

A. I. Nº - 298616.0002/10-4  
AUTUADO - PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A.  
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET 05.09.2011

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0230-05/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAL DESTINADO AO USO E CONSUMO. Infração 01, mantida e 04 recolhida; **b)** APROPRIAÇÃO EM VALORES SUPERIORES AOS PERMITIDOS: **b.1)** NAS AQUISIÇÕES DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO FIXO. Infração 10. Recolhida; **b.2)** DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL Infração 20. Recolhida; **c)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL REFERENTE ÀS ENTRADAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infrações 16 e 22 subsistentes em parte. Acolhidas, parcialmente, as razões de defesa; **d)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA COMERCIALIZAÇÃO. Infração 3 subsistente; **e)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES INTRAMUNICIPAL NULIDADE. Infração 5. Mudança fulcro da acusação; 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** SERVIÇO DE TRANSPORTE JUNTO A TRANSPORTADORES NÃO INSCRITOS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Infração 6 Reconhecida. **b)** PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NO ESTADO. **b.1)** FALTA DE RETENÇÃO. Infração 14. Recolhida; **b.2)** RETENÇÃO A MENOS. Infração 15. Recolhida; **c)** CONTRIBUINTES INAPTO. FALTA DE RETENÇÃO. Infração 21. Subsistente. 3. ALÍQUOTAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS ORIGINADOS DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. OPERAÇÕES COM CONTRIBUINTES CADASTRADOS COMO: **a)** “NORMAIS”. Infração 11. Recolhida; **b)** “INAPTO”. Infração 13. Subsistente; 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração 19. Recolhida; 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO Infração 7. Subsistente; 6. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **a)** UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DO DEC. N. 7466/98, COM DESCONTO INFERIOR AO PREVISTO Infração 12. Subsistente; **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DO DEC. N. 7799/00 PARA VENDAS A CONTRIBUINTES INAPTO. Infração 17; Subsistente; **c)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DO DEC. N. 7799/00 PARA VENDAS À NÃO CONTRIBUINTES. Infração 18. Recolhida. 7. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** IMPOSTO ESCRITURADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração 2. Recolhida; **b)**

IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS EM RAZÃO DE ERRO NA APURAÇÃO. Infração 25. Subsistente em parte. Acolhidas, parcialmente, as razões de defesa. Valor remanescente recolhido; **c) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA.** **c.1) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Infração 8. Recolhida; **c.2) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Infração 9. Recolhida; **8. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** Lançamento efetuado sobre o valor de maior expressão monetária, o das saídas. Infração 23. Subsistente; **b) SAÍDAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Infração 24. Subsistente. Não impugnadas pelo contribuinte as infrações 02, 04, 06, 08, 09, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 20, e 25, cujos lançamentos respectivos, em consequência, são subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, datado de 05/08/10, exige o débito no valor total de R\$ 1.473.155,78, inerente ao exercício de 2006, tendo em vista a constatação das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1 – Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 31.225,03, relativo à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, tais como: amônia líquida, canetas, bonés, gasolina, eletrodomésticos, etc.**

**INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 2.000,20, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, em função de lançamento a maior do valor recolhido como Antecipação Parcial em abril/06 e usufruído em maio/06, uma vez que se recolhe R\$ 616.840,02 e lança-se R\$ 618.840,22.**

**INFRAÇÃO 3 – Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 113.470,82, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, pois se trata de contribuinte inscrito como comércio e não como indústria.**

**INFRAÇÃO 4 – Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 353,76, relativo à aquisição, em transferência, de material de uso e consumo do estabelecimento, a exemplo de bolsa térmica.**

**INFRAÇÃO 5 – Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 9.289,89, relativo a operações não tributadas de serviço de transporte intramunicipal, sem a retenção e o recolhimento do ICMS.**

**INFRAÇÃO 6 - Retenção e recolhimento a menos do imposto, no valor de R\$ 23.533,98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomos ou por transportadoras não inscritas neste Estado.**

**INFRAÇÃO 7 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, no valor de R\$ 38.313,41, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.**

**INFRAÇÃO 8 – Multa de R\$ 281,43, em razão de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal.**

INFRAÇÃO 9 – Multa de R\$ 10.770,34, em razão de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal.

INFRAÇÃO 10 – Utilização de crédito relativo a entradas de bens do ativo immobilizado, no valor de R\$ 2.248,51, apropriando-se de valor superior ao permitido na legislação.

INFRAÇÃO 11 – Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 163.767,38, em função de erro na determinação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, visto que houve aplicação indevida do benefício de microempresa (Decreto 7.466/1998), configurando-se a utilização da alíquota de 7% para contribuinte “normal”, quando a correta seria de 17%, sendo pertinente, neste caso, apenas a redução de base de cálculo, em 41,76%, do Termo de Acordo (Decreto n. 7.799/2000).

INFRAÇÃO 12 – Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 6.546,93, devido ao erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de vendas com a utilização do benefício previsto no Decreto 7.466/98, relativo às microempresas, com desconto inferior, visto que o contribuinte não repassou o abatimento autorizado de 10% sobre o valor da operação comercial para o adquirente da mercadoria, apesar de aplicar a alíquota de 7%, específica desse segmento.

INFRAÇÃO 13 – Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 107.679,72, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, visto que atribuiu a alíquota de 7% para contribuintes inaptos no Estado da Bahia, configurando uso indevido do benefício de microempresa (Decreto n. 7466/98).

INFRAÇÃO 14 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 49.155,30, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado de produtos comestíveis resultantes do abate de bovinos, suínos e aves, em estado natural, refrigerados e congelados.

INFRAÇÃO 15 – Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 78,72, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado de produtos comestíveis resultantes do abate de bovinos, suínos e aves, em estado natural, refrigerados e congelados.

INFRAÇÃO 16 – Falta de estorno proporcional de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 713.887,89, referente às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo. Trata-se de ingresso de mercadorias por transferência do Estado de Goiás, com alíquota de 12%, sem o estorno de crédito de 2%, em função de ser signatário do Termo de Acordo de Atacadista (Decreto n. 7799/2000), com saídas com redução de 41,176%, equivalente a uma tributação de 10%. Foram considerados os valores já lançados pelo contribuinte no RAICMS.

INFRAÇÃO 17 – Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 3.868,11, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O autuado é beneficiário da sobredita redução em 41,176%, conforme Termo de Acordo (Decreto 7.799/2000), exclusivamente nas operações com contribuintes do ICMS em atividade, mas utilizou esta metodologia de cálculo nas vendas para contribuintes com inscrição cancelada ou suspensa, sem direito à essa prerrogativa de redução do valor devido do ICMS, configurando vendas para não contribuintes do ICMS.

INFRAÇÃO 18 – Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 2.986,44, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Contribuinte signatário do Termo de Acordo (Decreto 7.799/00), com direito à redução da base de cálculo das saídas das mercadorias em 41,176%, exclusivamente nas operações com contribuintes neste Estado. Neste caso, houve utilização dessa prerrogativa para não contribuintes de ICMS, a exemplo de entidades de ensino e médica.

INFRAÇÃO 19 – Deixou de recolher o imposto, no valor de R\$ 17.321,98, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ao dar saídas de mercadorias, tais como: mortadela, hambúrguer, margarina e outros, que deveriam ser tributadas a 17% neste Estado.

INFRAÇÃO 20 – Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 55.844,88, em decorrência de destaque a maior nos documentos fiscais, quando das transferências de mercadorias de Goiás, com alíquota de 17%, configurando crédito indevido de ICMS em 5%.

INFRAÇÃO 21 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 41.154,72, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes “*inaptos*” localizados neste Estado.

INFRAÇÃO 22 – Falta de estorno de crédito de ICMS, no valor de R\$ 2.691,75, referente às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Contribuinte signatário de Termo de Acordo de Atacadista, com obrigatoriedade de estorno de crédito de ICMS acima de 10%. Neste caso, houve devolução interestadual de mercadorias, já beneficiadas anteriormente pelas operações interestaduais com benefício, sem o devido estorno do crédito de devolução de 2%.

INFRAÇÃO 23 – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 68.141,63, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de produtos 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 do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis.

INFRAÇÃO 24 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 1.675,99, na condição de contribuinte substituto, relativo às saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo registro na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

INFRAÇÃO 25 – Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 6.866,97, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, inerente à nota fiscal de entrada nº 41303, de 03/02/06, com valores divergentes daqueles constantes na própria nota fiscal.

A sociedade empresária BRF BRASIL FOODS S/A, CNPJ 01.838.723/0264-36, na qualidade de sucessora, ingressa com defesa às fls. 948 a 1.010, através de advogados regularmente constituídos, na qual informa que, após a análise do Auto de Infração, considerando aspectos contábeis, operacionais e financeiros, optou por efetuar o pagamento dos débitos exigidos nas infrações 2, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 20 e 25.

Na impugnação da INFRAÇÃO 1, destaca que os produtos: amônia líquida, canetas, bonés, gasolina, eletrodomésticos, etc., não são materiais de uso e consumo, mas sim insumos diretamente vinculados à sua atividade. Cita o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, o qual estabelece como regra a possibilidade de creditamento do imposto cobrado nas operações anteriores, em relação a todas as aquisições de mercadorias que estão diretamente vinculadas à atividade da empresa, mesmo que não sejam diretamente consumidas no processo industrial ou integrem o produto final, dando cumprimento ao princípio da não cumulatividade, estabelecido na Constituição Federal. Diz que, por exemplo, a amônia líquida era utilizada nos equipamentos de refrigeração, os quais tinham por função manter os produtos devidamente refrigerados ou congelados. Aduz, também, que a utilização de combustível para o transporte de representantes é absolutamente necessária a qualquer atividade comercial, no atacado, não só para a impugnante, mas para qualquer contribuinte. Afirma não ser possível realizar atividades de promoção sem brindes (selo adesivo, caneta, chaveiro, bolsa térmica), ou sem instrumentos necessários para preparar e servir os alimentos (guardanapo, porta-palito, churrasqueira). Aduz que lançou débito de ICMS em sua escrita fiscal quando da saída dos brindes de seu estabelecimento, logo, a apropriação de créditos não gerou prejuízo ao erário. Assim, deve, ao menos, ser julgada improcedente a autuação fiscal, em relação à parte da infração, visto que o crédito do ICMS foi devidamente anulado por correspondente débito do imposto.

Quanto à INFRAÇÃO 3, assevera que, na qualidade de filial da Perdigão Agroindustrial S/A, à época, exercia parte do processo de industrialização dos produtos fabricados pela matriz. Para tanto, o processo de industrialização compreende, ou comprehendia, as seguintes etapas: entrada, armazenagem, classificação, controle e pré-processamento da matéria prima, movimentação, transformação e controle dos materiais, embalagem, armazenamento em ambiente adequado do produto acabado, conservação das características das mercadorias e iluminação do ambiente de produção.

Em que pese o fato de sua atividade ser a comercialização de produtos industrializados pela Perdigão Agroindustrial S/A, neste objetivo social está inserido indireta e necessariamente parte do processo de industrialização: armazenamento e conservação, sob pena de perdimento. Diz, também, que sendo equiparada a industrial pela legislação (art. 51 do RICMS), por comercializar produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, não há que se falar em apropriação indevida de créditos de ICMS sobre energia elétrica.

Aduz que a energia elétrica utilizada na “*geração do frio*” é um dos insumos que compõem os produtos comercializados, e por esta razão faz parte do processo de industrialização, no que diz respeito à conservação e manutenção das suas características (artigo 33, II, “b” da Lei Complementar nº 87/96 c/c art. 93, II, “a”, 02, RICMS/97). Assim, pede a improcedência da infração.

Inerente à INFRAÇÃO 5, salienta que a autoridade fiscal glosou créditos de ICMS sob a acusação de que teria utilizado “serviço de transporte intramunicipal”, contudo, analisando os demonstrativos de débito, constatou que o autuante se equivocou, posto que se tratam de operações de transporte interestaduais e não intramunicipais. Sendo assim, aduz o apelante que não há como prosperar a autuação, haja vista que é pacífico o entendimento de que as prestações de serviços de transporte interestaduais geram crédito de ICMS, a teor do art. 93, III, do RICMS/BA. Pede a improcedência da exigência ou, quando menos, a nulidade da infração.

No tocante à INFRAÇÃO 7, cita doutrina, jurisprudência e legislação para demonstrar que, com a revogação do Convênio ICMS 66/1998, pela edição da LC número 87/1996, o instituto do diferencial de alíquota foi excluído do ordenamento jurídico pátrio, não existindo mais amparo legal a sustentar sua eficácia. Assim, sustenta ser indevida a exigência do diferencial de alíquota.

Em rebate à acusação da INFRAÇÃO 12, aduz ser improcedente, pois, conforme comprovam as notas fiscais, às fls. 1107 a 1116, apresentadas a título de exemplo, repassava a seus adquirentes o percentual de aproximadamente 10%. Salienta que, no campo “Dados Adicionais” das notas fiscais consta a expressão “*O produto está calculado com desconto de 10% cfme Inc. I, alínea “c”. Art. 51 do RICMS/BA, Dec. 6.284/97, que reduz a alíquota para 7%*”. Registra que no corpo da nota fiscal há o próprio cálculo do desconto, sob a rubrica “Desconto por Benefício Fiscal”.

Quanto à INFRAÇÃO 13, aponta nulidade, pois, não há prova contundente de que à época das operações as talas empresas estavam inaptas. Ou seja, a autoridade autuante não documentou as suas alegações, não tendo validade o levantamento fiscal realizado. Cita, por exemplo, que algumas das micro-empresas referidas no Auto de Infração apenas foram consideradas irregulares em 2009, o que não significa dizer que em 2006 havia algum problema.

Caso não seja acolhida a nulidade, alega improcedência, haja vista a regularidade das transações realizadas, pois, ainda que os destinatários das notas fiscais estivessem inaptos, o que em nenhum momento se admite, fato é que, até o presente momento, desconhecia esta situação, tendo agido de boa fé quando da emissão dos documentos fiscais.

Aduz que eventuais problemas que as microempresas e empresas de pequeno porte estejam enfrentando com o fisco não são oponíveis a outros contribuintes, ainda mais quando não há prova de tal fato. Neste sentido se manifestou expressamente o Governo do Estado da Bahia, ao emitir o Parecer nº 11.918/2009.

Assim, caso se entenda pela manutenção da infração, deve, ao menos, ser considerada a redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo Atacadista, para as operações ocorridas entre

setembro e dezembro de 2006. Em outras palavras, deverá ser aplicada a alíquota de 10%, e não a de 17%, como se pretende no Auto de Infração.

Na impugnação da INFRAÇÃO 16, preliminarmente, assinala que cumpre destacar que ainda que fosse aplicável o entendimento constante do Auto de Infração, ainda assim não poderia ser aplicado às operações de janeiro a agosto de 2006, uma vez que o Termo de Acordo Atacadista entre o contribuinte e o Estado da Bahia foi firmado em 1º de setembro de 2006, logo, não há que se falar em obrigatoriedade de estorno de crédito de 2% ICMS, com base no Decreto nº. 7799/2000, no período de janeiro a agosto de 2006.

Já em relação ao período de setembro a dezembro de 2006, o impugnante aduz que, conforme se verifica na análise da planilha anexa ao Auto de Infração, relativa à acusação, a autoridade fiscal considerou absolutamente todas as operações internas do período para fins de determinação de estorno de créditos de ICMS, tendo em vista a aplicação dos benefícios de redução da base de cálculo previsto no Decreto nº 7.799/2000 às suas operações. Sustenta que o autuante deveria ter desconsiderado todas as vendas para empresas cadastradas na SEFAZ como microempresas e empresas de pequeno porte, pois, em relação às vendas realizadas para estas, não se aplicam as disposições do Decreto nº 7.799/2000 (arts. 4º e 5º).

Informa ter efetuado devidos ajustes em sua escrita fiscal, realizando o cálculo de forma a atender às prescrições legais atinentes à matéria, consoante demonstram as planilhas juntadas (documento 10), ou, quando menos, requer que seja calculado novamente o valor do estorno destes períodos, excluídas as operações em que não exista redução de base de cálculo, em especial das vendas para microempresas e empresas de pequeno porte.

Salienta, ainda, que, na hipótese de ser mantido algum crédito tributário em relação à infração 16, o impugnante observa que no mês de novembro/06 houve a realização de estorno (R\$ 109.278,32) maior do que o pretendido pelo autuante (R\$ 56.414,06), no valor de R\$ 52.864,26, consoante reconhecido pelo próprio preposto fiscal (fl. 139). Assim, na eventualidade de remanescerem débitos relativos à infração 16, requer que seja efetuada a compensação de ofício destes valores.

Quanto à INFRAÇÃO 17, reitera as razões de impugnação expostas em relação à infração 13, nas quais: a) aponta nulidade, diante da insuficiência dos documentos apresentados no Auto de Infração, pois, não há prova contundente de que à época das operações as tais empresas estavam inaptas; b) caso não seja acolhida a nulidade, alega improcedência, haja vista que, tendo realizado as operações dentro da mais estrita legalidade e munida de boa-fé, não pode ser responsabilizado pelas operações, conforme entendimento do STJ e c) independentemente da situação do adquirente perante a Receita Estadual, nos termos do Parecer nº 11.918/2009, o impugnante pode utilizar o benefício do Decreto nº 7799/2000, pois não tem como saber a situação cadastral em que o adquirente se encontra. Assim, requer a improcedência desta infração.

Em relação à INFRAÇÃO 21, o autuado ressalta que foram relacionados exatamente os mesmos contribuintes e as mesmas operações que ensejaram a infração 13. Assim, tece as mesmas razões. Diz que não realizou operações com pessoas não cadastradas na SEFAZ/BA, tanto é que, conforme se verifica no próprio relatório fiscal anexo ao Auto de Infração, elaborado pelo autuante, todas as operações foram realizadas com pessoas jurídicas inscritas. Pede a improcedência da infração.

Pertinente à INFRAÇÃO 22, o autuado aduz que, conforme tratado na defesa da infração 16, as determinações contidas no Decreto nº 7466/98 não eram aplicáveis à impugnante até 1º de setembro de 2006, visto que não havia sido firmado Termo de Acordo Atacadista entre o contribuinte e o Estado da Bahia. Logo, não há que se falar em obrigatoriedade de estorno de créditos em função do referido decreto. Assim, entende ser improcedente a infração 22, no que tange ao período de janeiro a agosto de 2006. Em relação ao período de setembro a dezembro de 2006, o impugnante destaca que o art. 6º do Decreto nº 7799/2000 dispõe expressamente que haverá o estorno quando da aquisição de mercadoria, contudo, como aquisição e devolução não se confundem, não há que se falar em necessidade de estorno. Ademais, o estorno é aplicável quando da realização das operações previstas no art. 1º do citado decreto, quais sejam, as operações de

saídas internas. Assim, se a devolução é interestadual, bem como a operação que a antecedeu, não há, também, por esta razão, que se falar em estorno. Pede a improcedência da exigência.

Quanto às INFRAÇÕES 23 e 24, inicialmente, o impugnante arguiu a nulidade de tais exigências em razão da impossibilidade da autuação com base em mera presunção de que o autuado teria omitido entradas e/ou saídas, baseadas em meras movimentações de estoque, através dos Livros de Entradas e Saída do ICMS, sem qualquer verificação física e sem análise do Livro de Inventário. Entende que o autuante deveria ter indagado ao contribuinte acerca das diferenças verificadas no seu estoque de mercadorias, uma vez que uma presunção que não deriva de lei e que não está fulcrada em indícios profundos é ato de repúdio em matéria tributária, por decorrer de mero “achismo”, sem que se haja provada a ocorrência da situação fática ensejadora do fato tributário exigido, o que contraria o art. 142 do CTN, visto que, em momento algum foi determinado e provado – de forma inequívoca – o alegado no lançamento de ofício.

Em seguida, diz que a Portaria nº. 445/98 tem o simples condão de orientar os fiscais quando da verificação do disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, sendo que tal dispositivo determina, em suma, que havendo indicação de que houve circulação de mercadorias sem o devido registro fiscal e contábil, poderá ser presumida a saída para fins de exigência do ICMS. No entanto, aduz o apelante que a aludida Portaria n. 445/98, com a suposta intenção de apenas orientar as autoridades fiscais, acaba fixando critério de presunção não prevista em lei. Salienta que é necessário verificar se a suposta omissão reflete circulação de mercadorias suportada por recursos decorrentes de “omissões de entradas”. Portanto, segundo o defendant, extrapola a legalidade a exigência de tributo cuja composição da base de cálculo foi pautada em norma infralegal que, ao arrepio da sua fonte legal, determina que basta a verificação de inconsistência de estoque para que haja a presunção de circulação de mercadorias.

Aduz, também, que além da ilegalidade acima apontada, convém destacar que a apuração da base de cálculo, através da utilização do preço médio das entradas e saídas de produtos apenas em relação às movimentações de dezembro do período autuado, com fundamento nos artigos 5º, I, e 9º, II, da referida Portaria 445/98, também afronta a legalidade, além de não respeitar o princípio da verdade material. Entende que, se não há disposição legal acerca da composição da base de cálculo presumida, deve ela ser calculada conforme critérios normais de apuração do ICMS, o qual, no caso em tela, o preço médio de todo o ano cujas supostas omissões foram identificadas.

O apelante aduz ainda que cabe demonstrar o flagrante erro cometido na aplicação da alíquota de 17%, pois, conforme se verifica nos documentos fiscais acostados pelo próprio autuante, as operações realizadas são com: adquirentes em outros Estados à alíquota de 12%; com adquirentes cadastrados como microempresas e empresas de pequeno porte à alíquota de 7%, e com adquirentes dentro do Estado da Bahia, com os benefícios do Decreto nº 7799/2000 (alíquota de 10%). Assim, sustenta o autuado que, sendo superados os argumentos apresentados anteriormente, deve-se ao menos adequar o valor da autuação através da incidência das alíquotas que melhor representam as operações realizadas pelo contribuinte.

Por fim, aduz sobre a quitação integral da infração 25, originalmente no valor de R\$ 6.866,97, pois, conforme identificado pelo autuante, a Nota Fiscal nº 41303 foi, por equívoco, escriturada incorretamente, tendo sido lançado crédito de ICMS no valor de R\$ 10.856,39, considerando que o valor do ICMS destacado era de R\$ 3.989,32. Todavia, segundo o autuado, parte deste valor é objeto da infração 20, na qual exigeu o pagamento de R\$ 3.193,02 sobre a citada nota fiscal. Assim, defende que o valor de R\$ 3.193,02 está sendo exigido duas vezes. Considerando que a infração 20 foi quitada, restou a ser pago na infração nº 25 o valor de R\$ 3.673,95, que também foi quitado. Portanto, requer a baixa desta infração.

Caso não se “cancellem” as infrações, ainda sim é ilegal a exigência de multa, tendo em vista o disposto nos artigos 132 e 133 do CTN, uma vez que, nos termos consolidados e pacificados pelo STJ (Recurso Especial nº. 923.123/MG, em julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia), a multa fiscal já constituída ou em discussão no momento da incorporação é absorvida pela

empresa sucessora (incorporadora) e a multa fiscal constituída após a incorporação e referente à fatos geradores anteriores à incorporação não é exigível da empresa sucessora (incorporadora). Assim, defende que fica excluída a responsabilidade da impugnante sobre as multas.

Pede diligência e/ou perícia e que seja reconhecida a total improcedência das infrações impugnadas.

Na informação fiscal, de fls. 1.169 a 1.184 dos autos, o autuante ressalta as seguintes considerações:

Em relação à INFRAÇÃO 1, a qual exige valores relativos à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, do ingresso de bens para demonstração, de outras entradas não especificadas e também de combustíveis e lubrificantes, diz o autuante que tais mercadorias, conforme planilhas constantes nos autos, são: amônia líquida; caneta; bonés; gasolina, eletrodomésticos (forno; fritadeira; churrasqueira; balcão de degustação; carrinho); chaveiros; copos e pratos plásticos; guardanapos; bolsa térmica; porta palito; estandarte de bandeirola; para uso e consumo dentro do estabelecimento, exceto a gasolina e o combustível, utilizados em veículos automotores.

O autuante salienta que nas aquisições há registros de CFOP(s) de Entrada para demonstração (1912), para os eletrodomésticos; compra de combustíveis e lubrificantes, como gasolina (1653); ingresso de canetas, bonés, chaveiros (2949). Não há, nas planilhas que subsidiaram o levantamento de valores, nenhum CFOP de aquisição de brindes (1910 ou 2910). Portanto, nenhuma relação direta com o débito de ICMS das saídas de mercadorias dessa natureza. Em uma análise desta movimentação, inclusive, não corrobora essa hipótese do contribuinte, pois não há saídas de brindes como canetas, bonés, bolsa. Diz que, nesta movimentação, houve apenas saídas de mercadorias comestíveis, como linguiça e similares, conforme lançado no livro Registro de Apuração do ICMS (anexo IV, fl. 249 a 372).

Também aduz que não se pode falar de bens ingressados para demonstração como passíveis de ter autorização de uso de crédito, como forno, fritadeira, microondas, churrasqueira. Por isso, foram consideradas como créditos indevidos.

Ainda aduz que, se a amônia líquida é consumida nos equipamentos de refrigeração, com o intuito de manter os produtos devidamente refrigerados ou congelados, confirma-se o seu consumo, e não se fala de mercadorias para revenda ou mesmo como insumos, uma vez que a atividade do contribuinte é comércio atacadista de produtos alimentícios, sem relação direta com industrialização.

Também, se a gasolina é consumida em veículos de representantes, conforme afirmado, ratifica-se o próprio levantamento efetuado de crédito indevido: não é mercadoria para revenda. E, se copos, canetas, chaveiros, guardanapos, porta-palito são utilizados nas atividades promocionais do estabelecimento, de forma a divulgar seus produtos e sua marca, inclusive em degustação de mercadorias, é consumo e não brindes. Logo como dito antes, nas saídas de brindes, pelos CFOP(s) 5910 e 6910, não consta movimentação dessas mercadorias. Assim, mantém a infração.

Em seguida, o autuante destaca que o Laudo Técnico, relativo à defesa da INFRAÇÃO 03, foi elaborado em 2004, com base em faturas de 2003, o que demonstra sua inaplicabilidade na situação em exame.

Diz que o RICMS/97, art. 51, I, § 1º estatui o seguinte: “*equipara-se a estabelecimento industrial a filial que exerce o comércio atacadista de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa*”. Contudo, pelos registros cadastrais, o autuado iniciou suas atividades em 1989, sendo que não consta nenhum histórico de alteração de atividade econômica principal. Por isso, afirma que a sua atividade econômica, conforme dados cadastrais, em 2006, era o comércio atacadista de produtos alimentícios, tanto que no mesmo exercício firmou Termo de Acordo de Atacadista (Decreto n. 7.799/2000).

Assevera ter pesquisado a movimentação de mercadorias, tanto nas entradas quanto nas saídas, e, em referência a 2006, com base nos códigos fiscais de operações e prestações, conclui que, nas entradas, há preponderância de transferências de outros estados para comercialização, o que

afasta a possibilidade de industrialização na filial de Salvador. Nas saídas, também do mesmo exercício, não há vendas de produtos industrializados, e sim de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, fato que corrobora o ponto anteriormente levantando. Em suma, se havia processo de industrialização, isto não restou consignado na movimentação de 2006. Assim, não considera corretas as argumentações no sentido de conferir equiparação entre atacadista e indústria, pois a norma autoriza apenas esta última a aplicar os benefícios de microempresa.

Inerente à INFRAÇÃO 5, informa que o impugnante registrou em seu livro de Apuração de ICMS operação com CFOP 2.931, utilizando-se de crédito, conforme planilha anexada. Classificam-se neste código exclusivamente os lançamentos efetuados ao se tomar de serviço de transporte realizado por transportador autônomo ou por transportador não inscrito na unidade da Federação, onde iniciado o mesmo, quando a responsabilidade pela retenção do imposto for atribuída ao remetente ou alienante da mercadoria. Segundo o autuante, este é ponto chave desta infração: não houve retenção desta natureza para legitimar o uso de crédito.

Para subsidiar esta análise, acrescenta ainda que a infração 06, referente à utilização a maior de frete sem o recolhimento do ICMS por substituição tributária, foi reconhecida pelo contribuinte, e demonstra que, para outros tipos de transportes com substituição tributária, já havia sido constatado um recolhimento a menor, excluindo os valores desta infração. Para tanto, anexou a relação de pagamentos efetuados pelo contribuinte em 2006 e o aproveitamento total dos valores de ICMS retido por substituição tributária de transporte, conforme consta na planilha de folha 52.

Esclarece, ainda, que não se trata de serviço de transporte intramunicipal, como indevidamente consta o histórico da infração, que ora retifica, mas sim de transporte interestadual, confirmado pelo próprio contribuinte em sua defesa. Segundo o autuante, este fato, ressaltado pelo contribuinte, por si só, não elimina a infração.

Aduz que faltou ao contribuinte apresentar a documentação que comprovasse a retenção, visto que vinculou a operação a este tipo de responsabilidade. Logo, o estorno de crédito foi efetuado porque não há nenhum valor de ICMS como retenção de transporte interestadual.

Quanto à INFRAÇÃO 7, o autuante contesta a alegação do contribuinte de não incidência do diferencial de alíquota na entrada no estabelecimento de mercadoria oriunda de outro estado, destinada ao consumo ou ativo fixo, uma vez que com a revogação do Convênio ICMS 66/88, após a edição da Lei Complementar nº 87/96, foi excluído do ordenamento jurídico, não se encontrando mais amparo legal a sustentar sua exigência. O autuante indaga o que justificaria o recolhimento de R\$ 4.905,38 sob rubrica de Diferencial de Alíquota nos meses de janeiro, março, abril, maio, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2006, conforme valores constantes no livro Registro de Apuração do ICMS e também na planilha de cobrança desta infração? Assim, aduz que o desconhecimento da legislação vigente no Estado da Bahia para impor a cobrança de diferencial de alíquota por parte dos representantes da empresa, amparadas no art. 5º, I, c/c art. 69, RICMS/97, não é motivo para deixar de exigir este tipo de ICMS. Lembra que o defendant não contesta a forma de cálculo, não questiona nenhuma nota fiscal indicada nas planilhas, e nem apresenta documento com poder de alterar a cobrança.

No tocante à INFRAÇÃO 12, assevera que, neste caso, as notas fiscais de saída anexadas pelo próprio contribuinte, conforme alega, comprovam o cometimento do ilícito. Aduz que o desconto de aproximadamente 10% para os contribuintes cadastrados como microempresa e empresa de pequeno porte no Estado da Bahia não atende à regra estabelecida nos incisos I e II, § 1º do art. 51, RICMS/97, qual seja, “*o estabelecimento industrial, ou a este equiparado na forma do inciso anterior, obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal*”.

A planilha, que serve de base para cobrança desta infração, contém elementos comprobatórios de que a forma de calcular do contribuinte está errada, sem o valor do desconto ou com valor a menor daquele que deveria ser abatido nas vendas das mercadorias.

Para se chegar ao cálculo já apresentado ao contribuinte, levou-se em consideração o disposto na Instrução Normativa n. 38/1994, a partir das regras estabelecidas nos incisos I e II, § 1º do art. 51, RICMS/97, já citado, bem como no Decreto n. 7.466/1998, que instituiu o Regime Simplificado.

A metodologia aplicada segue os parâmetros definidos na citada Instrução Normativa, excluindo do valor de venda o imposto que deveria ser calculado com a alíquota de 17%, dividindo este valor pelo fator 0,93 (100% - 7%), e aplicando sobre este montante a alíquota de 7%. Como resultado, gera-se o desconto de aproximadamente 10%. Este, quando apurado pelo contribuinte, deverá ser abatido do total a ser pago pelo adquirente da mercadoria, complementando o círculo de benefício.

Quando não realizado desta forma, ou seja, com concessão de desconto a menor, a lei manda considerar como operação destinada a contribuinte “normal”. Neste caso, em função de ser signatário do termo de acordo de atacadista, concedeu-se inclusive a redução da base de cálculo em 41,176%, conforme consta em planilha. Não houve pequenas divergências em relação a este percentual de aproximadamente 10%, mas sim revenda de mercadorias sem o abatimento no preço. Pede a manutenção da infração.

Em relação à INFRAÇÃO 13, a qual se refere a erro de aplicação da alíquota de 7% nas vendas para contribuintes inaptos no Estado da Bahia, configurando uso indevido do benefício de microempresa (Decreto n. 7.466/98) e do Termo de Acordo de Atacadistas (Decreto n. 7.799/00), o autuante discorda da alegação que aponta nulidade no procedimento, em virtude do suposto fato de não estar acompanhado de prova de que à época das operações as referidas empresas encontravam-se inaptas, visto que tais elementos, por amostragem, estão devidamente anexados ao processo, às fls. 773 a 864. Assim, todas as empresas listadas na planilha de levantamento de dados desta infração, em 2006, estavam inaptas para o uso da prerrogativa do benefício de microempresa. Logo, em consequência, todas as aquisições de mercadorias neste interstício temporal, como microempresa, em termos de usufruto de benefício, não são válidos. Salienta que o desconhecimento da situação cadastral do adquirente da mercadoria não é motivo excludente desta infração, uma vez ser obrigação do vendedor da mercadoria, quando da realização da operação, verificar a situação vigente do comprador, conforme art. 181 do RICMS/BA.

O autuante registra que, com base no Parecer nº 11918/2009 (fls. 1122/1123), emitido em resposta a consulta da empresa Nordeste Irecê Atacadão de Alimentos e Bebidas Ltda., o defendant argumenta que “*o fato de o contribuinte destinatário estar na situação de inapto não é impeditivo de aplicação do benefício do Decreto n. 7799/2000 (Atacadistas), mesmo porque não tem como o fornecedor da mercadoria saber a situação cadastral em que o destinatário se encontra. Indispensável é que o destinatário seja contribuinte do ICMS e que esteja neste Estado*”. Contudo, o autuante informa que, apesar de o autuado não ser vinculado diretamente a este parecer e de não poder usufruir das prerrogativas pertinentes à sua materialidade, a Diretoria de Tributação, em 19 de outubro de 2010, constatou a necessidade de reforma parcial do mencionado parecer, para firmar o novo entendimento de que “*é vedado ao contribuinte a aplicação do tratamento previsto no Decreto n. 7.799/2000 (redução de base de cálculo) quando da venda a contribuintes Inaptos, visto que a inaptidão cadastral irregular quaisquer operações realizadas pelo contribuinte que se encontre nessa condição, seja na qualidade de remetente ou destinatário*”. Assim, o autuante aduz que tal entendimento corrobora o levantamento ao impor restrições a contribuintes inaptos.

Pertinente à INFRAÇÃO 16, a qual trata de ingresso de mercadorias por transferência de outro Estado (Goiás), com alíquota de 12%, sem o estorno do crédito de 2% em função de ser signatário do Termo de Acordo de Atacadista, com redução de 41,176% quando das saídas das mercadorias, “*configurando a utilização de alíquota equivalente a 10%*”, o autuante destaca que no cálculo dessa infração foram considerados os totais já lançados pelo sujeito passivo no Livro Registro de Apuração do ICMS de 2006 a título de estorno de crédito, conforme fls. 249 a 372 dos autos, para comprovação dos dados.

Contudo, o autuante admite que houve, indevidamente, cobrança de valores de janeiro a gosto de 2006, período em que o contribuinte não era signatário do Termo de Acordo de Atacadista, conforme documentação apresentada pela defesa, e confirmada a procedência. Assim, refez os cálculos do “Estorno de Crédito a Menor” a partir de setembro a dezembro de 2006, sendo que, nesses novos cálculos, considerou a proporcionalidade do estorno do crédito às saídas de mercadorias vinculadas à operação subsequente, destinadas a contribuintes inscritos ativos com redução e das operações sem redução, incluindo aquelas destinadas à microempresa, conforme previsto no art. 5º do Decreto nº 7.799/2000, bem como a exclusão de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Quanto ao aproveitamento do valor pago a maior, constante da planilha do cálculo anterior, para o mês de novembro/2006, discorda dessa solicitação e sugere ao contribuinte formar um processo específico de restituição de ICMS pago a maior, fundamentado no seu próprio levantamento de valores, e não em relatórios de fiscalização, que deverá ser circunstancialmente documentado e comprovado para pleitear a restituição, se for o caso, a ser analisado por setor competente.

Assim, o autuante requer a exclusão dos valores lançados nos meses de janeiro a agosto de 2006, retificando os meses de setembro, outubro e dezembro para, respectivamente, R\$ 41.686,26; R\$ 6.749,86 e R\$ 10.280,31, perfazendo o total de R\$ 58.716,43.

Em relação à INFRAÇÃO 17, inerente ao recolhimento a menos em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (Decreto nº 7799/2000), por ter vendido para contribuintes com inscrição cancelada ou suspensa, configurando vendas para não contribuintes, pois, conforme art. 165 do RICMS/BA, o contribuinte com inscrição cancelada é considerado inapto para realização de operações comerciais. Registra que os dados probantes, por amostragem, estão anexados a este processo às fls. 773 a 864 dos autos. Assim, discorda da defesa e mantém a exigência fiscal.

Pertinente à INFRAÇÃO 21, decorrente da falta de retenção do ICMS nas operações de vendas de mercadorias a contribuinte inaptos, aduz o autuante que a argumentação encontra-se disposta na infração 13, da qual foi gerada esta cobrança. Assim, mantém a infração na sua totalidade.

No tocante à INFRAÇÃO 22, o autuante aduz que se trata de contribuinte signatário de Termo de Acordo de Atacadista, com obrigatoriedade de estorno de crédito de ICMS acima de 10%. Diz que, neste caso, houve devolução interestadual de mercadorias para a Bahia, já beneficiada anteriormente por benefício para operações interestaduais, sem o devido estorno do crédito de devolução de 2%. Salienta que alterou o valor do levantamento, após excluir os meses de janeiro a agosto de 2006, haja vista a vigência do Termo de Acordo Atacadista a partir de 01 de setembro de 2006. Assim, retifica o valor da infração para R\$ 683,76, sendo R\$ 89,95 para setembro/06; R\$ 106,66 para outubro/06; R\$ 266,89 para novembro/06 e R\$ 220,26 para dezembro/06.

Por fim, ressalta que, quando das saídas interestaduais, houve o usufruto do benefício previsto no art. 2º do Dec. 7799/00, lançado a crédito no valor equivalente de 16,667% do valor do ICMS nas operações dessa natureza. Portanto, quando das devoluções de operações interestaduais, deve-se proceder ao estorno da mesma proporção do benefício.

Em relação à INFRAÇÃO 23, referente ao levantamento de estoque de mercadorias, aduz que este levantamento foi efetuado com base nos inventários de mercadorias de 2005 (estoque inicial de 2006) e final de 2006, ou seja, a quantidade de mercadorias existentes nos dois exercícios serve de parâmetro para o confronto das entradas e saídas de mercadorias no exercício de 2006. Afirma que, sem dúvida, é uma presunção de omissão de saídas fundamentada em documentos fiscais de entrada e de saída, considerando-se os inventários inicial e final de 2006.

Sustenta que os questionamentos do defendente são todos desprovidos de conhecimento da matéria contábil e tributária porque a presunção é derivada de pressupostos matemáticos e reais, com base em informações do próprio contribuinte, inclusive em livros fiscais, sendo que não há nenhuma contestação de valor, quantidade, unidade de qualquer mercadoria apurada ou sequer houve apresentação de qualquer documento fiscal para contrapor algum dos dados registrados.

Diz que o preço médio das saídas, calculado em função da omissão, considera como base de valor as saídas do último mês de movimentação da mercadoria, que pode ser dezembro ou não. Já a alíquota vigente é de 17% sobre o valor da base de cálculo da omissão de saídas, pois não se fala em extensão de benefício para a movimentação irregular de mercadorias, visto que o Termo de Acordo de Atacadista é aplicado apenas sobre as operações acobertadas por documento fiscal.

Registra que a Portaria nº. 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoque por espécie de mercadorias, citada pelo contribuinte como tentativa de desmerecer a sua validade enquanto norma tributária atende ao determinado no art. 60 do RICMS-BA. Assim, mantém a aludida infração.

Referentemente à INFRAÇÃO 24, aduz o autuante que, quando do levantamento de estoque, houve cobrança por falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, a exemplo de aves e suínos resfriados ou congelados, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita. Assim, diante dos desprovidos argumentos de defesa, mantém a exigência fiscal.

Quanto à INFRAÇÃO 25, o autuante concorda com a alegação de defesa de que os valores exigidos nas infrações 20 e 25 se comunicam. Assim, retifica o valor da presente infração para R\$ 3.673,95.

Por fim, esclarece o autuante que a responsabilidade com relação às infrações de ICMS não se esgota na sucessão empresarial, pois, conforme determinado em legislação tributária vigente, este fato não tem poder de excluir créditos fiscais de ICMS. Anexa aos autos, às fls. 1.186 a 1.270, novos documentos.

Devidamente intimado, à fl.1.271 dos autos, para se pronunciar, querendo, sobre a informação fiscal, o contribuinte apresenta nova manifestação, às fls. 1.274 a 1.306 dos autos, na qual reitera ter efetuado o pagamento das infrações 02, 04, 06, 08, 09, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 20 e 25, como também reafirma suas alegações defensivas.

Às fls. 1.335 a 1.342 foram juntados comprovantes de pagamento parcial.

Por decisão desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 1.347, considerando que a intimação (fl. 26), cientificando à sucessora da empresa autuada do arquivo magnético (CD), não consta a comprovação da sua efetiva entrega ao destinatário, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ de origem para que seja anexado aos autos o documento comprobatório da efetiva entrega da mídia, constante à fl. 214, ou, na sua impossibilidade, reabrir o prazo de defesa ao contribuinte, fornecendo, sob recibo, cópia do “CD” contendo todos os arquivos que fundamentam as acusações consignadas no Auto de Infração.

À fl. 1.349 do PAF foi apensada a intimação ao sujeito passivo, cientificando-o da reabertura do prazo de defesa, tendo o autuado, através de seu advogado, à fl. 1.351, declarado que recebeu, quando da assinatura do presente Auto de Infração, cópia das planilhas impressas de todas as infrações, em formato sintético, com os dados de valores mensais, na mesma quantidade do Auto de Infração, e cópia em formato eletrônico de todas as planilhas, estas com todos os dados informativos que, em função do volume de documentos, não foram impressas.

Às fls. 1.356 a 1.424 dos autos, o contribuinte apresenta nova manifestação, na qual aduz que, considerando que a reabertura do prazo de defesa não se deu expressamente em relação às infrações nº 23 e 24, a fim de resguardar seu direito de defesa, apresenta impugnação em relação à integralidade do Auto de Infração, sendo que inerente às infrações nº 01, 03, 05, 07, 12, 13, 16, 17, 21, e 22, aduz se tratar de cópia da impugnação protocolada em 08/09/2010 e quanto às infrações nº 23 e 24 diz ter sido ajustada levando-se em consideração o despacho (fl. 1347) e o CD (fl. 214), do que tece novas alegações apenas quanto ao texto a seguir transrito:

*A este respeito, destaque-se que o CD de fls. 214, fornecido através da intimação de 09/05/2011 (recebida em 12/05/2011) em nada altera a ausência de suporte probatório e documental para o lançamento, sendo evidente a nulidade do lançamento relativo às infrações nº 23 e 24. Explica-se.*

*Na pasta “Dados Eletronicos\Inventários” há 3 planilhas, denominadas: “cópia de omissão estoque 2006”. “estoque em 2005” e “estoque em 2006”.*

*Em relação às referidas planilhas observa-se que, além de não se constituírem em documentos fiscais, aptos a produzir prova em processo administrativo, há divergência em relação a outros supostos levantamentos constantes no CD.*

*No CD de fls. 214, na pasta “Dados Eletronicos\Livros Eletrônicos” há ainda cópia digitalizada do Livro Registro de Apuração do ICMS, do Livro Registro de Entradas e Livro Registro de Saídas.*

*Contudo, a partir destes livros não é possível identificar qualquer movimentação de estoque em relação a mercadorias específicas, como pretendeu a r. autoridade fiscal.*

*Por fim, na pasta “Sifra\Estoque” há uma série de levantamentos realizados pela r. autoridade fiscal, que supostamente estariam de acordo com o arquivo magnético fornecido pela Impugnante.*

*Em relação a estes levantamentos, observa-se que estes não se prestam a comprovar eventual omissão de entradas ou saídas, pois estes não são documentos fiscais.*

*Observe-se inclusive, que o arquivo “LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES – OMISS” contém informações e conclusões divergentes das constantes na planilha “cópia de omissão estoque 2006”, na pasta “Dados Eletronicos\Inventários”.*

*Veja-se, por exemplo, o item “CXP015 COXA C/OP ITF MAMA” constantes nos documentos acima referidos. Enquanto no arquivo “LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES – OMSS” a “omissão de saídas” seria de 527,5, e o “preço médio” e R\$ 2,70, na planilha “cópia de omissão estoque 2006”, estes valor constam como 6057,5 e R\$ 2,63, respectivamente.*

*Ora, com o devido respeito, se há divergências entre as planilhas e levantamento elaborados pela própria r. autoridade fiscal, como se poderia dar credibilidade à uma autuação sem qualquer suporte em documentação fiscal?*

*Por fim, destaca-se que não há, no CD de fls. 214, qualquer suporte documental para a análise efetuada pela r. autoridade fiscal, tal como comprovação do levantamento físico do estoque de 105 e 2006. Ou cópia das notas fiscais de entradas e de saídas em relação as quais teria se levantado omissão.*

O autuante, às fls. 1.426 a 1.430 dos autos, registra que já houve apreciação da primeira defesa do contribuinte, cuja contra-argumentação encontra-se registrada nas páginas de n. 1169 a 1270. Assim, todo o teor da informação fiscal é mantido, sem nenhuma alteração.

Para a segunda defesa, já com base na informação fiscal dada pelo autuante, o contribuinte reproduz toda a argumentação anterior, sem apresentar nenhum dado ou informação com poder de alterar a solidez do Auto de Infração, significando, na prática, uma peça meramente ilustrativa, uma vez que todos os pontos já foram esgotados e discutidos anteriormente. Informa, também, que houve unificação, por parte do contribuinte, da argumentação das infrações de n. 13, 17 e 21.

Quanto à terceira defesa, aduz que o contribuinte reproduz cópia das argumentações contidas nas primeira e segunda defesas, exceto para as infrações de n. 23 e 24, ambas relacionadas ao levantamento de estoque de 2006.

Em relação às infrações 23 e 24, o autuante diz que o levantamento de omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi fundamentado em documentos fiscais de entrada e de saída de mercadorias, considerando-se os inventários inicial e final de 2006, conforme documentação fiscal apresentada pelo contribuinte para conferência de dados, inclusive eletronicamente. Salienta que não há nenhuma constatação de valor, quantidade, unidade de qualquer mercadoria que consta do levantamento de estoque e que sequer houve apresentação de qualquer documento fiscal para contrapor qualquer dado ali registrado.

Esclarece que a planilha “Infrações 2006/Dados Eletrônicos/Inventários/Cópia de omissão estoque 2006” não faz parte do conjunto de dados do Auto de Infração, pois se refere à primeira análise do levantamento de estoque que foi encaminhado para a empresa (16/07/10 – fl. 1432), para conferência, cuja resposta ocorreu em 02/08/10, conforme email à fl. 1434, na qual a empresa percebeu que o estoque em trânsito, por não estar fisicamente no local, foi considerado, distorcendo a situação real e efetiva em 31/12/2006, uma vez que só foram lançadas no exercício seguinte, do

que, com base nos dados não alterados dos inventários inicial e final, de 2006, foi gerada uma planilha e encaminhada para o contribuinte conferir as informações, o qual, após a conferência, conforme email de 04/08/2010 (fl. 1433), com impostação dos dados corretos, o setor fiscal da empresa informou as novas quantidades que foram confirmadas nos inventários impressos. Assim, aduz o autuante que se trata um questionamento sem sentido porque desprovido de dados reais.

Quanto ao peço médio das saídas, aduz que foi calculado com base no valor das saídas do último mês de movimentação da mercadoria. Já a alíquota é de 17% sobre o valor da base de cálculo da omissão de saídas, pois não se fala em extensão de benefício para a movimentação irregular de mercadorias, uma vez que o termo de acordo de atacadista é aplicado somente sobre as operações acobertadas por documentação fiscal. Assim, pede pela manutenção das infrações.

Por fim, esclarece que a responsabilidade com relação a infrações de ICMS não se esgota na sucessão empresarial, pois conforme determinado em legislação tributária vigente, este fato não tem poder de excluir créditos fiscais de ICMS.

## VOTO

Inicialmente, por terem sido reconhecidas como devidas, inclusive com recolhimento dos seus respectivos valores, considero subsistentes as infrações 2, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 18, 19, e 20. Assim, por inexistir lide, não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Preliminarmente, rejeito os pedidos de nulidade arguidos pelo recorrente, relativos às infrações 13, 17 e 21, como também em relação às infrações 23 e 24, por entender que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que, quanto às infrações 13, 17 e 21, verifico que os históricos das situações cadastrais irregulares de diversas empresas adquirentes, que constituem provas da acusação, estão devidamente anexados às fls. 773 a 864 dos autos.

Já no tocante às infrações 23 e 24, igualmente observo que às fls. 196 a 211 dos autos constam demonstrativos que fundamentam a auditoria de estoque realizada, cujos levantamentos de entradas e saídas, por espécie de mercadorias, se basearam nos dados fornecidos pelo próprio contribuinte, através dos arquivos magnéticos SINTEGRA, além dos estoques iniciais e finais, conforme mídia eletrônica (CD), à fl. 214, com todos os arquivos que embasaram o levantamento de estoque (SIFRA/ESTOQUE), cuja cópia foi entregue ao contribuinte, assim como os demonstrativos das demais infrações (fls. 26).

Contudo, em relação à infração 5, a qual exige o crédito indevido oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal (fl. 51), por não ter havido a retenção e o recolhimento do ICMS, tendo o defendant, em sua impugnação, salientado que o autuante se equivocou, posto que se tratam de operações de transporte interestaduais e não intramunicipais e, em consequência, o autuante, só quando da sua informação fiscal, esclareceu que “...não se trata de serviço de transporte intramunicipal, como indevidamente consta o histórico da infração, que ora retificamos, mas sim de transporte interestadual, confirmado pelo próprio contribuinte em sua defesa”, acolho a alegação do autuado, quando da sua manifestação às fls. 1280 a 1283 dos autos, de que, através da Informação Fiscal, o autuante pretendeu alterar a materialidade do lançamento efetuado, do que arguiu que a inovação do lançamento implica na sua nulidade, tendo em vista a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina a aludida infração 5, que é a não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao fato ensejador da imputação infracional, o que por si só já causaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma

insegurança jurídica. Logo, vislumbro a necessidade da renovação da ação fiscal, inerente à quinta infração, em obediência aos ditames legais. *Infração 5 decretada NULA.*

No tocante à suposta ilegalidade para exigência da multa aplicada contra a defendant, na condição de sucessora, por suposta infração praticada pela sucedida, tal matéria deve ser discutida no Poder Judiciário, e não neste Conselho de Fazenda, onde o que cabe é constituir em definitivo ou não o crédito tributário contra a pessoa jurídica de direito privado designada no corpo da peça inicial (PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL LTDA.). Ademais, o Auto de Infração foi lavrado contra a PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A, Inscrição Estadual de nº 25.236.732, haja vista que a referida empresa ainda não foi baixada do Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia, cuja situação cadastral é de “INAPTO – PROC. BXA INDEF” (fls. 27 e 30).

Inerente ao pedido para realização de diligência e/ou perícia, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o referido pleito, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, assim como em razão de destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova (levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas) simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

No mérito, quanto à INFRAÇÃO 1 (utilização indevida de crédito fiscal, concernente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento), o impugnante tenta legitimar o créditos sob o argumento de que: amônia líquida, canetas, bonés, gasolina, eletrodomésticos, etc., não são materiais de uso e consumo, mas sim insumos diretamente vinculados à sua atividade, fato este destituído pelo autuante, em sua informação fiscal, quando demonstra que não há saídas de brindes como canetas, bonés, bolsa, etc, como também bens ingressados para demonstração, como forno, fritadeira, microondas, churrasqueira, não são passíveis de uso de crédito, assim como a gasolina consumida em veículos de representantes e a amônia líquida, consumida nos equipamentos de refrigeração, são destinadas ao consumo do estabelecimento atacadista de produtos alimentícios.

De fato, da análise dos demonstrativos às fls. 36 a 47 dos autos, se comprova a ocorrência do uso indevido do crédito fiscal proveniente da aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, cuja Lei Complementar nº. 87/96, modificada pela LC 138/10, no seu art. 33, I, prevê que as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento somente darão direito de crédito a partir de 1º/01/2020. Esta determinação também foi recepcionada no art. 29, § 1º, II, da Lei nº. 7.014/96, e pelo art. 93, V, “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97. *Infração 01 subsistente.*

Com relação à INFRAÇÃO 3, (utilização indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias), a empresa aduz que, apesar de sua atividade econômica cadastrada ser a de comércio no atacado, em verdade, industrializa produtos. Anexa laudo técnico com o fim de fundamentar a sua argumentação.

Não existem elementos no processo com força para demonstrar que o autuado desenvolvia indústria. Conforme bem salientou o autuante, nas saídas do exercício fiscalizado (2006), não há vendas de produtos industrializados, mas, sim de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, fato que corrobora o ponto anteriormente levantando. Por outro lado, o mesmo está cadastrado nesta Secretaria como comerciante do ramo atacadista. Assim, não considero corretas as argumentações no sentido de conferir equiparação entre atacadista e indústria.

O art. 93, II, “a”, RICMS/97 confere legitimidade ao crédito referente ao valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, quando as mesmas forem objeto de operação de saída do mesmo bem móvel (energia elétrica), quando consumida no processo de industrialização e quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais, o que não se verificou no caso em tela.

Sendo assim, por não ser pertinente a equiparação com indústria para efeito de concessão de crédito, *concluo pela subsistência da infração 3.*

A pretensão fiscal referente à INFRAÇÃO 5 (utilização indevida de crédito, relativo a operações não tributadas de transporte intramunicipal), consoante análise preliminar, foi acolhida a arguição da nulidade, pois, na verdade, se tratam de operações de transporte interestaduais, conforme foi esclarecido pelo autuante quando da sua informação fiscal, como também demonstrado à fl. 51 dos autos, do que se conclui pela existência de vício insanável que fulmina a aludida infração 5, em razão da não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao fato ensejador da imputação infracional, o que por si só já causa a nulidade do lançamento, sendo necessária a renovação da ação fiscal, inerente à quinta infração, em obediência aos ditames legais. *Infração 5 decretada NULA.*

No tocante à INFRAÇÃO 7 (falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de material de consumo e ativo fixo), afirma o contribuinte que, após o advento da LC 87/1996, o instituto do diferencial de alíquotas não mais existe no ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, tal exigência tem previsão no art. 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96, que estabelece:

*Art. 2º. O ICMS incide sobre:*

[...]

*IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.*

Por outro lado, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, o art. 5º, I, c/c 69 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6284/97, dispõe que:

*Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:*

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;*

*Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.*

*Logo, subsiste a infração 07.*

Inerente à INFRAÇÃO 12, (recolhimento a menor, devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas, relativo ao benefício do Decreto nº 7466/98, microempresas, visto que o contribuinte não repassou o desconto de 10%), o defendant afirma que efetuou os descontos de acordo com a legislação.

Contudo, não assiste razão ao apelante, pois, o levantamento às fls. 77 a 89 dos autos comprovam a veracidade da imputação de que não foram concedidos descontos de aproximadamente 10% nas vendas para contribuintes cadastrados como microempresa e empresa de pequeno porte no Estado da Bahia ou foi concedido desconto com valor a menor daquele que deveria ser abatido nas vendas das mercadorias. Em consequência, não foi atendida a regra estabelecida nos incisos I e II, § 1º do art. 51, RICMS/97, qual seja: “*o estabelecimento industrial, ou a este equiparado na forma do inciso anterior, obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal*”.

Conforme bem salientou o autuante, em sua informação fiscal, a metodologia aplicada segue os parâmetros definidos na Instrução Normativa n. 38/1994, excluindo do valor de venda o imposto que deveria ser calculado com a alíquota de 17%, dividindo este valor pelo fator 0,93 (100% - 7%), e aplicando sobre este montante a alíquota de 7%. Como resultado, gera-se o desconto de

aproximadamente 10%. Este, quando apurado pelo contribuinte, deverá ser abatido do total a ser pago pelo adquirente da mercadoria, complementando o círculo de benefício.

Porém, quando não realizado desta forma, ou seja, com concessão de desconto a menor, a lei manda considerar como operação destinada a contribuinte “normal” e, neste caso, em função de ser signatário do termo de acordo de atacadista, concedeu-se inclusive a redução da base de cálculo em 41,176%, conforme consta em planilha.

Sendo assim, corroboro com este entendimento, do que considero a *Infração 12 subsistente*.

Quanto à INFRAÇÃO 13, (recolhimento a menor, em função de erro na determinação da alíquota de 7%, nas vendas para contribuintes “*inaptos*” localizados neste Estado nas saídas regularmente escrituradas, configurando uso indevido do benefício de microempresa – Dec. n. 7466/98 e do Termo de Acordo de Atacadistas – Dec. n. 7.799/00), uma vez comprovada a inaptidão cadastral das empresas adquirentes para o uso dos benefícios fiscais, é cabível a exigência fiscal, consoante demonstrado às fls. 90 a 103 dos autos, decorrente do cálculo do imposto sem benefício, sendo o remetente obrigado a verificar a situação cadastral vigente do adquirente, conforme art. 181 do RICMS/BA.

Inerente ao Parecer nº 11918/2009 (fls. 1122/1123), emitido em resposta a consulta da empresa Nordeste Irecê Atacadão de Alimentos e Bebidas Ltda., apesar de o autuado não poder usufruir das prerrogativas pertinentes à sua materialidade, visto que este parecer não lhe traz qualquer vinculação, o entendimento originalmente nele firmado foi reformado, vedando a aplicação do tratamento previsto no Decreto n. 7.799/2000 (redução de base de cálculo) quando da venda a contribuintes Inaptos. Logo, independentemente de ter agido de boa fé, *subsiste a infração 13*, sendo indevida a aplicação de qualquer percentual de redução da base de cálculo, por se tratarem de contribuintes inaptos, cuja prerrogativa é exclusiva para contribuintes em pleno exercício.

Pertinente à INFRAÇÃO 16, (falta de estorno de crédito referente às entradas de mercadorias no estabelecimento que foram objeto de saídas com redução de base de cálculo), inicialmente, alega o defendant que não poderia ser aplicado às operações de janeiro a agosto de 2006, uma vez que o Termo de Acordo Atacadista entre o contribuinte e o Estado da Bahia foi firmado em 1º de setembro de 2006, logo, não há que se falar em obrigatoriedade de estorno de crédito de 2% ICMS, com base no Decreto nº. 7799/2000, no período de janeiro a agosto de 2006. Aduz, também, que o fiscal considerou todas as operações internas do período para fins de determinação de estorno de créditos, deixando de excluir as vendas para empresas cadastradas na SEFAZ como microempresas e empresas de pequeno porte, cujas operações não se aplicam às disposições do Decreto 7.799/2000.

O autuante admite que houve, indevidamente, cobrança de valores de janeiro a gosto de 2006, período em que o contribuinte não era signatário do Termo de Acordo de Atacadista, conforme documentação apresentada pela defesa. Assim, refaz os cálculos do “Estorno de Crédito a Menor” a partir de setembro a dezembro de 2006, sendo que, nesses novos cálculos, considerou a proporcionalidade do estorno do crédito às saídas de mercadorias vinculadas à operação subsequente, destinadas a contribuintes inscritos ativos com redução e das operações sem redução, incluindo aquelas destinadas à microempresa, conforme previsto no art. 5 do Decreto n. 7.799/2000, bem como a exclusão de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Assim, o autuante requer a exclusão dos valores lançados nos meses de janeiro a agosto de 2006, retificando os meses de setembro, outubro e dezembro para, respectivamente, R\$ 41.686,26; R\$ 6.749,86 e R\$ 10.280,31, perfazendo o total de R\$ 58.716,43, conforme demonstrado às fls. 1197 a 1246, do que concordo, sendo *parcialmente subsistente a infração 16*.

Quanto às eventuais quantias que o contribuinte entenda terem sido pagas indevidamente podem ser objeto de pedido de restituição de indébito, nos termos dos artigos 73 a 83 do RPAF/99.

Em relação à INFRAÇÃO 17, (recolhimento a menor, em função de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo – Dec. n. 7.799/00, nas vendas para contribuintes “*inaptos*”, localizados neste Estado), da mesma forma da infração 13, cujo teor reitero quanto às alegações

em comum, uma vez comprovada à inaptidão cadastral das empresas adquirentes para o uso dos benefícios fiscais, é cabível a exigência fiscal, consoante demonstrado às fls. 135 a 140 dos autos, decorrente do cálculo do imposto sem benefício, por se tratarem os adquirentes de contribuintes com inscrição estadual cancelada ou suspensa, conforme provas às fls. 773 a 864 dos autos, e, portanto, considerados inaptos para a realização de operações comerciais, sendo indevido o benefício da redução da base de cálculo. *Infração 17 subsistente.*

Referente à INFRAÇÃO 21, (falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes nas vendas para contribuintes “inaptos” localizados neste Estado nas saídas regularmente escrituradas), igualmente se aplica o entendimento relativo às infrações 13 e 17, pois o impugnante é responsável pelo recolhimento do tributo na modalidade de substituição tributária nas operações com contribuintes inaptos, considerados como não inscritos, conforme demonstrado às fls. 167 a 180 dos autos. *Infração 21 subsistente.*

No tocante à INFRAÇÃO 22, (falta de estorno de crédito referente às entradas de mercadorias no estabelecimento que foram objeto de saídas com redução de base de cálculo), da mesma forma da infração 16, o autuante admite que houve, indevidamente, cobrança de valores de janeiro a gosto de 2006, período em que o contribuinte não era signatário do Termo de Acordo de Atacadista, do que retifica o valor do lançamento para R\$ 683,76, sendo R\$ 89,95 para o mês de setembro; R\$ 106,66 para outubro; R\$ 266,89 para novembro e R\$ 220,26 para dezembro de 2006, conforme demonstrado às fls. 1248 a 1265. Conforme bem ressaltou o autuante, à fl. 1.182 dos autos, quando das saídas interestaduais, houve o usufruto do benefício previsto no art. 2º do Decreto n. 7799/2000, lançados a crédito no valor equivalente de 16,667% do valor do ICMS nas operações dessa natureza. Portanto, quando das devoluções de operações interestaduais, deve-se proceder ao estorno na mesma proporção do benefício. Assim, por corroborar com tais entendimentos, concluo pela *subsistência parcial da infração 22, no montante de R\$ 683,76.*

Em relação às infrações 23 e 24, (falta de recolhimento do ICMS decorrente da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis e falta de retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apuradas através de auditoria de estoque), conforme análise preliminar, o levantamento se fundamentou nos movimentos de entradas e de saídas das mercadorias além dos seus respectivos estoques inicial e final, conforme consignado no arquivo “ESTOQUE” constante em mídia eletrônica, cuja diferença apurada (omissão de saídas) constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal, não tendo o contribuinte se incumbido de destituir os números apurados, limitando-se a alegar que a imputação se trata de mera presunção, o que não é verdade, como também de que a exigência do tributo foi pautada em norma infralegal (Portaria n. 445/98), o que também não procede, assim como o cálculo do preço médio em relação apenas às movimentações de dezembro é ilegal, além de que foi aplicada a alíquota de 17%, desconsiderando os demais percentuais utilizados pelo contribuinte.

Conforme foi salientado pelo autuante, em sua informação fiscal, o preço médio das saídas foi calculado em função da omissão, ou seja, por se tratar de omissão de saídas, foi considerada como base de valor as saídas do último mês de movimentação das mercadorias, consoante determina o art. 60, II, “a”, do RICMS/BA.

Inerente à alegação de que a exigência do tributo se fundamentou na Portaria n. 445/98, na verdade tal norma serve de orientação para aplicação do procedimento padrão de auditoria de estoque. Contudo, o levantamento fiscal tem previsão legal, consoante se pode verificar no art. 936 do RICMS/BA, o qual prevê, dentre outros, que “*O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, em determinado período, poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido, os dados das operações de entradas ou de saídas, os estoques inicial e final...*”

Quanto à alegação sobre a aplicação da alíquota de 17% em detrimento às demais aplicadas pelo contribuinte, há de se salientar que, por se tratarem de mercadorias sujeitas à alíquota de 17%, conforme demonstrado às fls. 204 a 208 dos autos, as mercadorias especificadas no levantamento quantitativo com saídas omissas, sofreram incidência do citado porcentual, nos termos do art. 50, I, “a”, do RICMS/BA, sendo impertinente, no caso de saídas irregulares, a utilização de benefício fiscal que resulte em carga tributária inferior, conforme pleiteia o impugnante.

Assim, diante de tais considerações, são subsistentes as exigências relativas às *infrações 23 e 24*.

Por fim, inerente à INFRAÇÃO 25, (recolhimento a menos do imposto relativo à nota fiscal n. 41303), concordo com a informação fiscal do autuante de acatar a alegação de defesa de que os valores exigidos nas infrações 20 e 25 se comunicam, retificando o valor desta infração para R\$ 3.673,95. *Infração 25 subsistente em parte.*

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 803.493,42, com a homologação dos valores já pagos, *sendo todas as infrações subsistentes, com exceção da infração 05, por ser nula, e das infrações 16, 22 e 25, por serem subsistentes em parte,* conforme errata a seguir:

Data da Ocorrência	Data de Vencimento	Infração 16 ICMS	Infração 22 ICMS	Infração 25 ICMS
28/02/06	09/03/06	-	-	3.673,95
30/09/06	09/10/06	41.686,26	89,95	-
31/10/06	09/11/06	6.749,86	106,66	-
30/11/06	09/12/06	-	266,89	-
31/12/06	09/01/07	10.280,32	220,26	-
TOTAIS		58.716,44	683,76	3.673,95

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298616.0002/10-4, lavrado contra **PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$792.441,66**, acrescido das multas de 60% sobre R\$724.300,03 e 70% sobre R\$68.141,63, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f” e VII, alíneas “a” e “b”, V, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa de **R\$11.051,77**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo-se homologar os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA