

**PROCESSO** - A. I. Nº 141596.0001/05-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FRANGOSUL S/A - AGROAVÍCOLA INDUSTRIAL  
**RECORRIDOS** - FRANGOSUL S/A - AGROAVÍCOLA INDUSTRIAL e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0217-03/07  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 07/08/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0248-11/08

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. SAÍDAS COM ISENÇÃO. É ilegal a utilização de créditos fiscais correspondentes a aquisições de serviços junto à microempresa, como também quando a operação subsequente estiver amparada com isenção, salvo exceções previstas em Lei. Excluídas as parcelas consignadas indevidamente. Exigência fiscal parcialmente elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração parcialmente procedente, após correção de erros constantes do levantamento inicial. Modificada a Decisão recorrida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Item nulo por falta de segurança para se determinar a infração. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Os produtos comestíveis resultantes do abate de aves e suínos em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados estão submetidos ao regime da substituição por força do artigo 353, II do RICMS-BA. Refeitos os cálculos pelo autuante reduzindo o valor do débito. Modificada a Decisão recorrida. Retificado, de ofício, o erro material em relação ao valor do imposto exigido no mês de junho de 2001. Infração subsistente em parte. 5. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO. MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apesar de o autuado não ter obedecido a obrigação formal de emissão de documento fiscal, restou comprovado nos autos que não houve prejuízo para o Erário Estadual. Infração insubsistente. 6. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO AMPARADAS PELO BENEFÍCIO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não restou comprovado nos autos a utilização de forma cumulativa de benefício fiscal do Decreto 7799/00. Inexistência de elementos para determinação da infração. Infração nula. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0217-03/07 - lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadoria com saída subsequente tributada. Crédito fiscal referente a frete nas saídas de mercadorias beneficiadas com isenção, no valor total de R\$10.096,84, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2- Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Recolhimento a menos nos meses de julho e agosto. Valor da infração R\$198,77, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviços de transporte junto à microempresa ou empresa de pequeno porte. Referente a CTCs emitidos por transportadoras inscritas no SimBahia. Total da infração de R\$30.672,23, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 4- Entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais constantes no sistema CFAMT e outras, sendo aplicada a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, no valor de R\$213.701,32,

INFRAÇÃO 5- Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo de imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Infração, no valor de R\$125.255,06, com aplicação da multa de 70%. (Exercícios de 2000, 2003 e 2004).

INFRAÇÃO 6- Retenção e recolhimento a menos de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Infração no valor de R\$604.870,60, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 7- Estorno de débitos de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estornou a maior, referente a antecipação tributária indevida. Infração no valor de R\$5.295,40, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 8- Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte utilizou o benefício fiscal, previsto no art. 2º do Decreto nº 7.799 de 10/05/2000, com utilização do art. 3º ao invés do constante no art. 1º, previsto para o seu ramo de atividade, constante no item 8 do anexo único do citado decreto, mais condizente com as atividades da empresa. Infração no valor de R\$160.968,42, com aplicação da multa de 60%.

INFRAÇÃO 9- Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Dedução a maior, do saldo devedor de outubro/2001, referente ao imposto pago por antecipação tributária, reclamado por Auto de Infração nas entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. Infração no valor de R\$1.965,52, com aplicação da multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, inicialmente afastando a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, por entender presentes todos os pressupostos de validação do processo, tendo o Auto de Infração sido lavrado com a observância das exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo

Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18, excetuando as infrações imputadas nos itens 5 e 8, que foram julgadas nulas. Ainda em inicial, o Relator da JJF indeferiu o pedido de perícia requerido, ao argumento que para a matéria em questão, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, nos termos do artigo 147, II, alínea “a”, do RPAF-BA, e rechaçou a alegação de que a cobrança tem natureza de confisco e ofende princípio constitucional consagrado no artigo 150 IV da Constituição Federal, ressaltando que não é da competência do CONSEF examinar questões ligadas à constitucionalidade das Leis estaduais, nos termos do artigo 167, I, do RPAF.

No mérito, assim se posicionou a JJF:

INFRAÇÃO 1 – O Relator de Primeiro Grau consignou em seu voto que o crédito fiscal relativo a mercadorias e serviços cujas saídas subseqüentes estão amparadas com o benefício da isenção encontra-se vedado por dispositivo constitucional previsto no artigo 155, parágrafo 2º, II, “b”, da Carta Magna e reproduzido no artigo 97, II, “b”, do RICMS-BA, estando correta a exigência fiscal. No entanto, ressaltou que, como alegado pelo sujeito passivo, a autuante indevidamente incluiu na exigência fiscal valores pertinentes aos Conhecimentos de Transportes Rodoviário de Cargas (CTRC), de nºs 65, 79 e 239, conforme demonstrativos de fls.110 a 113, resultando em imposto a recolher em valores superiores ao efetivamente apropriados, o que fez a JJF reduzir o quantum exigido para R\$9.133,25, valor reconhecido pelo contribuinte na sua última manifestação às folhas 4636/4637, conforme demonstrativo elaborado pelo relator em seu voto;

INFRAÇÃO 2 – Diante do reconhecimento do sujeito passivo, em sua Impugnação, da procedência da infração que lhe foi imputada neste item e a informação do seu pagamento, a JJF julgou-a procedente, por inexistência de controvérsias, recomendando a homologação do valor recolhido;

INFRAÇÃO 3 – Consignou a JJF que apesar do sujeito passivo ter inicialmente impugnado este item, posteriormente houve o reconhecimento da sua procedência, conforme declaração às fls.4637, e assim, em razão deste reconhecimento, julgou-se procedente este item da autuação;

INFRAÇÃO 4 – Consignou o relator da JJF que a autuante reconheceu que cometeu alguns equívocos no levantamento original, elaborando novo demonstrativo às folhas 4544/4546, reduzindo o valor do débito para R\$46.187,64, sendo que o sujeito passivo, em sua última manifestação à folha 4637, reconheceu o valor de R\$4.898,64, informando que providenciou o pagamento deste montante com os benefícios da anistia prevista na Lei nº 10.328/06. Ressaltou, entretanto, que resta devido o imposto relativo à diferença não recolhida e que não foi contestada pelo impugnante, já que o contribuinte não demonstrou que as notas fiscais coletadas no CFAMT e acostadas aos autos pela autuante, foram registradas nos livros próprios, e, por isso, julgou parcialmente procedente a imputação fiscal relativa a este item, ao tempo que também consignou que a autuante equivocou-se no valor total devido para esta infração, conforme soma dos demonstrativos às folhas 4.544/4.546, sendo devido o montante de R\$48.989,61, conforme demonstrativo que elaborou em seu voto.

INFRAÇÃO 5 – Inicialmente ressaltou o relator de Primeira Instância que a autuante apurou o imposto com base em levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativos aos exercícios de 2000, 2003 e 2004 (fls. 123/137) e que posteriormente retificou o lançamento, encontrando novos valores que foram demonstrados à folha 4.537 dos autos, sugerindo ao CONSEF a anulação das infrações relativas aos exercícios de 2003 e 2004, em razão dos valores apurados após a análise das alegações defensivas, serem superiores ao montante exigido no lançamento de ofício original. Observou, ainda, que da análise das peças processuais e após as diversas diligências realizadas, constatou que com relação ao levantamento realizado no exercício de 2000, o sujeito passivo alegou, e ficou comprovado, que a metodologia aplicada foi diferente da adotada para o levantamento realizado para os exercícios de 2003 e 2004, salientando que a autuante considerou as mercadorias que ainda se encontravam em trânsito para o exercício de 2000 e não as considerou nos exercícios de 2003 e 2004, o que levou, após a retificação do autuante, à correção do estoque inicial dos referidos exercícios, resultando em

valores superiores aos originalmente apurados. Após estas informações, entendeu o Relator da JJF que a infração não foi devidamente esclarecida, em que pese a sua solicitação de diligência para a autuante e para a ASTEC, resultando em insegurança para caracterização da infração, o que o levou a julgar nulo este item, nos termos do artigo 18, IV, alínea “a” do RPAF-BA, ao tempo que representou à autoridade competente para renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções. Ao final, ainda consignou que em relação ao pedido da autuante que se mantivesse a autuação quanto ao exercício de 2002, a despeito das falhas apontadas, para evitar a sua decadência, que esta não se aplica, vez que o artigo 173, II do CTN, dispõe que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 anos, contados da data em que se tornou definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente notificado.

INFRAÇÃO 6 – Ressaltou o relator da JJF que as margens de valor agregado aplicadas estão de acordo com o art.355, I, e Anexo 88, do RICMS-BA, o qual transcreveu. Informou que os produtos comestíveis resultantes do abate de aves em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, inclusive charque, foram submetidos ao regime da substituição tributária a partir de 01/01/2001 pelo Decreto n 7886/00, com MVA, vigente à época, de 40% nas aquisições oriundas de estabelecimento industrial, que perdurou até 30/06/2001 e, a partir desta data, aplicou-se a MVA de 5% nas operações internas, conforme Anexo 88, item 32 do RICMS-BA. Já os produtos resultantes do abate de suínos em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, também foram submetidos ao regime da substituição tributária a partir de 01/01/2001 pelo Decreto nº 7886/00, a MVA vigente à época era de 60% nas aquisições oriundas de estabelecimento industrial, que perdurou até 30/06/2001 e, a partir desta data, a MVA passou a ser de 10% nas operações internas, conforme Anexo 88, item 10 do RICMS-BA. Observou que a autuante retificou o lançamento original, acostando aos autos nova planilha (fls. 4539/4541), adequando a exigência aos percentuais devidos, o que o levou a acatar a nova planilha elaborada pela autuante, julgando parcialmente procedente este item da autuação, sendo reduzido o débito original de R\$604.870,60, para R\$481.129,72, conforme demonstrativo que elaborou em seu voto;

INFRAÇÃO 7 – Observou o relator da JJF que este item refere-se a estorno de débito correspondente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto foi recolhido quando da lavratura do Auto de Infração nº 206.887.007602-7, quando foi exigido o tributo a título de antecipação tributária por se tratar de mercadorias elencadas na Portaria 270/93, o que não foi contestado pela autuante, que se limitou a alegar que o documento fiscal exigido pelo artigo 113 e 201 do RICMS-BA para a efetivação do estorno do débito não foi emitido pelo defendente. Observou, ainda, que em consulta ao sistema SIGAT da SEFAZ, verificou que de fato houve o pagamento do referido Auto de Infração, no valor correlato ao estorno em tela - R\$5.295,60, entendendo que não houve prejuízo para o Erário Estadual, o que o levou a julgar insubsistente a exigência fiscal;

INFRAÇÃO 8 – Após explicitar que a autuante imputa ao sujeito passivo a utilização cumulada dos benefícios previstos nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 7.799/00, com o tratamento diferenciado praticado por estabelecimentos industriais quando da comercialização destinadas às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, previsto no artigo 51, I, “c” do RICMS-BA, o qual transcreveu, ressaltou o Relator da JJF que o contribuinte, na qualidade de atacadista filial de indústria, equipara-se a estabelecimento industrial por força do artigo 51, § 1º, incisos I e II do RICMS-BA, também transcritos, o que torna seu procedimento amparado por disposição legal contida no artigo 4º, parágrafo único do RICMS-BA, por ser um benefício que reduz a sua carga tributária. Observou, no entanto, que a aplicação de qualquer benefício do Decreto nº 7799/00 para as operações destinadas às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes não poderiam ser cumuladas, mas que não restou comprovado nos autos que tal procedimento foi utilizado pelo sujeito passivo. Aduziu, ainda, que a autuante não comprovou que alíquota de 7% também foi utilizada para operações destinadas a empresas sujeitas ao regime normal de

apuração, em que pese a solicitação desta JJF, para elucidação da questão, além do que a utilização do crédito presumido de 16,667% do valor incidente sobre operações interestaduais está amparada nas disposições contidas no artigo 2º do Decreto nº 7799/00, e a autuante não comprovou que o crédito presumido foi utilizado para as operações destinadas à microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes cumulativamente. Conclui, assim, que a infração não está devidamente caracterizada, gerando dúvida e insegurança para sua determinação, o que o leva a julgar nulo este item, ao tempo que representa à autoridade competente para renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções, devendo o autuante observar se as operações destinadas aos contribuintes inscritos como SIMBAHIA foram beneficiados com a redução da alíquota em 7%, assim como se a utilização do crédito presumido em 16,667%, encontra-se amparado com as notas fiscais de saídas para outras unidades da Federação.

INFRAÇÃO 9 – Este item foi julgado procedente, tendo em vista que apesar do sujeito passivo ter inicialmente contestado este item, reconheceu sua procedência posteriormente, conforme fl. 4.637.

Irresignado, o sujeito passivo, através de advogado regularmente constituído, interpõe o presente Recurso Voluntário - fls. 4.734 a 4.744 – onde pede a reforma da Decisão recorrida relativamente às infrações que lhe foram imputadas nos itens 04 e 06, apresentando os seguintes argumentos:

INFRAÇÃO 4 - Alega que a infração foi reconhecida em parte e paga com o benefício da anistia prevista na Lei nº 10.328/97, no valor de R\$4.898,64, e que o reconhecimento foi feito com base nos valores informados na informação fiscal da autuante e demonstrativos de fls. 4.607, 4.608 e 4.609, onde a fiscal informa as notas fiscais e as respectivas bases de cálculo para a cobrança da multa referente às notas fiscais não registradas, o que se comprova com nova juntadas das notas fiscais, por amostragem, de nºs 34, 1922, 7, 761, 8, 267, 493, 109, 113, 20, 11, 105 e 245, já anexadas ao Auto de Infração desde a defesa. Aduz que a soma dos valores indicados na planilha da autuante – R\$48.989,61 - corresponde ao valor da base de cálculo para aplicação da multa de 10%, legalmente prevista, o que resulta no valor de R\$4.898,64, já reconhecida e paga. Assim, conclui que deve ser reformada a Decisão da JJF quanto a este item, que manteve o equívoco da fiscal, reconhecendo o pagamento efetuado e julgando-o procedente em parte, no valor já recolhido.

INFRAÇÃO 6 – Pede a improcedência da infração em epígrafe, alegando que as margens de valor agregado dispostas no Anexo 88 do RICMS/BA foram fixadas em desconformidade com a lei estadual do ICMS e o art. 8º, §4º da Lei Complementar nº 87/96, caracterizando-se em pauta fiscal presumida, contrária à posição do Superior Tribunal de Justiça, conforme votos proferidos no RMS nº 19.026/MT e RMS nº 9.574-PI RMS, transcrevendo ementas dos referidos votos, e do Supremo Tribunal Federal, conforme RMS nº 18.473-PA, cuja ementa também transcreve.

Alega, ainda, que não foram observadas as regras do Convênio ICMS 70/97, norma de natureza complementar à legislação tributária, e que define os critérios para levantamento dos preços usualmente praticados no mercado, o que resultou em fixação de margens absurdamente alta, o que resulta em confisco ao patrimônio do contribuinte, tanto que reconhecendo esta exorbitância, posteriormente se reduziu as margens para 10%, quanto a suínos, e 5% para aves. Conclui, assim, que as margens aplicadas pela autuante estão incorretas por serem ilegais, e serem confiscatórias, conforme ensinamentos de doutrinadores, que cita e transcreve, e julgados do STF.

Aduz, ainda, que sendo filial atacadista os percentuais não seriam os aplicados pela autuante, e que no demonstrativo de janeiro de 2001 há informações divergentes das notas fiscais, conforme demonstrado na defesa, além do que teria havido outros equívocos cometidos pelo autuante, que foram sanadas aos poucos. Por fim, informa que o demonstrativo desta infração, exercício de 2001, apresenta um erro de digitação no mês de junho, pois onde consta R\$39.661,00, deveria constar R\$36.661,00, que foi o valor efetivamente lançado no Auto de Infração, e não foi corrigido até o momento.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo às fls. 4.760 a 4.768 – se manifesta pela manutenção da Decisão da JJF, consignando que os argumentos já foram analisados em Primeira Instância, motivo pelo

qual não tem o condão de alterar a Decisão recorrida, a qual está correta e proferida com embasamento legal. Aduziu, ainda, que restaram comprovadas as infrações e o contribuinte não apresentou qualquer documento novo ou trouxe fundamentos capazes de elidir a acusação.

## VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso Voluntário, pertinente apenas às infrações imputadas nos itens 04 e 06, únicas contestadas em sede recursal pelo sujeito passivo, entendemos merecer guarida parte das alegações recursais, dando-lhe provimento parcial na forma abaixo:

No que pertine ao item 4 – que imputa ao sujeito passivo a multa de 10% pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal – e que foi julgado Procedente em Parte após a correção de alguns equívocos cometidos pelo autuante no seu levantamento original, a JF de fato, equivocadamente, manteve a autuação no valor de R\$48.989,61, quando este valor em verdade representa a base de cálculo sobre a qual deve ser aplicada a multa em tela, conforme demonstrativo de fls. 4.544 a 4.546. Neste sentido, o valor devido é de R\$4.898,96, já reconhecido e pago pelo sujeito passivo com o benefício da anistia prevista na Lei nº 10.328/06, e que representa o montante devido pelo contribuinte após aplicação do percentual de 10% da multa sobre a base de cálculo no valor de R\$48.989,61, devendo ser homologado o pagamento efetuado, conforme demonstrativo abaixo elaborado:

D. DE OCORRÊNCIA	D. DE VENCIMENTO	B. DE CÁLCULO	ALÍQ.	VALOR EM REAL
31/01/2000	09/02/2000	37.861,44	10%	3.786,14
31/03/2000	09/04/2000	2.373,00	10%	237,30
30/04/2000	09/05/2000	84,00	10%	8,40
31/05/2000	09/06/2000	295,89	10%	29,59
30/06/2000	09/07/2000	2.954,82	10%	295,48
30/09/2000	09/10/2000	190,59	10%	19,06
31/10/2000	09/11/2000	27,90	10%	2,79
30/11/2000	09/12/2000	322,56	10%	32,26
31/12/2000	09/01/2001	2.077,43	10%	207,74
31/01/2001	09/02/2001	248,16	10%	24,82
28/02/2001	09/03/2001	868,22	10%	86,82
31/03/2001	09/04/2001	244,09	10%	24,41
30/06/2001	09/07/2001	30,50	10%	3,05
30/09/2001	09/10/2001	86,00	10%	8,60
31/12/2001	09/01/2002	1.325,01	10%	132,50
TOTAL		48.989,61		4.898,96

Quanto ao item 6 – que imputa ao sujeito passivo a retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de contribuinte substituto, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado – de fato constata-se um equívoco no demonstrativo de débito deste item elaborado após diligência fiscal, quanto ao exercício de 2001, mês de junho, pois consta o valor de R\$39.661,00, quando o valor lançado originariamente no Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito inicial – fl. 8 – é de R\$36.661,00, valor correto a ser exigido do sujeito passivo.

Quanto ao mérito desta exigência, não merece reforma a Decisão recorrida que corretamente manteve a exigência fiscal, após algumas correções de valores decorrentes da adequação aos percentuais de margens de valor agregado aplicáveis nos períodos objeto da autuação e deduções de valores já pagos pelo contribuinte, conforme planilha elaborada pela autuante - fls. 4539 a 4541. Muito embora em seu Recurso o sujeito passivo centre sua irrisignação ao argumento de que tais margens são confiscatórias e ilegais, não há qualquer pecha neste sentido sobre as normas legais e regulamentares que tratam da matéria, além do que os julgados trazidos à baila não são aplicáveis ao caso, pois tratam de pauta fiscal, que não se confunde com margem de valor agregado. Por outro lado, tratando-se de filial atacadista que recebe em transferência interestadual produtos sujeitos à substituição tributária pela legislação interna, cabendo retenção do imposto pelas saídas internas subseqüentes, o RICMS/BA, em seu art. 355, I, determina que a margem de valor agregado a ser aplicada no cálculo do imposto a ser retido é a prevista para estabelecimento industrial, conforme abaixo transcrito.

*“Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:*

*I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;” Grifos nossos.*

Quanto ao Recurso de Ofício, pertinente às infrações imputadas nos itens 1, 4, 5, 6, 7 e 8, de logo devemos consignar nosso voto pela manutenção da Decisão recorrida, visto que em parte a desoneração de valores baseou-se em retificação feita pela própria autuante em decorrência de equívocos no levantamento original, apontados pelo sujeito passivo em sua defesa e nas diversas manifestações apresentadas, bem como na necessidade de adequação dos percentuais de margem de valor agregado quanto ao item 4. Por outro lado, correta também a Decisão recorrida ao anular as infrações apontadas nos itens 5 e 8, posto que as mesmas não restaram devidamente caracterizadas, apesar das diligências solicitadas pela JJF à autuante e à ASTEC, cabendo representação à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções.

No que toca à infração descrita no item 07 - estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto – restou comprovado que se refere a valor pago exigido através de outro auto de infração, lançado como estorno de débito pelo contribuinte. Muito embora o contribuinte tenha efetuado o estorno do débito sem a emissão do respectivo documento fiscal, nos termos dos artigos 113 e 201, X do RICMS-BA, entendo, como a JJF, que tal fato não ampara a glosa do referido crédito.

Do exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir o débito exigido no item 04 para R\$4.898,96 e corrigir o valor do débito do item 06, mês de junho de 2001, para o valor de R\$36.661,00, restando para este item o valor total de R\$478.129,72.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 141596.0001/05-0, lavrado contra **FRANGOSUL S/A - AGROAVÍCOLA INDUSTRIAL**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$520.099,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.898,96**, prevista no artigo 42, inciso IX, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS