

A. I. Nº - 298616.0006/17-7
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18. 05. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0046-01/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA COMERCIALIZAÇÃO. A utilização de crédito de ICMS destacado nas faturas de energia elétrica não é cabível, quando consumida nas atividades comerciais, conforme previsão da LC 138/2010. O autuado não consegue provar a existência da atividade industrial, no mesmo endereço da sua atividade atacadista. **b)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. **c)** UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INDEVIDA. O contribuinte deu saída interna com a alíquota de 12%; as operações de vendas para microempresa com a aplicação da alíquota de 7% condiciona-se à concessão do desconto expressamente destacado nos documentos fiscais, o que não se observa, no caso. Infração subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. ICMS-ST. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. As saídas de unidades de mercadorias oferecidas a título de bonificação não foram tributadas pelo ICMS. A legislação do ICMS nesse Estado, assim, estabelece (art. 17, § 1º, II, da Lei 7.014/96) que integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas debitadas, ou descontos concedidos sob condição, considerando-se uma conveniência entre o remetente e o destinatário, visando a oportunidade, o incremento das operações, mediante entrega de uma quantidade adicional da mercadoria ou mitigação dos preços. Não houve descumprimento de determinação Judicial (Mandado de Segurança 692527-9/2005), que mandou a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia se abster de fazer incidir o ICMS sobre os valores relativos às saídas com bonificações, excluindo, no entanto, as operações do regime de substituição tributária. 3. MULTA ANTECIPAÇÃO PARCIAL. OPERAÇÕES REGISTRADAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. Nas nas operações de transferência de mercadorias para revenda, ocorre a incidência do ICMS. Estabelece o art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96, a aplicação da multa 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, por antecipação, inclusive, por antecipação parcial. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/06/2017, exige crédito tributário de ICMS e multa percentual no valor de R\$676.110,18 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias. A Atividade Econômica Principal do Contribuinte, até 26/02/2013, era a Fabricação de Laticínios. A partir desta data, até 2016, começou a exercer o Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral, nos meses de março a setembro e novembro de 2013, janeiro a dezembro 2014 e 2015, março a maio de 2016. Valor R\$147.265,75. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária. Nos exercícios de 2013, 2014 e 2015, o contribuinte, que é Substituto para fins de retenção do ICMS de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, utiliza, indevidamente, e também a maior, valores de ICMS recolhidos como Antecipação Tributária, nos meses de janeiro a março e dezembro de 2013, janeiro e março de 2014. Valor R\$16.502,06. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Utilizou alíquota indevida (interestadual) em operações cuja entrega efetiva das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado dentro do Estado da Bahia. Nesta Infração, em algumas situações, o contribuinte aplica a alíquota de 12% para operações internas. Em outros casos, também para saídas internas, não aplica a alíquota de 17%, considerando as mercadorias como não tributadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Valor R\$4.977,06. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro 2013, 2014 e 2015. Valor R\$184.303,70. Multa 150%.

INFRAÇÃO 5 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, 2014 e 2015. Valor R\$323.061,61. Multa de 60%.

Na peça defensiva apresentada (fls. 373/387), argumenta o sujeito passivo que a fiscalização não percebeu que o estabelecimento autuado tinha como atividade principal a de comércio atacadista de produtos alimentícios e como atividade secundária a de fabricação de produtos derivados do cacau e chocolates. Salienta que essa falta de percepção se deu pelo fato de não mais exercer quaisquer atividades no estabelecimento, desde meados de 2016. O auto de infração foi lavrado sem que houvesse, efetivamente, uma ação fiscal *in loco*, mas apenas através da análise de documentos fiscais.

Constata que no mesmo estabelecimento existia tanto a fabricação de chocolates, quanto o armazenamento e posterior comercialização dos produtos derivados do leite, transferidos das suas unidades industriais de Itapetinga–BA e Palmeira dos Índios – AL, atividades devidamente registradas nos órgãos competentes, conforme consta do cartão de CNPJ, à fl. 376.

Diz que numa simples análise dos documentos fiscais de saídas, no período autuado (2013 a 2016), cujo arquivo é de fácil análise da Fiscalização, restaria facilmente demonstrado que ocorreram saídas tanto com o CFOP 5.102 ou 6.102, para as revendas, quanto com o CFOP 5.401 ou 6.401, para as vendas de produtos industrializados, sujeitos ao regime de substituição tributária, no caso, os chocolates. Resta claro que a Fiscalização desconhecia a atividade de fabricação de chocolates, inclusive deixou muito claro isso no próprio enunciado dessa infração.

Afirma que existem outras deduções equivocadas.

Aduz que o estabelecimento objeto da autuação, embora tivesse como atividade também a de fabricação de laticínios, nunca exerceu tal atividade nesse estabelecimento situado em Salvador.

Observa que a única fábrica da VALEDOURADO que produz derivados do leite na Bahia está situada em Itapetinga–BA, cuja informação pode ser facilmente atestada.

Diz que a afirmação fiscal de que a unidade fabril do estabelecimento foi encerrada em fevereiro de 2013 não encontra nenhuma justificativa, haja vista que a fabricação de chocolates neste período era corriqueira, bastando verificar as saídas com CFOP 5.401/6.401, que ocorrerem nesse período e também em períodos posteriores.

Ilustra com algumas imagens que demonstram a fabricação de chocolates, no período entre 2013 e 2016, conforme fls. 378/379. Vê-se que a produção de chocolates que ocorria unicamente na unidade de Salvador–BA, não teve atividade encerrada em fevereiro de 2013, como informou a Fiscalização.

Sustenta a fragilidade da autuação ao afirmar que o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral somente ocorreu a partir de fevereiro de 2013, visto que a referida atividade é bastante antiga. Bastaria verificar que as unidades fabricantes de leite e derivados, situadas em Itapetinga–BA e Palmeira dos Índios – AL, sempre remeteram produtos acabados para serem vendidos no estabelecimento autuado.

As operações de entradas com CFOP 1.152, ocorridas em períodos anteriores a fevereiro de 2013, demonstra de maneira inequívoca que a atividade de comércio atacadista existiu desde a origem da unidade, tendo, inclusive, celebrado Termo de Acordo de Atacadista com o Estado da Bahia no exercício de 2008.

Resume que o propósito inicial desse estabelecimento era de funcionar unicamente como comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, e assim foi feito até o arrendamento da fábrica de chocolates da marca Duffy, situado próximo ao seu estabelecimento comercial, conforme Contrato de Arrendamento firmado em 04/12/2009 (DOC.3).

Esclarece que visando reduzir custos, reuniu num único endereço (fábrica recém arrendada) a atividade original de comércio atacadista com a nova atividade de fabricação de chocolates, e assim continuou até o encerramento dessas atividades, no segundo semestre de 2016.

Por todo o exposto, sustenta que da análise da glosa de energia elétrica, verifica-se, claramente, que se trata de item relativo à insumo da fabricação de chocolates, e não da atividade comercial, como entende a Fiscalização.

Diz ainda que no demonstrativo elaborado pelo fisco, o CFOP utilizado para a totalidade da aquisição de energia elétrica é compatível com o de aquisições de insumos para a fabricação de chocolates (CFOP 1.252), o que torna injustificável a alegação da Fiscalização de que tais mercadorias foram adquiridas com fins alheios ao da atividade.

Sublinha que restando dúvidas sobre o funcionamento de uma fábrica de chocolates no período autuado, pede que o presente PAF seja convertido em diligência para que a ASTEC possa atestar a atividade industrial no estabelecimento autuado, justificando a aquisição do referido insumo.

Sugere que na diligência seja solicitada uma filtragem das notas fiscais de saídas com CFOP s 5.401 ou 6.401 ou com NCM relativo a chocolates. Pede ainda a improcedência da Infração 1.

Na infração 03, anota que a Fiscalização apontou divergências entre algumas alíquotas utilizadas nas operações de saídas internas, durante o exercício de 2015. Verificou, contudo, a ocorrência de alguns equívocos:

Pontua que o item ‘*Vulcano Energy Drink*’ cujo NCM é 2202.9000 é considerado como bebida energética, já possui o ICMS pago por substituição pelo seu fabricante, o que significa que ao vender internamente esse produto não há mais falar em tributação, como calculou o Fisco.

Argui que em relação aos demais itens constantes no levantamento fiscal, ao atribuir a alíquota cheia de 17% para quantificar a infração, o fisco acabou por desprezar as vendas efetuadas para

as microempresas, operação bastante usual para o segmento de laticínios e que possui uma alíquota de ICMS de 7%, nessas operações.

Diz que em face à relevância dos valores envolvidos, pede a conversão do PAF em diligência, para que outro auditor independente refaça o demonstrativo fiscal, contemplando os erros já identificados: 1) a inclusão indevida do item *Vulcano Energy Drink*; b) a aplicação da alíquota devida, de 7%, para os destinatários que se enquadram como microempresa.

Em relação à infração 4, destaca que ao analisar o levantamento, constatou que foram consideradas pela fiscalização as saídas à título de bonificações, assunto que atualmente se encontra em discussão judicial, cuja parte Autora é a Impugnante.

Explica que, nessa ação se discute a legalidade da cobrança do ICMS nas saídas praticadas como bonificações, uma vez que tais saídas estão equiparadas a descontos incondicionais, e, como tal, não deveria ocorrer a incidência do ICMS.

Salienta que a ação judicial possui sentença de mérito que acolhe a sua tese, sendo determinado pela 4ª Vara da Fazenda Pública, que o Estado da Bahia, através da Secretaria da Fazenda, deveria se abster de autuar a Impugnante em relação aos procedimentos já adotados naquela época, de não reconhecer na base de cálculo do ICMS os valores relativos às suas saídas em bonificações.

Lembra a referida ação judicial, o Mandado de Segurança, cujo processo é o de número 0044787-29.2005.8.05.0001, que atualmente se encontra no Tribunal de Justiça da Bahia, desde 18/02/2010, e cuja sentença de mérito foi publicada no Diário do Poder Judiciário no dia 07/02/2008.

Reitera que o agente fiscal da SEFAZ-BA que lavrou o presente Auto de Infração, mesmo tendo conhecimento da referida decisão judicial, não cumpriu a determinação judicial contida na sentença de mérito, e, incluiu diversas notas fiscais de bonificações no seu levantamento.

Assinala que, assim como ocorreu na infração anterior, ao atribuir a alíquota cheia de 17% para quantificar a infração, o fisco também acabou por desprezar as vendas efetuadas para as microempresas, cujas operações são alcançadas por tributação inferior de 7% de ICMS.

Requer a conversão da infração 4 em diligência, para que se possa utilizar a alíquota devida, de 7%, para os destinatários que se enquadram como microempresa; que o órgão julgador determine a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em relação à essa infração até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário, considerando que a escolha da via judicial importa renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa, nos termos do art. 117 do RPAF/99.

Quanto à infração 5, registra que ao analisar os demonstrativos elaborados pela fiscalização, identificou que se refere às operações de transferências interestaduais – CFOP 2.152, realizadas pela unidade industrial de Alagoas para o seu estabelecimento situado na Bahia.

Em se tratando de operações de transferências, o seu entendimento é o de que a antecipação parcial não se aplica. Explica que é detentora da marca VALEDOURADO, que tem por objeto social principal a industrialização e posterior comercialização do leite e derivados. Possui dois estabelecimentos fabris, situados em Itapetinga-BA e Palmeira dos Índios-AL, além de algumas filiais atacadistas situadas em alguns estados da região nordeste, aí inclusa a filial de Salvador, objeto deste Auto de Infração.

Alega que no exercício de suas atividades, industrializa os seus produtos nas unidades fabris e posteriormente os transferem para suas filiais atacadistas onde serão efetuadas as vendas.

Diz que a presente infração foi gerada em função das transferências de produtos acabados da fábrica de Alagoas para a filial atacadista da Bahia; a Fiscalização entendeu que, no caso, caberia a cobrança da antecipação parcial do ICMS, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Explica que ao analisar o diploma legal indicado (Art. 12-A da Lei nº 7.014/96), observou que a Lei Estadual, ao criar esta obrigação (Lei Estadual nº 8.967/03), se referiu apenas às operações de

aquisições interestaduais de mercadorias, não se referindo, em nenhum momento às operações de transferências de mercadorias de contribuintes de mesma titularidade. Reproduz o dispositivo.

Verifica que no texto da Lei Estadual nº 7.014/96, gira em torno das operações de aquisições de mercadorias, e não de transferências interestaduais entre contribuintes da mesma titularidade. Quisesse o legislador abarcar a totalidade das operações interestaduais na sistemática da antecipação parcial do ICMS, a nomenclatura correta a ser utilizada seria *entradas* de mercadoria no Estado, e não *aquisições*, o que representa uma relevante distinção, pois, da forma em que se encontra a Lei, está de fora desta sistemática às transferências interestaduais, justamente o objeto desta Infração 5.

Discorre que aquisição advém do verbo adquirir, que significa comprar, tomar posse, tornar-se proprietário, obter, conseguir através da compra. Diz que em todas as definições prevalece o caráter mercantilista, o que significa que o legislador, ao determinar que caberia a antecipação parcial de ICMS nas aquisições de mercadorias, estava se referindo unicamente às operações de compra e venda, cuja natureza é estritamente econômica, e nunca às operações de transferências de mercadorias, em que não ocorre a mudança de titularidade, mas apenas um deslocamento da mercadoria entre os estabelecimentos da mesma empresa.

Assinala que o § 2º do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96 prevê que o regulamento poderá fazer “*exclusões*” da sistemática de antecipação parcial do imposto, mas nunca “*inclusões*”, como fez a Fiscalização, que incluiu no rol das operações, também as transferências interestaduais.

Aduz que não é de competência do Executivo ampliar a abrangência dos fatos geradores; por não ter previsão legal, se absteve de efetuar o recolhimento do ICMS antecipado nas operações de entradas de mercadorias transferidas da sua fábrica de Alagoas, o que ensejou a autuação.

Requer total improcedência da Infração 5.

Finalizando, pede que sejam convertidas em diligência as infrações 3 e 4; que a infração 4, após a revisão, seja suspensa, nos termos do artigo 117, do RPAF, até o julgamento final da ação judicial relativa as saídas em bonificações, por ter relação com o objeto da demanda judicial. Pede, enfim, a improcedência do Auto de Infração, com exceção da infração 2.

Informação Fiscal prestada, às fls. 423/432. Explica que, conforme o histórico de atividade principal (fl. 18), de 09/07/2003 a 26/02/2013, o contribuinte ora exerce a função de Comércio Atacadista de Leite e Produtos Derivados, ora as atribuições fiscais de Fabricação de Produtos de Laticínios, oriundas de suas alterações cadastrais. Diz que não encontrou no banco de dados da SEFAZ/BA nenhuma informação de inclusão da Atividade Principal como Fabricação de chocolates, conforme sugere o contribuinte ao anexar, em sua defesa, uma cópia do Contrato de Arrendamento de Máquinas Industriais, Prédio Urbano e Outras Avenças, celebrado entre Chocolates Duffy Ltda. e a Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A, em 04/12/2009.

Diz ainda que com o objetivo de elucidar, com base em dados oficiais, qual a atividade principal exercida, de fato, pelo Contribuinte para fins de direito à apropriação de créditos de ICMS provenientes de Energia Elétrica, afirma que entre 04 de abril de 2010 até o dia 25 de fevereiro de 2013, a sua Atividade Econômica Principal era a “Fabricação de Laticínios”. Portanto, há um limite temporal para o funcionamento desse tipo de fábrica, conforme dados extraídos do INC – Informações do Contribuinte, estes considerados válidos para fins de fiscalização.

Aduz que a partir de 26 de fevereiro de 2013, a atividade econômica principal do contribuinte, conforme alteração cadastral é o “Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral”, o que significa dizer que, entre os exercícios fiscalizados, somente os meses de janeiro e fevereiro de 2013 são vinculados à atividade industrial, visto que a fabricação de laticínios foi encerrada, a pedido do próprio contribuinte, em 25/02/2013.

Assinala que, em 08 de setembro de 2011, foi revogado o Termo de Acordo Atacadista (Decreto nº 7.799/2000), Parecer nº 19.698/2011, Processo nº 175.277/2011-6, perdendo o direito à redução da

base de cálculo, em operações internas, de 41,176%, e crédito equivalente a 16,6667% do valor do ICMS das saídas interestaduais. O Termo de Acordo Atacadista foi firmado em 11/04/2008. Em função da revogação, durante o período fiscalizado, o contribuinte tributou normalmente as suas operações internas e interestaduais.

Relata sobre o Mandado de Segurança nº 692.527-9/2005, despachado em 31 de janeiro de 2008, que foi deferido ao contribuinte o seu pedido “para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir que a impetrante proceda a inclusão dos descontos não condicionados; concedidos na forma de bonificação, na base de cálculo do ICMS relativo à operação de circulação de mercadorias...”, confirmado em sentença, da mesma data, excetuando aquelas mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Diz que amparado por essa medida legal, o contribuinte, nos períodos fiscalizados, se creditou dos valores de ICMS destacados em saídas de mercadorias sob o CFOP 5.910 (Remessa em Bonificação). E de forma equivocada, sem entender o alcance da Sentença Judicial, não tributou as saídas de mercadorias sujeitas ao ICMS-ST encaminhadas para seus clientes como Bonificação. A Sentença, a Certidão de Trânsito em Julgado do Mandado de Segurança foi encaminhada para Coordenação Executiva da PROFIS, em 12/05/2017 (ANEXO 01).

Informa ainda que o contribuinte emitiu a Escrituração Fiscal Digital (EFD) que disponibiliza os lançamentos das notas fiscais de entrada e de saída, conhecimentos de transporte, bem como os Registros Fiscais dos Documentos de Saída, Entrada, Apuração e Inventário. Os documentos em formato eletrônico, por sua vez, são encaminhados pelo sistema EFDG – Gestão de Escrituração Fiscal Digital. Por meio deles, se verifica as regularidades dos registros efetuados pelo Contribuinte. Para realização dos roteiros de auditoria fiscal, utilizamos o SIAF (Sistema Integrado de Auditoria Fiscal). Encartados no CD fl. 26.

Diz que a forma de apuração do ICMS até 2016 é “*conta corrente fiscal*”; que o contribuinte foi considerado Inapto a partir de 13 de outubro de 2016, e atualmente está em Recuperação Judicial. Sugere que os documentos eletrônicos gerados pela EFDG – Gestão de Escrituração Fiscal Digital, em função do volume, que não podem ser gravados em mídias comuns como CD podem ser buscados nos sistemas da área tributária disponibilizados pela SEFAZ/BA.

Informa que em 23/03/2015, de acordo com o Inciso I, alínea c, artigo 16, da Lei nº 7.014/1996, a alíquota de 7% é válida para “mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária...”. E o seu § 1º, por sua vez, estabelece que “a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea c do Inciso I deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal”. Neste sentido, a parte da data acima citada, a filial atacadista deixa de ser equiparada ao estabelecimento industrial para a aplicação da alíquota de 7% para empresas de pequeno porte e microempresa.

Diz que o sujeito passivo não prova a tão alegada fabricação de chocolates no mesmo espaço físico onde funcionava o atacadista; a análise fiscal foi efetuada em livros e documentos fiscais gerados pela contabilidade do próprio contribuinte, e seus elementos não demonstram nenhuma atividade de industrialização durante os períodos fiscalizados.

Contesta as razões defensivas para cada infração, ressaltando no item 01, que exigiu apenas o estorno dos créditos sobre energia elétrica, a partir de março de 2013, considerando que os estabelecimentos comerciais não podem apropriar, legalmente, tais créditos.

Diz que não está correto o autuante ao afirmar que tinha como atividade principal o comércio atacadista e como atividade secundária, a fabricação de produtos derivados de cacau e chocolates. Segundo o Histórico de Atividade Econômica da Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A – ILPISA (fl. 18), a partir de 2003, além de informações expedidas pela Secretaria da

Receita Federal, o contribuinte efetuou diversas alterações da sua atividade principal. Explica que em alguns momentos como Comércio Atacadista de Leite e Produtos Derivados, em outros como Fabricação de Produtos de Laticínio. No interstício de tempo entre 2003 e 2016, nunca houve a inclusão dessa filial como Fábrica de Chocolates. Em 26/02/2013, houve alteração para Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral. Ao contrário do que consta da defesa, e com base nos documentos fiscais disponibilizados pela SEFAZ/BA, firma que essa filial, localizada na Rua das Honduras, S/N, Granjas Rurais Presidente Vargas, em Salvador (BA), exercia, conforme dados extraídos do INC – Informações do Contribuinte, somente o Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral. Diz que as atividades foram encerradas em 2016 e, como a fiscalização foi realizada em 2017, impossível uma verificação no local para constatar a atividade industrial, no período autuado.

Destaca que o autuado não faz prova de qual seria o chocolate produzido na filial de Salvador, no endereço em que funcionou legalmente a atividade o atacadista. Diz que uma investigação efetuada nos exercícios anteriores identificou diversos produtos relacionados ao chocolate, a exemplo chocolate ao leite único; chocolate ao leite crocante amado; chocolate branco cookies inevitável; ball chocolate ao leite cripies; caixa de bombom celebridades; ovos de chocolate; chocolate em pó douradinho, etc.; e nenhum produto relacionado ao chocolate duffy. Conclui que todos os produtos vinculados ao chocolate foram transferidos da filial localizada em Palmeira dos Índios (AL) como mercadorias adquiridas e recebidas de terceiros, conforme consta na Escrituração Fiscal do autuado - EFD e documentos fiscais eletrônicos do período fiscalizado.

Pontua que em face à sua análise, segundo roteiros de fiscalização e em documentos fiscais, em busca de informações complementares, é possível assegurar que a movimentação de mercadorias com CFOP 5.401 (*venda de Produção do Estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto*) ocorreu com produtos fabricados em Palmeira dos Índios (AL). Nos exercícios fiscalizados, inclusive, não há nenhuma movimentação pelo CFOP 6.401, o que demonstra a mera especulação por parte da defesa. A simples menção de um Código fiscal de Operações e Prestações não comprova a realização de uma atividade industrial.

Salienta que o Estatuto Social da Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A, de 02/08/2010, conforme (fls. 391 a 400), inclusive, não faz nenhuma menção à criação ou dissolução de atividade principal da filial de Salvador (BA).

Insiste que o Contrato de Arrendamento de Máquinas Industriais, Prédio Urbano e Outras Avenças, celebrado entre Chocolates Duffy Ltda. e a Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A, firmado em 04/12/2009 (fls. 408 a 420), cujo objeto é o arrendamento com opção de compras de bens que integram a fábrica de chocolates da DUFFY, contém endereço diverso do que consta no cadastro de contribuinte, inscrição estadual n. 047.549.876. Informa que a empresa Pirajá Indústria de Chocolates – Eireli, nome de fantasia Chocolates Duffy, Inscrição Estadual n. 045.621.679, está em situação de INAPTO desde 29/06/2011.

Faz as seguintes deduções:

1. O aluguel da fábrica não foi comunicado à SEFAZ/BA;
2. Como as atividades de Chocolates Duffy foram encerradas em 29/06/2011, se houve a fabricação de chocolates com equipamentos e em espaço da Duffy, estas operações só foram realizadas até 29/06/2011;
3. Como os lançamentos fiscais de estorno de créditos de ICMS de energia ocorreu a partir de março de 2013, o mencionado contrato de arrendamento, de 2009, não altera as razões pelas quais tais lançamentos foram efetuados. Resume que não restou provada a fabricação de chocolates na filial de Salvador (BA); os estornos de créditos de ICMS de energia só foram considerados a partir de março de 2013, período em que a Fabricação de Laticínios também foi, oficialmente, encerrada, assim, o levantamento fiscal está correto.

Reitera que o exercício da atividade de fábrica de chocolates não foi formalizado, o que o levou a glosa do creditamento de ICMS de energia; o Contrato de Arrendamento de Máquinas Industriais, Prédio Urbano e Outras Avenças, que tem validade apenas entre as partes, não assegura que houve a fabricação de chocolates no endereço autorizado para o funcionamento do Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral.

Informa ainda que o contribuinte não escriturou o Registro de Controle de Produção e Estoque (artigos 220 e 221 RICMS-BA/12), nem fez a opção pela forma simplificada de controle de estoque de produção. O que reforça seu entendimento que a movimentação de ingresso de chocolates na filial de Salvador (BA), de 2013/2015, (2016 não teve movimento), é decorrente de mercadorias transferidas do Estado de Alagoas.

Aduz que apesar de constar no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, emitido pela Receita Federal do Brasil (consultado em 5/09/2017), registrar Atividade Econômica Principal como Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral; e como Atividades Econômicas Secundárias, a Fabricação de Produtos Derivados do Cacau e de Chocolates e a Fabricação de Laticínios, essas últimas não foram executadas, na filial de Salvador (BA), no período autuado.

Nesse sentido o estabelecimento comercial só poderá se creditar do ICMS oriundo de energia elétrica, a partir de 01/01/2020 (art. 309, Inciso IV, Alínea b, RICMS-BA; artigo 29, Inciso III, alínea a, item 2; e artigo 33, Inciso II, Alíneas b e d. Precedente no Acórdão JF nº 0162-03/17).

Discorda do pedido de diligência. Pede o julgamento procedente dessa infração.

Observa que o autuado não apresentou impugnação para a infração 2.

Em relação à infração 3, destaca que o contribuinte pagou ICMS a menor, porque aplicou, em algumas situações, a alíquota de 12% para operações internas.

Diz que as saídas das mercadorias Vulcano Energy sem tributação, NCM 2202.9, se trata de mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme Item 6 do Anexo I do RICMS-BA 2015 (bebidas energéticas e isotônicas – NCM 2106.9 e 2202.9, Protocolo ICMS 11/91, que contempla todos os Estados da Federação).

Explica que na aquisição das mercadorias de terceiros, em janeiro de 2015, do Estado de Goiás, houve o destaque do ICMS por Substituição Tributária nos documentos fiscais do remetente, em atenção ao disposto nos dispositivos mencionados.

O contribuinte optou por creditar do valor do ICMS normal de cada remessa, contrariando o disposto no Artigo 290, Capítulo XII do RICMS-BA, que veda a utilização de créditos fiscais.

Esclarece que o contribuinte se creditou de R\$ 3.526,22, que se refere aos valores acumulados dos ICMS destacados nas notas fiscais de entrada: 3.006; 3.007 e 29.417 (Anexo 02).

Explica o Auditor Fiscal que sendo filial atacadista e com a prerrogativa de fazer a retenção quando das saídas das mercadorias sujeitas à substituição tributária neste Estado, o contribuinte, pelo visto, atendeu ao disposto no Artigo 291, Capítulo XII, RICMS-BA: *“na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria”*. Neste caso, optou por se creditar apenas do ICMS normal e não o ICMS ST.

Diz que, quando das vendas dessas mercadorias, utilizando o CFOP 5.102 (Vendas de Mercadorias Adquiridas ou Recebidas de Terceiros), o contribuinte as tributou normalmente (documentos anexos). Diante de tal razão e considerando que exigiu também a retenção dessa mesma mercadoria na Infração seguinte, para unificar os procedimentos, não estornou créditos lançados quando da entrada, e efetuou a cobrança da falta de recolhimento de ICMS quando das saídas dessas mesmas mercadorias (Anexo 03).

Mostra que para outras mercadorias, a exemplo de bebidas mistas cítricas, bebida láctea, iogurte, chocolate em pó douradinho, etc., em vendas internas, o contribuinte as tributou com alíquota de 12%. Informa que todos os contribuintes elencados são, de fato, microempresa. A cobrança do ICMS, entretanto, ocorreu porque a aplicação de 7% para microempresa fica condicionada à concessão do desconto expressamente destacado nos documentos fiscais, e o contribuinte não atendeu essa prerrogativa, conforme documentos anexados aos autos. Lembra ainda que, a partir de 23/03/2015, a aplicação da alíquota de 7% para empresas de pequeno porte e microempresas passou a ser exclusividade do estabelecimento fabricante situado neste Estado, o que não é o caso do contribuinte (Lei nº 7.014/96, art. 16, inciso I, C).

Salienta que, nessa infração, para as vendas realizadas antes da aludida alteração da Lei nº 7.014/96, o contribuinte não concedeu nenhum desconto à microempresa. Em vendas posteriores àquela data, não é mais permitido ao Comércio Atacadista aplicar a alíquota de 7%, em mercadorias destinadas a microempresa, nem, tampouco, o desconto foi evidenciado.

No que se refere à infração 4 e o retro mencionado mandado de segurança, compreende, a partir da sentença formulada, que a bonificação de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária não é atingida pela exoneração concedida judicialmente ao contribuinte.

Registra que o Mandado de Segurança e seus desdobramentos estão sendo acompanhados pela Procuradoria Geral do Estado – PROFIS. A Coordenação Executiva da PROFIS enviou documento anexado a este Processo Administrativo Fiscal, constando uma Certidão de Baixa e Remessa, com orientação formulada pelo procurador Leonardo Sérgio Pontes Gaudenzi, nos seguintes termos: “... *cumprir notar que a decisão que transitou em julgado fixa que os descontos concedidos de forma incondicionada não podem ser incluídos no valor da operação para fins de aferimento da base de cálculo do ICMS*”. Ressalta que tal orientação não alcança diretamente a questão da substituição tributária, mas que se encontra exposta na sentença judicial; sugere ao CONSEF, sendo conveniente, uma análise por parte do procurador que participa dos julgamentos.

Entende que a sentença judicial não considera como bonificação aquelas mercadorias elencadas como integrante do regime de substituição tributária pelo RIMCS-BA (Anexo 01).

Quanto à inclusão no mesmo levantamento de mercadorias destinadas a microempresas, esclarece que aplicação da alíquota de 7%, não alcança as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Pede a manutenção da infração.

Quanto à infração 5, lembra que não pode acatar o argumento defensivo de que transferências de mercadorias, em operações interestaduais, estão fora da incidência do ICMS antecipação parcial.

Pontua que a Antecipação Parcial não distingue, legalmente, aquisição de transferência de mercadorias, visto que a seu objetivo é trazer para os cofres públicos uma parte do imposto que futuramente será cobrado quando das saídas efetivas ou simbólicas das mesmas mercadorias. Diz que as exceções estão previstas na própria norma.

Concluiu que o presente PAF contém documentos fiscais que corroboram, individualmente e por amostragem, cada Infração. Explica que gravou, eletronicamente, também um CD com outros elementos, a exemplo de CFOP, livros fiscais, EFD, Mandado de Segurança, etc., que poderão ser úteis quando da sua análise final para julgamento pelo CONSEF.

Pede a manutenção da infração.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para constituir crédito tributário consubstanciado nas infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação nas linhas procedentes, exceto para a infração 2, que não foi objeto da impugnação do sujeito passivo, reconhecendo-a tacitamente. Item que resta caracterizado, no valor de R\$16.502,06.

A conversão do Processo Administrativo Fiscal – PAF em diligência resta indeferida, nos termos do art. 147, “a” e “b”, RPAF BA, considerando que tal procedimento, objetivando examinar a existência e funcionamento de uma fábrica de chocolates, em período pretérito, seria inócuo. Em existindo possíveis provas da atividade fabril, no momento da autuação; ou documentos sobre a aplicação indevida de alíquotas, o próprio sujeito passivo deveria acostar aos autos, uma vez que tais documentos se encontram na sua posse.

No mérito, a primeira infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, no valor de R\$147.265,75.

O Auditor Fiscal, responsável pela ação fiscal, elaborou demonstrativos do débito e os acostou aos autos, às fls. 100/132, como instrução da exigência referenciada. Garante que a atividade econômica principal do contribuinte, até 26/02/2013, era a fabricação de laticínios. A partir desta data e até 2016 exerceu a atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral.

O autuado alega, nas razões, que no mesmo estabelecimento existia tanto a fabricação de chocolates, quanto o armazenamento e comercialização dos produtos, transferidos das suas filiais industriais. Diz que as notas fiscais com o CFOP 5.401 ou 6.401 provam as vendas de produtos industrializados, sujeitos ao regime de substituição tributária (chocolates); afirma que não encerrou a atividade em fevereiro de 2013, bastando apenas verificar as mesmas saídas com CFOP 5.401/6.401, que ocorrerem nesse período e nos posteriores.

Explica que arrendou a fábrica de chocolates da marca DUFFY, Contrato firmado em 04/12/2009 (fls. 408/420), reunindo num único endereço produção de chocolate e comércio atacadista, até o encerramento das atividades, no segundo semestre de 2016.

Examinando as peças que instruem a exigência, constato que o sujeito passivo, inscrito no cadastro de contribuinte na atividade econômica principal de “*Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral*”, CNAE 4639-7/01; como atividade secundária a “*fabricação de laticínios* - CNAE 1093-7/01” e “*fabricação de produtos derivados do cacau* - CNE 1093-7/01”, encontrando-se em Recuperação Judicial e inapto no cadastro desde 13/10/2016.

Sabe-se que a utilização de crédito de ICMS destacado nas faturas de energia elétrica restringe-se às hipóteses: 1) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; 2) quando consumida no processo de industrialização; 3) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais.

Para demais hipóteses a utilização do crédito vem sendo constantemente postergada. A previsão atual é que seja possível a partir de 01.01.2020, por determinação da Lei Complementar 138/2010.

Dessa forma, a presente lide reside na prova do consumo da energia elétrica identificada pela fiscalização no processo industrial do estabelecimento autuado.

Apesar da apresentação do Contrato de Arrendamentos de máquinas industriais, prédios e outras avenças, celebrado com a sociedade CHOCOLATES DUFFY LTDA (fls. 409/420); das operações escrituradas com o CFOP 5.401 - venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto (operações com CFOP 6.401 não foram encontradas); e do registro no cadastro do contribuinte do autuado como atividades econômicas secundárias a fabricação de produtos derivados do cacau e de chocolates, além da fabricação de laticínios, o autuado não logra provar a atividade fabril, que lhe permitiria legalmente a utilização dos créditos escriturados.

Com efeito, a simples menção de Código fiscal de Operações e Prestações, cópia de um contrato, não comprova a realização do processo industrial. Deveria instruir o autuado sua defesa com elementos concretos e provas materiais dos meios de produção, a organização do chão de fábrica; a aquisição de amêndoas e sementes de cacau, matéria-prima para a fabricação do chocolate; e demais materiais empregados nas etapas da fabricação do produto: mistura, confeitaria, moldagem e embalagem.

Poderia apresentar sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, sua Escrituração Contábil Digital - ECD, comprovando as operações e outras informações de natureza industrial; o Registro de Controle da Produção e do Estoque; o registro de inventário; informações sobre os empregados alocados às atividade industrial, tais como relação anual de informações sociais (RAIS), Cadastro Geral de Empregado e Desempregado (CAGED).

O autuado não consegue provar a existência no mesmo endereço, conforme afirma, a produção do chocolate produzido e a atividade atacadista, no mesmo local. Garante o Auditor Fiscal que identificou diversos produtos relacionados ao chocolate, a exemplo chocolate ao leite único; chocolate ao leite crocante amado; chocolate branco cookies inevitável; ball chocolate ao leite cripies; caixa de bombom celebridades; ovos de chocolate; chocolate em pó douradinho, mas, nenhum produto relacionado ao chocolate DUFFY.

Garante o preposto do Fisco que tais produtos foram transferidos da filial localizada em Palmeira dos Índios (AL) como mercadorias adquiridas e recebidas de terceiros, conforme constam dos documentos e da Escrituração Fiscal Digital, no período fiscalizado.

Por uma medida de ponderação, os créditos de energia somente foram estornados, a partir de março de 2013, período em que a Fabricação de Laticínios também foi, oficialmente, encerrada,

Em frente ao exposto, entendo que o autuado não prova o uso legal e regular dos créditos originados do consumo de energia elétrica. Caracterizada a infração, no valor de R\$147.265,75.

A infração 3 acusa o autuado da aplicação da alíquota de 12%, nas operações de saídas internas, cuja entrega efetiva das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado no Estado da Bahia, além de outras operações indevidamente consideradas não tributadas. Valor exigido R\$4.977,06.

Nas razões, questiona o autuado que o item *Vulcano Energy Drink* (NCM 2202.9000) é bebida energética e o ICMS pago foi por substituição tributária pelo fabricante; quanto aos demais itens, diz que o fisco desprezou as vendas efetuadas para as microempresas.

Verifico que para instrução da exigência tributária foram elaborados demonstrativos de debito (fls. 141/160), onde estão discriminadas as mercadorias, data da aquisição, numero da nota fiscal, CFOP utilizado, valores de cada operação, alíquotas utilizadas, alíquotas legais e a diferença apurada.

Acertada a alegação do autuado com relação à mercadoria “*Vulcano Energy Drink*”, NCM 2202.9, que se encontra sujeita à substituição tributária (Item 6 do Anexo I do RICMS-BA 2015), prevista no Protocolo ICMS 11/91. As mercadorias foram adquiridas do Estado de Goiás com o destaque do ICMS-ST, e cujas saídas subsequentes deveriam ocorrer naturalmente sem mais tributação.

No entanto, o autuado creditou-se do ICMS normal referente às tais aquisições (fls. 447/457), contrariando o disposto no art. 290, do RICMS-BA, que veda a utilização de créditos fiscais pelo adquirente, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.

Para corrigir a anomalia, considerando ainda que o autuado creditou-se do ICMS normal, mas, não do ICMS-ST e entendendo que o contribuinte pretendeu valer-se da prerrogativa contida no artigo 291, RICMS/BA que permite ao “sujeito passivo *por substituição que adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, a fim de uniformizar o tratamento fiscal dos seus estoques, a utilização como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria*”, o Auditor Fiscal exigiu ICMS não recolhido na operação subsequente.

As operações de saída internas das mercadorias, tais como: bebidas mistas cítricas, bebida láctea, iogurte, chocolate em pó, etc., com aplicação da alíquota de 12% não foram devidamente explicadas pelo sujeito passivo e não encontra justifica no direito posto.

As operações de venda para microempresa com a aplicação da alíquota de 7% para microempresa ficam condicionada à concessão do desconto expressamente destacado nos documentos fiscais, o que não se observa, no presente caso. Sem deixar de destacar que a partir de 23/03/2015, o benefício da alíquota especial de 7% para empresas de pequeno porte e microempresas é exclusivo das operações originadas de estabelecimento fabricante, situado neste Estado, conforme Lei nº 7.014/96, art. 16, inciso I, C, que também, não corresponde ao presente caso.

Dessa forma a infração 3 resta caracterizada, no valor de R\$4.977,06

Na infração 4, a acusação fiscal é que o contribuinte deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor da exigência R\$184.303,70.

Argumenta o autuado que não foram consideradas no levantamento fiscal as saídas à título de bonificações, em discussão judicial. Defende que sobre tais saídas, equiparadas aos descontos incondicionais, não deve incidir o ICMS.

Salienta a existência em seu favor de uma ação judicial, com sentença de mérito, através da qual a Secretaria da Fazenda deveria se abster de fazer incidir o ICMS sobre os valores relativos às saídas com bonificações.

Assinala ainda que o Fisco desprezou as vendas para as microempresas com alíquota de 7%.

Verifico que o Auditor Fiscal instruiu a exigência com extensos demonstrativos de debito para os exercícios 2013 (fls. 175/223), exercícios 2014 (fls. 225/275), exercícios 2015 (fls. 276/324), onde estão discriminadas as operações de saídas, data, adquirente, numero da nota fiscal, descrição da mercadoria, NCM, valor de cada operação, do ICMS, do ICMS-ST, impostos recolhidos e diferença apurada.

No demonstrativo fiscal retro aludido, os descontos concedidos foram feitos à título de bonificação, conforme as razões de defesa do próprio autuado.

Sabe-se que num mercado cada vez mais competitivo, as empresas criam atrativos para manter e atrair novos clientes, diversos tipos de incentivos são utilizados para estimular vendas e fidelizar a clientela. Nesse sentido, os brindes, bonificações, descontos, premiações, ou mesmo doação são expedientes possíveis. Ocorre que cada um desses têm repercussão tributária, por vezes diversas. Dentre esses incentivos, destaque para a "*bonificação de mercadorias*", onde a empresa ao faturar determinada quantidade de produto ao preço normal promove a distribuição gratuita de algumas unidades adicionais.

Ocorrendo referida operação teremos um reflexo na seara tributária, mais especificamente no campo do ICMS. O ICMS tem como fato gerador, entre outros, a saída de mercadoria, a qualquer título de estabelecimento de contribuinte, inclusive a título de bonificação.

Assim, as saídas de unidades de mercadorias oferecidas gratuitamente à título de bonificação serão normalmente tributadas pelo ICMS e mesmo pelo IPI.

O valor da mercadoria bonificada será sempre equivalente a um desconto condicionado, devendo fazer parte da base de cálculo do tributo. O adquirente recebe unidades extras. A legislação do ICMS nesse Estado, assim, estabelece (art. 17, § 1º, II, da Lei 7.014/96) que integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição. Aliás, o regulamento do ICMS interior (art. 54, I, "a", Decreto 6.284/97) incluía de forma expressa as bonificações na base de cálculo do ICMS.

Não obstante o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ (Recurso Especial 1.111.156/SP) que excluiu da incidência do imposto, os descontos incondicionais, para fins do nascimento do crédito tributário do ICMS, as bonificações em mercadorias são tratadas como um desconto condicionado, considerando-se uma conveniência entre o remetente e o destinatário, visando a oportunidade, o incremento das operações, mediante entrega de uma quantidade

adicional da mercadoria ou mitigação dos preços, decisões subjetivas que não interessam ao direito tributário (art. 136, CTN).

A mesma matéria examinada sob o rito do art. 543- do Código do Processo Civil, restringe-se tão somente a incidência do ICMS nas operações que envolvam mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.

Portanto, no caso em concreto, laborou corretamente o preposto do Fisco. Não houve qualquer descumprimento de determinação Judicial (Mandado de Segurança 692527-9/2005), fl. 439, que mandou a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia se abster de fazer incidir o ICMS sobre os valores relativos às saídas com bonificações, excluindo, no entanto, as operações do regime de substituição tributária.

Quanto as operações de venda para microempresa, a aplicação da alíquota de 7% para microempresa fica igualmente condicionada à concessão do desconto expressamente destacado nos documentos fiscais, o que não se observa, no presente caso. Sem deixar de destacar que a partir de 23/03/2015, o benefício da alíquota especial de 7% para empresas de pequeno porte e microempresas é exclusivo das operações originadas de estabelecimento fabricante, situado neste Estado, conforme Lei nº 7.014/96, art. 16, inciso I, C, que também, não corresponde ao caso.

Por outro lado, o Auditor exigiu numa mesma infração, o imposto retido e não recolhido, situação em que o autuado inclui no valor da operação praticada, o valor do ICMS ST exigido; e também o imposto não retido e não recolhido (ICMS-ST), tipos que são alcançados por percentuais de multas diversos, que precisam ser segregados, para que seja apenas adequadamente a conduta tributária do sujeito passivo. Para as situações de ICMS retido e não recolhido, a multa deve ser conforme aplicou o Auditor Fiscal, 150%. Para o ICMS-ST que não foi recolhido, mas, em cujas operações também não houve a retenção, o percentual correto é de 60%, nos termos do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/86. A infração encontra-se discriminada da forma abaixo:

Exercício 2013 - ICMS-ST retido – R\$85.607,29; ICMS-ST não retido – R\$6.951,61; ICMS recolhido – R\$7.261,26. Total R\$85.297,64 (fl. 175).

Exercício 2014 - ICMS-ST retido – R\$54.364,73; ICMS-ST não retido – R\$18.332,56; ICMS recolhido – R\$16.158,22. Total R\$56.539,07 (fl. 225).

Exercício 2015 - ICMS-ST retido – R\$25.335,34; ICMS-ST não retido – R\$17.131,64. Total R\$42.466,98 (fl. 276).

Dessa forma, a infração 4 resta devidamente caracterizada, no valor de R\$184.303,70.

A infração 5 penaliza o autuado com a imposição de multa percentual sobre o ICMS antecipação parcial não recolhido, referente às aquisições de mercadorias devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$323.061,61.

Nas razões, contesta o autuado a exigência, argumentando que a antecipação parcial não se aplica às operações de transferências de produtos acabados da fábrica de Alagoas para a filial atacadista da Bahia.

Questiona que o ICMS antecipação parcial indicado no art. 12-A da Lei nº 7.014/96 se refere apenas às aquisições interestaduais de mercadorias, e não às operações de transferências de mercadorias de contribuintes de mesma titularidade, uma vez que nesse caso ocorre apenas deslocamento da mercadoria entre os estabelecimentos da mesma empresa.

Ainda que o art. 12-A da Lei nº 7.014/86 se refira ao termo “*aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização*”, as mercadorias recebidas em transferência por filiais também serão alcançadas pela antecipação parcial do imposto.

Reza o artigo 4º do mesmo dispositivo que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do

mesmo titular.

Portanto, nas operações de transferência de mercadorias para revenda, ocorre a incidência do ICMS, excetuada diante de mercadorias isentas, com não incidência, ou que não estejam sujeitas a substituição tributária, atraindo, assim, o recolhimento da antecipação parcial do ICMS. Ponto fulcral nessa operação é que a sua entrada seja destinada a comercialização.

Consoante o art. 332, § 2º, RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), o recolhimento do imposto por antecipação dar-se-á até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, obedecidos os requisitos ali previstos. Estabelece o art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96, a aplicação da multa 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, por antecipação, inclusive, por antecipação parcial.

O Auditor Fiscal instruiu a presente exigência com demonstrativos do débito (fls. 328/370), discriminando as operações de transferências de mercadorias para comercialização da fábrica de Alagoas para a filial atacadista da Bahia, o contribuinte alcançado pela fiscalização. Apurou os valores não recolhidos, aplicando sobre eles o percentual previsto na Lei.

Diante do exposto, resta caracterizada a imposição da multa percentual, em relação ao ICMS antecipação parcial, não recolhido tempestivamente, no valor de R\$323.061,61.

O Auto de Infração é PROCEDENTE, no valor de R\$676.110,18.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298616.0006/17-7**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$353.048,57**, acrescido das multas de 60% sobre R\$168.744,87 e 150% sobre R\$184.303,70, previstas no art. 42, II, “a”, VII, “a”, e V alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$323.061,61**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo artigo e diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR