento do ICMS-DIFAL pelos remetentes de parte das mercadorias arroladas na infração, através de GNRE e a devolução de outra parte das mercadorias, acato a revisão efetuada pelos autuantes e tenho a infração 07 como parcialmente subsistente na forma do demonstrativo

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo | Alíquota | Multa | Valor        |
|-----------------|-----------------|-----------------|----------|-------|--------------|
| 28/02/2009      | 09/03/2009      | 388,94          | 17%      | 60%   | 66,12        |
| <b>Total</b>    |                 |                 |          |       | <b>66,12</b> |

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo.

Recomendo que os valores recolhidos pelo contribuinte, sejam homologados pelo setor competente da SEFAZ

| Infração      | Valores    |                   | Resultado                | Multa             |                                |
|---------------|------------|-------------------|--------------------------|-------------------|--------------------------------|
|               | Lançado    | Julgado           |                          | %                 | Dispositivo da Lei nº 7.014/96 |
| 01 04.05.08   | 89.512,27  | 89.512,27         | Subsistente/Reconhecida  | 70,00             | Art. 42, inc. III              |
| 02 04.05.09   | 34.909,79  | 31.329,29         | Parcialmente subsistente | 60,00             | Art. 42, inc. II, alínea “d”   |
| 03 01.04.06   | 110.339,77 | 0,00              | Insubsistente            | 60,00             | -                              |
| 04 02.01.03   | 20.035,45  | 20.035,45         | Subsistente/Reconhecida  | 60,00             | Art. 42, inc. II, alínea “a”   |
| 05 07.02.03   | 4.719,45   | 4.007,06          | Parcialmente subsistente | 60,00             | Art. 42, inc. II, alínea “e”   |
| 06 13.02.05   | 10.014,28  | 0,00              | Insubsistente            | -                 | -                              |
| 07 06.02.01   | 11.973,19  | 66,12             | Parcialmente subsistente | 60,00             | Art. 42, inc. II, alínea “f”   |
| <b>Totais</b> |            | <b>281.504,20</b> |                          | <b>144.950,19</b> |                                |

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0072/14-8, lavrado

contra TECNOGRES REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 144.950,19, acrescido das multas de 70%, sobre R\$ 89.512,27 e de 60% sobre R\$ 55.437,92, previstas no art. 42, incisos III, II, alíneas “a”, “d”, “e” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO – JULGADOR