

**A. I. N°** - 271351.1502/15-7  
**AUTUADO** - EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A - EBAL  
**AUTUANTE** - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO  
**ORIGEM** - INFRAZ VIT. DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 17.11.2015

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0219-04/15**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM IMPOSTO PAGO ANTECIPADAMENTE.** Confirmado que as mercadorias adquiridas realmente se encontram submetidas à substituição tributária, com fase de tributação encerrada. Item subsistente. **b) LANÇAMENTO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS.** Ficou constatado que parte dos documentos fiscais, apesar de destaque do imposto com a alíquota interna, o crédito fiscal efetivo foi efetuado de forma correta. Infração subsistente em parte. **2. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. OPERAÇÕES INTERNAS.** Até 31/07/13, a carga tributária para as saídas de leite em pó, independente do local de sua fabricação, correspondia a 7%, conforme previsão regulamentar. Por outro lado, o mesmo não ocorre em relação ao produto chocolate granulado, onde a legislação não prevê redução de base de cálculo, devendo, desta maneira, as operações de saídas serem tributadas com base na alíquota de 17%, estando correta a exigência fiscal quanto a este produto. Infração parcialmente subsistente. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS INTERNAS PARA CONTRIBUINTES COM A INSCRIÇÃO CADASTRAL NA CONDIÇÃO "DESABILITADA". EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** O motivo da inaptidão foi decorrente de falta de entrega de DMA. As operações objeto da autuação se referem a transferências realizadas para estabelecimentos filiais, os quais, continuaram desenvolvendo suas atividades mercantis regularmente. Inscrições ativas em curto espaço de tempo. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 30/03/2015 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$47.990,59 e demais acréscimos tributários, tendo em vista as seguintes acusações:

- 1 - Infração 01: 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$6.395,89 referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96.
- 2 - Infração 02: 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is), no total de R\$2.740,45. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96.

3 - Infração 03: 03.02.02: Recolheu a menor ICMS no total de R\$27.677,85 em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

4 - Infração 04: 07.04.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS no total de R\$11.176,40, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta, a título de complemento: Infração referente às diversas saídas efetuadas para contribuintes desabilitados no CAD.ICMS-BA, conforme demonstrativos anexos.

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 111 a 145, onde, após efetuar uma transcrição dos fatos ocorridos, ingressou nas razões de Direito, consubstanciado nos argumentos que seguem.

Infração 01 - Afirma que não se apoderou de valores a crédito referentes à mercadorias adquiridas pelo regime da substituição tributária, conforme constam na escrituração regular do livro Registro de Entradas.

Infração 02 – Pondera que não houve a utilização indevida de crédito de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Diz que ocorreu um equívoco no lançamento da alíquota, porém o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal foi escriturado corretamente, não havendo, portanto, crédito a maior. Junta cópia do livro Registro de Entradas, (doc. 1), para fim de comprovar seu argumento.

Infração 03 – Argui que as alíquotas aplicadas variam em razão da mercadoria, obedecendo a legislação, para as saídas de mercadorias. Considera a infração improcedente.

Infração 04 – Diz que não procedeu a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do imposto porque as Notas Fiscais listadas pelo autuante são de transferências para as suas filiais, que estavam com seus cadastros ativos, com CFOP 5152, não sendo cabível a substituição/antecipação tributária. Reforçando ainda a defesa, a EBAL S/A é detentora de Regime Especial, concedido pelo Parecer GECOT/DITRI nº 10.916/2013 (doc. 2) que dispensa as lojas da Cesta do Povo da escrituração e recolhimento do ICMS, sendo estes realizados pela Central de Distribuição de forma centralizada. Anexa cópia do livro Registro de Saídas do período citado, ou seja de 01 a 07/08/2012 (doc. 3). Considera esta infração improcedente.

Diante dos fatos acima, requer a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante, por sua vez, apresentou informação fiscal, fls. 148 a 200, aduzindo os seguintes argumentos:

Infração 01- O autuado alega em sua defesa que *"não se apoderou de valores a crédito referentes à mercadorias adquiridas por regime de substituição tributária, conforme constam na escrituração regular do Livro de Registro de Entradas"*, porém não traz aos autos nenhuma prova que elida a acusação fiscal, devidamente documentada nos demonstrativos anexos ao processo às fls. 09 a 12 e no arquivo gravado em mídia (CD) do livro Registro de Entradas, anexo às fls. 105 deste PAF. Mantém a autuação.

Infração 02 - O autuado alega que *"Não houve a utilização indevida de crédito de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. O que ocorreu foi um equívoco no lançamento da alíquota, porém o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal foi escriturado corretamente, não havendo, portanto crédito a maior"*.

Cita que o alegado pelo contribuinte é verdadeiro apenas para as notas fiscais nº 64732 de abril/2012 e nº 56706 de maio/2012. Com referência às outras notas fiscais, sustenta que efetivamente o contribuinte se creditou com alíquota a maior, conforme comprovam cópias do livro de Registro de Entradas, anexas à presente informação fiscal. Foi anexado, também, novo "Demonstrativo do Crédito com Alíquota a Maior", retirando do cálculo do ICMS as referidas notas fiscais. Pugna pela procedência parcial deste item da autuação.

Infração 03 - Quanto a este item observa que o contribuinte alega, tão somente que *"As alíquotas aplicadas variam em razão da mercadoria, obedecendo a legislação, para as saídas de mercadorias. Infração improcedente"*, porém não traz aos autos nenhuma prova que elida a acusação fiscal, devidamente atestada nos demonstrativos anexos ao processo às fls. 18 a 54 e no arquivo gravado em mídia (CD) do livro de Registro de Saídas, anexo às fls. 105 deste PAF. Mantém a autuação.

Infração 04 - Aduz que o contribuinte alega que *"não procedeu a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do imposto porque as Notas Fiscais listadas pelo zeloso auditor são de transferências para as suas filiais, que estavam com seus cadastros ativos, com CFOP 5152, não sendo cabível a substituição/antecipação tributária"*, destacando que no demonstrativo "Auditoria da Substituição e Antecipação Tributária - Falta de Retenção -Exercício de 2012 - Contribuintes Desabilitados", anexo às fls. 56 a 103 deste PAF, é exigido o ICMS no valor de R\$11.176,40 a título de falta de retenção nas operações de saídas realizadas para contribuintes desabilitados no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, citando que os "Históricos de Situação" retirados do sistema INC da SEFAZ, anexo, comprovam que todas as empresas constantes do citado demonstrativo, filiais do autuado, estavam inaptas no CAD.ICMS-BA no período referente à autuação fiscal. Mantém a autuação.

Conclui pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

#### VOTO

Considerando que não houve por parte do autuado qualquer questionamento de natureza preliminar e que o presente PAF atende às normas previstas pelo Art. 39 do RPAF/BA passo ao exame do mérito da autuação.

A infração 1 acusa a ocorrência de utilização de crédito fiscal decorrente de aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Analisando os demonstrativos de fls. 09 a 12, verifico que as mercadorias neles relacionados são: rodo plástico (material de limpeza - Protocolo 106/09), hastes flexíveis palinetes, macarrão instantâneo Maggi, refrigerante Tubaina "Meu Rei", salgadinho Snacks e fralda descartável, produtos estes que realmente se encontram submetidos à substituição tributária, com fase de tributação encerrada.

O autuado não discute que as mercadorias se encontram ou não submetidas ao regime de substituição tributária, limitou-se, apenas, a afirmar que não procedeu a utilização dos créditos, fato este que não se confirma, primeiro porque nada apresentou nesse sentido e, em segundo, que os livros Registro de Entradas, colacionados aos autos por intermédio da mídia eletrônica "CD" doc. fl. 105, comprovam o registro das notas fiscais objeto da autuação com a utilização do crédito. Infração subsistente.

A infração 2 acusa utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento origem. Neste item, o autuado afirma que não houve a utilização indevida de crédito de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais e que ocorreu um equívoco no lançamento da alíquota, porém o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal foi escriturado corretamente, não havendo, portanto, crédito a maior, tendo dito, ainda, que faz juntada de cópia do livro Registro de Entradas, (doc. 1), para fim de comprovar seu argumento. O autuante, por sua vez, acolheu em parte os argumentos da defesa, afirmando que o alegado pelo contribuinte é verdadeiro apenas para as notas fiscais nº 64732 de abril/2012 e nº 56706 de maio/2012. Com referência às outras notas fiscais, sustenta que efetivamente o contribuinte se creditou com alíquota a maior, conforme comprovam cópias do livro de Registro de Entradas, anexas à presente informação fiscal.

Analisando os elementos presentes nestes autos, vejo que se tratam de aquisições interestaduais, cujas alíquotas destacadas nos documentos fiscais indicados às fls. 14 a 16, ocorreram com base nas operações internas, portanto, o crédito fiscal só é possível quando corretamente calculado.

Na situação sob análise, de fato assiste razão ao autuado em relação às notas fiscais nº 64732 e 56706 visto que, apesar de constarem o destaque do imposto com base na alíquota de 17% e o

livro Registro de Entradas constar essa alíquota, o valor de fato escriturado e creditado considerou a alíquota interestadual, de forma correta, conforme se verifica às fls. 114 e 115. De maneira que, devem ser excluídos da autuação os valores de R\$544,32 e R\$843,60 referentes aos meses de abril e maio/2012, respectivamente.

Quanto às demais notas fiscais, realmente o crédito fiscal foi lançado em valor superior ao permitido, conforme se pode observar no livro Registro de Entradas constante na mídia eletrônica de fl. 105 que comprova a irregularidade. É importante pontuar que o autuado, apesar de citar na peça defensiva que estava efetuando a juntado do livro Registro de Entradas para comprovar seu argumento, só o fez em relação aos meses de abril e maio/12, não o fazendo em relação aos demais meses.

Isto posto, a infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$1.352,53.

Naquilo que pertine à terceira infração, que se relaciona a recolhimento a menos do imposto em face de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas operações de saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o autuado arguiu que as alíquotas aplicadas variam em razão da mercadoria saída, obedecendo o que determina a legislação, enquanto que o autuante manteve o lançamento ao argumento de que o autuado não trouxe aos autos nenhuma prova que elida a acusação fiscal.

Analisando os demonstrativos de fls. 18 a 54, elaborados pelo autuante para dar suporte ao lançamento, vejo que englobam apenas dois tipos de mercadorias: leite em pó (diversos tipos) e chocolate granulado. Para as operações realizados com ambos os produtos o autuado considerou a alíquota de 7% enquanto que o autuante entendeu que deveria ser ambos tributados com a alíquota de 17%.

De acordo com o que consta do Art. 87, inciso XXI do RICMS-BA/97, tem-se a seguinte regra em relação ao produto leite em pó:

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

*(...)*

*XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).*

Já a norma constante no Art. 268, inciso XXV do RICMS-BA/12 estabelece, em relação ao mesmo produto, que:

*Art. 268. É reduzida a base de cálculo:*

*(...)*

*XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);*

*Nota: A redação atual do inciso XXV do caput do art. 268 foi dada pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15.*

*Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos a partir de 01/01/14 a 16/06/15:*

*“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”*

*Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13, DOE de 31/07/13), efeitos de 01/08/13 a 31/12/13:*

*“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”*

*Redação originária, efeitos até 31/07/13:*

*“XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).”*

De maneira que, até 31/07/13, a carga tributária para as saídas de leite em pó, independente do local de sua fabricação, correspondia a 7%, conforme visto nas normas regulamentares acima transcrita, razão pela qual, o procedimento do autuado em relação às saídas deste produto está correto.

Por outro lado, o mesmo não ocorre em relação ao produto chocolate granulado, onde a legislação não prevê redução de base de cálculo, devendo, desta maneira, as operações de saídas serem tributadas com base na alíquota de 17%, estando correta a exigência fiscal quanto a este produto.

Em consequência a infração 3 subsiste parcialmente no valor de R\$1.670,87 conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 3						
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	ALÍQ	VLR. EXCLUÍDO LEITE EM PÓ	VLR. REMANESCENTE	MULTA
31/01/2011	09/02/2011	657,86	17%	635,18	22,68	60%
28/02/2011	09/03/2011	41,13	17%	0,00	41,13	60%
31/03/2011	09/04/2011	1.582,86	17%	1.582,86	0,00	60%
30/04/2011	09/05/2011	444,28	17%	274,18	170,10	60%
31/05/2011	09/06/2011	2.539,14	17%	2.539,14	0,00	60%
30/06/2011	09/07/2011	153,05	17%	56,64	96,41	60%
31/07/2011	09/08/2011	2.373,04	17%	2.342,64	30,40	60%
31/08/2011	09/09/2011	1.935,30	17%	1.917,06	18,24	60%
30/09/2011	09/10/2011	2.623,14	17%	2.623,14	0,00	60%
31/10/2011	09/11/2011	170,16	17%	18,18	151,98	60%
30/11/2011	09/12/2011	2.844,40	17%	2.844,40	0,00	60%
31/12/2011	09/01/2012	1.745,48	17%	1.623,88	121,60	60%
31/01/2012	09/02/2012	2.276,23	17%	2.192,03	84,20	60%
29/02/2012	09/03/2012	12,97	17%	0,00	12,97	60%
31/03/2012	09/04/2012	2.039,18	17%	1.901,35	137,83	60%
30/04/2012	09/05/2012	174,72	17%	156,48	18,24	60%
31/05/2012	09/06/2012	206,29	17%	46,56	159,73	60%
30/06/2012	09/07/2012	177,48	17%	0,00	177,48	60%
31/07/2012	09/08/2012	3.658,15	17%	3.621,67	36,48	60%
31/08/2012	09/09/2012	1.457,28	17%	1.420,80	36,48	60%
30/09/2012	09/10/2012	151,00	17%	59,81	91,19	60%
31/10/2012	09/11/2012	44,40	17%	44,40	0,00	60%
30/11/2012	09/12/2012	289,69	17%	106,58	183,11	60%
31/12/2012	09/01/2013	80,62	17%		80,62	60%
<b>TOTAL</b>		<b>27.677,85</b>		<b>26.006,98</b>	<b>1.670,87</b>	

Por fim, em relação a infração 4 a acusação é de que, durante o mês de agosto/2012, o autuado "Deixou de proceder a retenção do ICMS no total de R\$11.176,40, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta, a título de complemento: "Infração referente às diversas saídas efetuadas para contribuintes desabilitados no CAD.ICMS-BA, conforme demonstrativos anexos".

A respeito desta infração o autuado arguiu que não procedeu a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do imposto porque as notas fiscais listadas pelo autuante são de transferências para as suas filiais, que estavam com seus cadastros ativos, com CFOP 5152, não sendo cabível a substituição/antecipação tributária. Acrescenta que é detentora de Regime Especial, concedido pelo Parecer GECOT/DITRI nº 10.916/2013 (doc. 2) que dispensa as lojas da Cesta do Povo da

escrituração e recolhimento do ICMS, sendo estes realizados pela Central de Distribuição de forma centralizada.

O autuante, por sua vez, manteve o lançamento ao argumento de que os "Histórico de Situação" retirados do sistema INC da SEFAZ, os quais fez juntada aos autos, "*comprovam que todas as empresas constantes do citado demonstrativo, filiais do autuado, estavam inaptas no CAD.ICMS-BA no período referente à autuação fiscal*".

Dá análise levada a efeito nos documentos presentes nos autos concluo que assiste razão ao autuado visto que o lançamento não tem como se sustentar. Isto porque, ao contrário do que consta da acusação, não houve operações de "*vendas para contribuintes localizados neste Estado, desabilitados no cadastro estadual*". O que de fato ocorreu foram operações de transferências internas para outros estabelecimentos filiais da mesma, situação esta que comprova que os estabelecimentos estavam em plena atividade, não cabendo, portanto a exigência fiscal.

O que se verifica nos extratos juntados aos autos, fls. 159 a 200, é que os estabelecimentos filiais foram intimados p/inaptidão em 05/07/2012 por falta de entrega de DMA e considerados inaptos em 01/08/2012 e, alguns já incluídos na condição de ativo em 03/08/2012 e outros em 08/08/2012. Isto significa que estes estabelecimentos continuaram a exercer normalmente suas atividades, enquanto este curtíssimo prazo em que se encontravam no cadastro na condição de inaptos não justifica a exigência do imposto por antecipação, até porque, estas mercadorias tiveram suas saídas tributadas pelos estabelecimentos destinatários.

Quanto ao Regime Especial referido pela defesa este não se aplica ao presente caso pois o mesmo foi deferido em 06/05/2013 enquanto que a autuação se refere a fatos ocorridos no mês de agosto/2012.

Em conclusão a infração 4 é improcedente.

Diante de todo o exposto, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$9.419,29, sendo a infração 1 procedente no valor de R\$6.395,89 e as infrações 2 e 3 parcialmente procedentes nos valores respectivos de R\$1.352,43 e R\$1.670,87, enquanto que a infração 4 é improcedente.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271351.1502/15-7** lavrado contra **EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A - EBAL**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.419,29**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, incisos VII "a" e II "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR