

PROCESSO - A. I. N° 298616.0006/17-7
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª 1ª JJF n° 0046-01/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/02/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0009-11/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE ENÉRGIA ELÉTRICA PARA COMERCIALIZAÇÃO. Em seu Recurso, poderia trazer os documentos acima aludidos, como prova incontestável da fabricação de chocolates, mas apenas anexou reprodução de anúncios de chocolates no sítio da empresa (fls. 536-38); contudo, o simples fato de ter anúncio deste tipo de mercadoria não faz prova da produção, mas da comercialização, já que como o próprio autuante informou, foram efetuadas transferências de tais produtos da filial de Palmeira dos Índios, como itens adquiridos e recebidos de terceiros. Assim, perdeu o Recorrente, a oportunidade de apresentar provas inequívocas de fabricação, comprovando tão somente a sua comercialização. Assim posto, mantenho a Decisão recorrida. Infração 1 procedente. **b)** 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% condicionam-se à concessão do desconto expressamente destacado nos documentos fiscais, o que não se observa, no caso. Infração 3 subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO.** ICMS-ST. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. Não houve descumprimento de decisão Judicial (Mandado de Segurança 692527-9/2005), que determinou 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. Contudo verifico uma situação a ser corrigida de ofício. O Relator pede a separação das multas de 150% e 60%, conforme o demonstrativo de ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO, e ICMS NÃO RETIDO. Retirada a parcela do lançamento referente ao ICMS NÃO RETIDO. Infração 4 Procedente em Parte. **3. MULTA ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** OPERAÇÕES REGISTRADAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. Nas operações de transferência de mercadorias para revenda, ocorre a incidência do ICMS, estabelece o art. 42, II, “d”, da Lei n° 7.014/96, a aplicação da multa 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, por antecipação, inclusive, por antecipação parcial. Infração 5 subsistente. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Excluída, de ofício, parte da

infração 4 que não consta da descrição da infração.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Recurso Voluntário decorrente da decisão em primeira instância neste Conselho de Fazenda que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em lide, lavrado em 13/06/2017, referente ao lançamento de ICMS e multa pela constatação de 5 infrações, contudo só Recorrendo a esta segunda instância das infrações 1, 3, 4 e 5 a seguir relacionadas, não o fazem em relação ao segundo item do Auto de Infração.

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 3 - Utilizou alíquota indevida (interstadual) 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%.

Após a impugnação inicial e a informação fiscal, a Junta acatou a Procedência do lançamento, com fundamento no voto abaixo transrito:

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, confeitoraria, 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 atividades industriais, 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 desrespeitou as vendas efetuadas para as microempresas.

Verifico que para instrução da exigência tributária foram elaborados demonstrativos de débito (fls. 141/160), onde estão discriminadas as mercadorias, data da aquisição, número 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 débito 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, número 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 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 apenada 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.

Inconformado, às fls. 532/42, o contribuinte ingressou tempestivamente com Recurso Voluntário apenas quanto às infrações 1, 3, 4 e 5. Alega que não pode se conformar com a referida decisão de primeira instância administrativa, razão pela qual vem dela recorrer, pois, como será demonstrado a seguir, o Auto de Infração ora atacado e a decisão de primeira instância que o convalidou, contrariam dispositivos legais e constitucionais.

Para uma melhor didática e objetividade, a Recorrente passa a discorrer sobre cada uma das infrações remanescentes. Neste Recurso Voluntário, portanto, as infrações 01, 03, 04 e 05 do referido Auto de Infração serão objeto de nova discussão e análise, que serão a seguir demonstrados.

A infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, no valor de R\$147.265,75. Salienta que no estabelecimento da autuada existia tanto a fabricação de chocolates, como o armazenamento e comercialização dos produtos desta, vindo de suas filiais.

Acrescenta-se que a ILPISA firmou com a DUFFY o arrendamento de sua fábrica na data de 04/12/2009, motivo pelo qual reunia em um único endereço a produção de chocolate e comércio atacadista, que pendurou até o segundo semestre de 2016.

Ademais, a utilização do crédito de ICMS restringe-se a 3 hipóteses, quais sejam:

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.

Neste sentido, é importante esclarecer que a autuada industrializava chocolates à época da fiscalização, tendo como seu direito líquido e certo a utilização do crédito de ICMS, pois se enquadrava no tópico b das hipóteses legais previstas acima.

Com isso, não há sentido algum na alegação da fiscalização em cobrar e afirmar que a autuada utilizou do crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica de forma indevida, pois a contribuinte industrializava chocolates, conforme se pode comprovar através de imagens extraídas no próprio site da VALEDOURADO, portanto, acessível a todos, que demonstra que a fabricação de chocolates no período autuado, entre 2013 e 2016:

O douto julgador, em seu voto afirmou que a defesa não possuía elementos concretos que comprovava a realização do processo industrial das atividades da autuada, contudo o contrato de arrendamento celebrado entre a contribuinte e a DUFFY LTDA., juntado na impugnação, é prova mais que concreta e suficiente ao se afirmar que naquele estabelecimento eram industrializados chocolates.

Diante do exposto, requer a Recorrente a este egrégio órgão julgador, a total improcedência da presente Infração 01, já que não existe fundamentação legal e concreta para exigir o valor de R\$147.265,75 e caso não seja reconhecida a total improcedência da infração que seja ao menos diminuída a multa imposta.

A infração 3 acusa a autuada 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 de R\$4.977,06.

Observando a autuada às notas fiscais referentes ao presente Auto de Infração, observa-se que o item Vulcano Energy Drink (NCM 2202.9000) é bebida energética e o ICMS pago foi por substituição tributária pelo fabricante e em relação aos demais itens o Fisco desprezou as vendas efetuadas para as microempresas.

As mercadorias foram adquiridas do Estado de Goiás com o destaque do ICMS-ST, e cujas saídas subsequentes deveriam ocorrer naturalmente sem mais tributação. Portanto, por todo o exposto, com o entendimento inconsistentemente colocado neste Recurso, requer a Recorrente a este egrégio órgão julgador, a total improcedência da presente Infração 03 e caso não seja reconhecida a total improcedência da infração que seja ao menos diminuída a multa imposta.

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

Em relação a esse contexto, salienta-se que não foi considerado pelo fiscal as saídas à título de bonificações, em discussão judicial, pois nas saídas, equiparadas aos descontos incondicionais, não deve incidir o ICMS.

Em razão dessa situação, existe uma ação judicial, com sentença de mérito positiva em função da ILPISA, através da qual a Secretaria da Fazenda deveria se abster de fazer incidir o ICMS sobre valores relativos às saídas com bonificações.

Portanto, neste caso em concreto, a presente infração não merece ser prosperada, uma vez que está clara a decisão judicial que permite a não tributação do ICMS sobre os valores relativos às saídas com bonificações.

Portanto, pelo exposto, com o entendimento inconsistentemente colocado pela Recorrente, requer a total improcedência dessa Infração 04 e caso não seja reconhecida a total improcedência da infração que seja ao menos diminuída a multa imposta.

Na infração 5, foi aplicada multa percentual sobre 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.

É importante salientar que somente é cobrado à antecipação tributária total do ICMS na aquisição de produtos e não na transferência, conforme prevê a inteligência do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96.

Comprovando a veracidade de não sujeição à antecipação tributária total do ICMS na transferência de produtos, mas somente na aquisição de produtos, cabe esclarecer ao douto julgador, que não merece ser prosperada esta infração, uma vez que o recolhimento antecipado do ICMS só é cobrado nas aquisições de mercadorias, conforme descrito no próprio texto legal.

Acrescenta-se ainda que à antecipação tributária total do ICMS é devida apenas nas aquisições de bens ou mercadorias, o que compreende apenas as aquisições, não compreendendo as transferências entre estabelecimentos de um mesmo titular, tendo em vista que neste último ocorre apenas o deslocamento da mercadoria entre estabelecimento da mesma empresa.

Portanto, diante de todo o exposto com o entendimento concreto e legal por esta Recorrente, requer a total improcedência dessa infração por este egrégio órgão julgador e caso não seja reconhecida a total improcedência da infração que seja ao menos diminuída a multa imposta.

Diante de todo o exposto, a Recorrente requer a este Conselho de Fazenda, a total improcedência das infrações 01, 03, 04 e 05, em razão de toda a defesa exposta e caso não seja reconhecida a total improcedência das infrações que seja ao menos diminuída as multas impostas.

Requer também o recebimento do presente Recurso, uma vez que tempestivo, assim como que a notificada seja intimada de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

VOTO

Trata o presente, de Recurso Voluntário que envolve 4 das 5 infrações lançadas no Auto de

Infração julgado Procedente na primeira instância deste Conselho.

A infração 1 se reporta ao crédito fiscal indevidamente utilizado na aquisição de energia elétrica para comercialização de mercadorias. Tal crédito, como sobejamente conhecido, é vetado pela legislação quando se trata de uso comercial, porém possível de utilização se for utilizado em processos fabris.

O cerne da defesa desse item cinge-se ao argumento de que o Recorrente firmou com a empresa DUFFY, o arrendamento de sua fábrica na data 04/12/2009, motivo pelo qual reunia em um único endereço a produção de chocolate e também o comércio atacadista, que perdurou até o segundo semestre de 2016.

Esclarece que industrializava chocolates à época da fiscalização, tendo como seu direito líquido e certo a utilização do crédito de ICMS, pois se enquadrava nas hipóteses legais previstas. Vejamos o que disse o voto recorrido:

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 secundaria 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.

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.

O Relator do voto recorrido enumerou ainda as provas que o Recorrente poderia apresentar, de ter efetivamente fabricado chocolates na unidade autuada conforme trecho abaixo:

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 atividades industriais, 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.

Em seu Recurso, poderia trazer os documentos acima aludidos, como prova incontestável da fabricação de chocolates, mas apenas anexou reprodução de anúncios de chocolates no sítio da empresa (fls. 536-38); contudo, o simples fato de ter anúncio deste tipo de mercadoria não faz prova da produção, mas da comercialização, já que como o próprio autuante informou, foram efetuadas transferências de tais produtos da filial de Palmeira dos Índios, como itens adquiridos e recebidos de terceiros.

Assim, perdeu o Recorrente, a oportunidade de apresentar provas inequívocas de fabricação, comprovando tão somente a sua comercialização. Pelo exposto, mantenho a Decisão decorrida. Infração 1 Procedente.

A infração 3 diz respeito à utilização de alíquota indevida nas operações internas, tendo aplicado alíquota de 12% ao invés de 17%, além de operações que sequer foram tributadas. O Recorrente diz que o item *Vulcano Energy Drink (NCM 2202.9000)* é bebida energética, e o ICMS pago foi por substituição tributária pelo fabricante, e em relação aos demais itens o fisco desprezou as vendas efetuadas para as microempresas.

As mercadorias foram adquiridas do Estado de Goiás com o destaque do ICMS-ST, cujas saídas subsequentes deveriam ocorrer naturalmente sem mais tributação. Pede a total improcedência da Infração e caso não seja reconhecida a total improcedência da infração que seja ao menos diminuída a multa imposta.

Vejamos os fundamentos do voto Recorrido, quando foi apresentado o mesmo argumento:

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.

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

Pelo exposto, ficou esclarecido que embora o Recorrente tenha razão quanto a alguns aspectos de suas alegações, este tratou a mercadoria como se de regime normal fosse, fazendo o crédito fiscal indevido, mas contudo sem fazer o débito de ICMS corretamente, de forma a compensar o crédito indevido.

Assim, o Fisco apenas corrigiu o erro do Recorrente, realizando a operação como se normal fosse, porquanto o contribuinte não deu o tratamento adequado nas entradas como sendo itens da substituição tributária e, portanto, sem direito a crédito fiscal. O autuante considerou no cálculo, o crédito fiscal lançado indevidamente, de forma a cobrar o justo valor devido. De outra forma, o que o autuante fez, foi considerar o erro do Recorrente, e a partir disto, cobrar o imposto efetivamente devido.

O Recorrente por sua vez não trouxe quaisquer justificativas para tributar bebidas mistas cítricas, bebida láctea, etc., em vendas internas com alíquota de 7% e 12%, sendo que embora os destinatários sejam microempresas, a alíquota de 7% fica condicionada à concessão de desconto equivalente nas operações, o que não se verificou, sendo que de conformidade com a Lei nº 7.014/96 a partir de 23.03.2016 a alíquota de 7% é permitida apenas para fabricantes, e não para atacadistas.

Embora todos esses argumentos tenham sido apresentados pelo autuante na informação fiscal, o Recorrente silenciou no Recurso Voluntário, trazendo apenas a questão voltada ao Vulcano energy drink, perfeitamente esclarecido no voto recorrido, razão pela qual mantendo a Decisão recorrida

Quanto ao pedido de redução de multa, de 60%, sobre o valor da infração, esta Câmara não tem competência nos termos do RPAF para redução da multa por descumprimento de obrigação principal. Infração 3 Procedente.

Na infração 4, o Recorrente deixou de recolher o ICMS retido na qualidade de sujeito passivo substituição tributária. O Recorrente alega que não foi considerado pelo fiscal as saídas à título de

bonificações, em discussão judicial, pois nas saídas, equiparadas aos descontos incondicionais, não deve incidir o ICMS, e cita ação judicial que o favorece em questão idêntica. Requer a total improcedência dessa Infração 04 e caso não seja reconhecida a total improcedência da infração que seja ao menos diminuída a multa imposta.

Vejamos, em resumo o que decidiu o voto recorrido:

O ICMS tem como fato gerador, entre outros, a saída de mercadoria, a qualquer título de estabelecimento de contribuinte, inclusive a título de bonificação.

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.

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 apenada 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).

De fato, à fl. 439 consta trecho da decisão judicial que exceta os valores bonificados relativos à substituição tributária, e a defesa prende-se exclusivamente à decisão judicial que efetivamente não contempla os valores aqui lançados. Contudo verifico uma situação a ser corrigida de ofício. O Relator pede a separação das multas de 150% e 60%, conforme o demonstrativo de ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO, e ICMS NÃO RETIDO, às fls. 175, 225 e 276, contudo, sem fazê-lo na Resolução, mantendo totalmente a multa de 150% para a infração.

Considero ser inviável se manter nestes termos a Decisão decorrida, pois não basta corrigir a resolução separando os valores por multas de 60% e 150%. Conforme se verifica, o autuante lançou em única infração, 2 infrações distintas a que descreveu (ICMS retido e não recolhido) e ICMS não retido. São 2 infrações de natureza distinta, inclusive com uma multa muito superior à outra, e com descrições igualmente distintas, que não podem ser unificadas.

Além de afrontar o princípio da tipicidade fechada do Direito Tributário, que impede a descrição genérica das infrações, juntando-as, e atentar contra o princípio da ampla defesa, por mascarar uma infração contida em outra, os arts. 202 e 203 do CTN que prescrevem os requisitos para inscrição em Dívida Ativa, veda expressamente a inscrição nos casos em que não haja a origem e a natureza do crédito com disposição de lei em que seja fundado:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

É possível encontrar mediante simples consulta na internet, com os artigos do CTN supracitados,

e vinculado ao tema de inscrição em Dívida Ativa, muitos julgamentos anulados em instância judicial, e inclusive já em fase de execução fiscal.

Embora o Recorrente não tenha reclamado desta situação em sua defesa, é certo que poderá fazê-lo em âmbito judicial, e até mesmo no processo de execução fiscal, havendo o risco da Fazenda Pública perder todo o lançamento. Assim posto, para segurança da Fazenda Pública, de forma a ficar o lançamento cercado de liquidez e certeza, de ofício, excluo os valores que não estão em perfeita subsunção à norma e à descrição da infração, conforme demonstrativo abaixo, ao tempo em que recomendo à autoridade administrativa refazer o procedimento para lançar os valores referentes ao ICMS NÃO RETIDO, excluído deste item:

MÊS	ST RETIDO	VALOR RECOLHIDO	DIF A RECOLHER
jan/13	2.433,04	0,00	2.433,04
fev/13	15.545,36	0,00	15.545,36
mar/13	32.920,28	0,00	32.920,28
abr/13	2.333,93	0,00	2.333,93
mai/13	2.318,36	0,00	2.318,36
jun/13	3.366,69	0,00	3.366,69
jul/13	4.281,51	0,00	4.281,51
ago/13	5.516,18	0,00	5.516,18
set/13	5.633,97	0,00	5.633,97
out/13	3.846,48	0,00	3.846,48
nov/13	5.159,53	4.363,43	796,10
dez/13	3.251,86	2.897,83	354,03
jan/14	2.989,27	0,00	2.989,27
fev/14	2.281,80	2.116,17	165,63
mar/14	18.241,32	0,00	18.241,32
abr/14	6.414,16	0,00	6.414,16
mai/14	3.299,34	1.411,15	1.888,19
jun/14	2.447,41	0,00	2.447,41
jul/14	2.303,23	0,00	2.303,23
ago/14	2.383,93	2.100,88	283,05
set/14	3.067,52	0,00	3.067,52
out/14	4.127,64	3.798,77	328,87
nov/14	3.862,80	3.862,80	0,00
dez/14	2.946,31	2.868,45	77,86
jan/15	1.276,82	0,00	1.276,82
fev/15	3.879,67	0,00	3.879,67
mar/15	10.814,81	0,00	10.814,81
abr/15	1.445,05	0,00	1.445,05
mai/15	3.020,77	0,00	3.020,77
jun/15	1.297,32	0,00	1.297,32
jul/15	1.856,33	0,00	1.856,33
ago/15	420,03	0,00	420,03
set/15	319,64	0,00	319,64
out/15	843,86	0,00	843,86
nov/15	74,09	0,00	74,09
dez/15	86,95	0,00	86,95
TOTAL		142.887,78	

Durante o refazimento do cálculo, foi constatado que o demonstrativo de fl. 175, relativo ao exercício de 2013 está com o totalizador errado, dado que a soma do ICMS ST RETIDO está no valor de R\$85.607,29, quando em verdade a soma alcança R\$86.607,19.

Face ao exposto, fica reduzido de ofício a infração 4 para R\$142.887,78, devendo a Administração efetuar novo lançamento para o ICMS NÃO RETIDO, devendo se respeitar o prazo decadencial.

Infração 4 Procedente em Parte.

Na infração 5, foi aplicada multa percentual sobre 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.

Nos termos do 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 nº 7.014/96, a aplicação da multa 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, por antecipação, inclusive, por antecipação parcial. No caso, não há exceção ao fato das mercadorias estarem em transferências, mas simplesmente o fato gerador é a entrada das mercadorias.

O Recorrente salienta que somente é cobrado à antecipação tributária total do ICMS na aquisição de produtos e não na transferência, conforme prevê a inteligência do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, e pede pela improcedência do lançamento. Vejamos o art. 12-A:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto legest_1996_7014_icmscomnotas.doc destacado no documento fiscal de aquisição.

Não há qualquer exceção na lei que possa elidir a infração, como pretende o Recorrente. Infração 5 Procedente.

Quanto ao pedido de redução de multa, este Conselho de Julgamento não tem competência para apreciar o pedido de redução das multas por descumprimento de obrigação principal.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reduzindo de ofício a infração 4, pela exclusão dos valores referentes ao ICMS ST NÃO RETIDO, por falta de subsunção à descrição da infração (ICMS ST RETIDO E NÃO RECOLHIDO).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, excluir os valores referentes ao ICMS ST NÃO RETIDO, da infração 4, para modificar a Decisão decorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298616.0006/17-7, lavrado contra INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$311.632,65, acrescido das multas de 60% sobre R\$168.744,87 e 150% sobre R\$142.887,78, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e V, ‘a’ da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de R\$323.061,60, 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, 23 de janeiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS