

A. I. N ° - 298616.0005/10-3
AUTUADO - PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 31.08.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0238-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO EM VALORES SUPERIORES AOS PERMITIDOS. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO **c)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **Infrações reconhecidas. d)** FALTA DE ESTORNO. VALOR PROPORCIONAL. **d.1)** ENTRADAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES SE DERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. **d.2)** ENTRADAS POR DEVOLUÇÃO DE VENDAS INTERESTADUAIS CUJAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES SE DERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Computadas todas as operações internas realizadas pelo autuado no período, para fins de determinação dos estornos de créditos, excluídas as vendas para empresas cadastradas como não contribuinte, contribuinte especial, contribuinte inapto, microempresa ativa e microempresa cancelada. **Infrações 06 e 17** caracterizadas. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a)** MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **Infração reconhecida. b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Ao contrário do que afirmou o impugnante, o instituto do diferencial de alíquotas não foi revogado pela LC 87/96, a teor dos arts. 5º, I, e 69, RICMS/97 c/c art. 13, I, “j” da Lei nº 7.014/96. **Infração caracterizada. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DOS BENEFÍCIOS ORIGINADOS DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. a)** OPERAÇÕES EFETUADAS COM CONTRIBUINTES INAPTOS. Provas cadastrais autuadas informam situação de “Inaptos” dos destinatários à época das operações autuadas. **Infração caracterizada. b)** OPERAÇÕES EFETUADAS COM NÃO CONTRIBUINTES. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **c)** OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **Infrações reconhecidas. d)** UTILIZAÇÃO IRREGULAR DOS BENEFÍCIOS ORIGINADOS DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. O contribuinte autuado apenas não repassou o desconto aos destinatários na forma prevista no art. 51, I, “c”, RICMS/97, em relação às mercadorias cuja carga tributária nas operações internas possuem redução de base de cálculo de modo a que a carga tributária se equivalha a 7%. Embora fugindo ao regulamentado, tal procedimento, não representou

prejuízo ao Erário, pois implica em mesmo valor do ICMS. Infração descaracterizada. e) OPERAÇÕES COM CONTRIBUÍNTES CADASTRADOS COMO “NORMAIS”. Infração reconhecida. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. APLICAÇÃO DE 7% NAS VENDAS PARA MICROEMPRESA E EPP INAPTOS. Provas cadastrais autuadas informam situação de “Inaptos” dos destinatários à época das operações autuadas. Infração caracterizada. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RETENÇÃO DE ICMS NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. b) RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. Infrações 12 e 13 reconhecidas. c) FALTA DE RETENÇÃO DE ICMS NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS A CONTRIBUÍNTES NA CONDIÇÃO CADASTRAL DE “INAPTOS”. Provas cadastrais autuadas informam situação de “Inaptos” dos destinatários à época das operações autuadas. Infração caracterizada. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Infrações reconhecidas. 7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DOCUMENTOS FISCAIS. MAIOR VALOR MONETÁRIO – O DAS SAÍDAS. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações 18 e 19 reconhecidas. 8. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2010, traz a exigência de ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$ 1.496.009,64, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo discriminadas.

INFRAÇÃO 01 – Utilização indevida de crédito fiscal, relativo a entrada de bem do ativo imobilizado. Valor: R\$ 56.835,84. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Houve utilização a maior de crédito de ICMS do CIAP 2008, conforme análise de valores anexada ao auto de infração, baseada no livro de Apuração do ICMS e no CIAP;

INFRAÇÃO 02 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento (conforme lançamentos no LRAICMS com CFOP 2.556). Valor exigido de R\$ 1.447,70. Período: janeiro, março, junho, agosto e novembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 03 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento (conforme lançamentos no LRAICMS com CFOP 2.551 e 2.252). Valor exigido de R\$ 664.291,43. Período: janeiro a novembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Registra-se que as mercadorias foram objeto de lançamento de crédito de ICMS no CIAP de 2008, o que significa que a destinação foi, de fato, para o Ativo Imobilizado;

INFRAÇÃO 04 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Valor: R\$ 8.392,61. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa: 60%.

Trata-se de crédito indevido de mercadorias isentas, tais como ervilha e brócolis, oriundas de outros estados. Neste cálculo, se levou em consideração os valores já estornados pelo contribuinte, conforme registro em livro Registro de Apuração de ICMS.

INFRAÇÃO 05 – Recolhimento a menor, em razão da utilização indevida 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, mas utilizou esta metodologia de cálculo nas vendas para contribuintes “*inaptos*”. Valor exigido de R\$ 24.178,07. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 06 – Falta de estorno de crédito referente às entradas de mercadorias no estabelecimento, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Valor exigido de R\$ 147.902,18. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei nº 7.014/96;

Em função de ser signatário do Termo de Acordo de Atacadista, com saídas com redução de 41,176%, equivalente a uma tributação de 10%, há a obrigatoriedade do estorno de crédito de ICMS acima desse percentual. Trata-se do estorno de crédito de 2% quando do ingresso de mercadorias por transferência de outros Estados, a exemplo de Goiás, com alíquota de 12%.

Neste caso, houve estorno de crédito a menos, e a presente infração se refere ao complemento de cada valor mensal, sendo considerados nos cálculos aqueles valores já registrados e usufruídos pelo contribuinte em cada mês do exercício de 2008.

INFRAÇÃO 07 – Recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Contribuinte signatário do Termo de Acordo de Atacadista (Decreto 7799/00), com direito à redução da base de cálculo de ICMS em 41,176%, exclusivamente para contribuintes do ICMS, em plena atividade comercial.

Neste caso, houve, conforme banco de dados da SEFAZ (com cópias de cadastramento em anexo), vendas de mercadorias para não contribuintes de ICMS, a exemplo de entidades de ensino, religiosas, hospitalares.

Cobra-se nesta infração, o ICMS calculado sob a alíquota de 17%, sem direito à redução da base de cálculo. Valor exigido de R\$ 20.518,15. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 08 – Recolhimento a menor, devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas. Tomando como parâmetro o Termo de Acordo previsto no Decreto acima mencionado, o auditor fiscal conclui que o sujeito passivo utilizou indevidamente a redução da base de cálculo nas operações com produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme planilha anexada. Valor exigido de R\$ 6.152,70. Período: junho a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 09 – Recolhimento a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas. Valor exigido de R\$ 32.924,97. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

Trata-se de vendas de mercadorias com utilização do Decreto 7.466/1998 para microempresa, com desconto inferior ao determinado no próprio decreto, significando que não houve o repasse da quantia autorizado de 10% sobre o valor comercial para o adquirente da mercadoria, mesmo aplicando a alíquota de 7%, específica para o segmento em situação regular do usufruto.

INFRAÇÃO 10 – Recolhimento a menor, em razão de erro na determinação da alíquota cabível nas saídas regularmente escrituradas. 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%. Valor exigido de R\$ 22.254,63. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 11 – Recolhimento a menor, em função de erro na determinação da alíquota cabível nas saídas regularmente escrituradas. Refere-se à aplicação de alíquota de 7% nas operações com contribuintes “inaptos” no Estado da Bahia, configurando uso indevido de benefício concernente a microempresas (Decreto 7.466/1998). Valor exigido de R\$ 96.381,11. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 12 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se a produtos comestíveis resultantes do abate de bovinos, suínos e aves, em estado natural, refrigerados e congelados (art. 353, II, 09, RICMS/97). Valor exigido de R\$ 121.775,73. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 13 – Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado. Trata-se de produtos comestíveis resultantes do abate de bovinos e suínos, em estado natural, refrigerados e congelados (art. 353, II, 09 e Anexo 88, itens 10 e 32 do RICMS/97). Valor exigido de R\$ 1.086,16. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 14 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes nas vendas para contribuintes “inaptos” localizados neste na Bahia. Valor exigido de R\$ 34.486,13. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 15 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 4.399,19. Período: abril e dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Trata-se de notas fiscais de entrada de mercadoria para uso e consumo, não registradas, e cobra-se, neste caso, o diferencial de alíquota de acordo com a sua origem;

INFRAÇÃO 16 – Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 3.031,46, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 17 – Falta de estorno de crédito referente às entradas de mercadorias, cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Valor exigido de R\$ 14.606,47. Período: janeiro a dezembro de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei nº 7.014/96.

Trata-se da falta de estorno do crédito das devoluções de mercadorias interestaduais, em 2%.

Quando das saídas interestaduais, houve um crédito presumido do mesmo percentual, em função do Termo de Acordo Atacadista, ou seja, houve débito de ICMS apenas em 10%, o que justifica o estorno do valor superior quando do retorno dessas mesmas mercadorias;

INFRAÇÃO 18 – Falta de recolhimento do imposto, 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 (2008), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis. Valor exigido de R\$ 210.045,49. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 19 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo registro na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de produtos em exercício fechado (2008 - aves, suínos e similares, resfriados ou congelados). Valor exigido de R\$ 3.680,72. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 20 – Deixou de recolher o imposto, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Trata-se de vendas realizadas do estabelecimento, CFOP 5904, a exemplo de frango congelado, sem tributação, com notas fiscais com alíquota zero de ICMS. Valor exigido de R\$ 21.618,90. Período: julho de 2008. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

A BRF BRASIL FOODS S/A, na qualidade de sucessora, impugna o lançamento tributário com defesa às fls. 1.125 a 1.166, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de Procuração de fls. 1.169 a 1.171.

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 01, 02, 04, 07, 08, 10, 12, 13, 15, 16, 18, 19 e 20.

Impugna a infração 03 arguindo sua improcedência citando doutrina, jurisprudência e legislação, ponderando que, com a revogação do Convênio ICMS 66/1988, 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.

Com relação à infração 05, além de entendê-la improcedente, diz ser a autuação nula de pleno direito, pois, não há prova contundente de que à época das operações as tais empresas estavam inaptas. Ou seja, a autoridade autuante não documentou as suas alegações, não tendo validade o levantamento fiscal realizado.

Informa que, por exemplo, consultando o cadastro de algumas das micro-empresas referidas no Auto de Infração na SEFAZ, algumas apenas foram consideradas irregulares em data futura, o que não significa dizer que nos períodos de apuração verificados 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.

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 transcreve ementas de decisões do STJ. Ademais, transcrevendo o art. 51 do RICMS-BA, alega que a legislação não vincula o destaque do ICMS na nota fiscal para microempresas e EPP à situação do contribuinte perante o Estado, mas apenas que o contribuinte esteja inscrito como tal no referido cadastro. Entende que eventuais problemas dessas empresas com o fisco não são oponíveis a outros contribuintes, ainda mais quando não há prova de tal fato, sendo que nesse sentido se manifestou expressamente o Governo do Estado da Bahia, ao emitir o Parecer 11.918/2009.

Contudo, caso se entenda pela manutenção da infração, deve, ao menos, ser considerada a redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo Atacadista. Em outras palavras, deverá ser aplicada a alíquota de 10%, e não a de 17%, como se pretende no Auto de Infração.

Com relação à infração 06, assinala 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. O auditor 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 7.799/2000 (arts. 4º e 5º, que transcreve).

Diz que o estabelecimento recebe mercadorias transferidas de GO e PE com alíquota de 12% e de unidades localizadas no SUL e SUDESTE com alíquota de 7%. Fala que poderia estornar 2% das mercadorias entradas com 12%, mas como parte das vendas é para clientes com benefício SimBahia (vendas com 7%), sem previsão de estorno, informa ter efetuado os 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 03).

Desta forma, observando que na legislação do ICMS da Bahia, especialmente no art. 100 do RICMS/97, não há qualquer determinação de estorno na realização de operações com alíquota de 7% para microempresas e empresas de pequeno porte (o art. 100 refere-se a operações com redução de base de cálculo), conclui que não procede a infração.

Impugnando a infração 09, transcreve o art. 51, I, “a” do RICMS-BA., inclusive seu §1º, alega que, conforme comprovam as notas fiscais (a totalidade das mesmas se encontram à disposição para eventual diligência), repassava a seus adquirentes o percentual de aproximadamente 10%.

Observa que no campo “Dados Adicionais” dos documentos fiscais consta a seguinte expressão: “O produto está calculado com desconto de 10% cf. Inc. I, alínea “c”, art. 51 do RICMS/BA, Dec. 6.284/97, que reduz a alíquota para 7%”. Ademais, no corpo das notas há o próprio cálculo do desconto, sob a rubrica “Desconto por Benefício Fiscal”.

Na eventualidade de haver pequenas divergências em relação a este percentual, não há que se falar em falta de repasse do desconto.

Em rebate à infração 11, aponta nulidade, pois, não há prova contundente de que à época das operações as tais empresas estavam inaptas. Ou seja, a autoridade autuante não documentou as suas alegações, não tendo validade o levantamento fiscal realizado.

Por exemplo, algumas das micro-empresas referidas no Auto de Infração apenas foram consideradas irregulares em 2009, o que não significa dizer que em 2007 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.

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, transcreve ementas de decisões do STJ e manifestação expressa do Governo do Estado da Bahia no Parecer 11.918/2009.

Caso se entenda pela manutenção da infração, deve, ao menos, ser considerada a redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo Atacadista. Em outras palavras, deverá ser aplicada a alíquota de 10%, e não a de 17%, como se pretende no Auto de Infração.

Contestando a infração 14, reproduz o art. 353, I do RICMS-BA, para dizer que sua disposição não se aplica ao caso, haja vista que não realizou operações com pessoas não cadastradas na SEFAZ-

BA. Ressalta que a infração ora combatida é análoga às infrações 18 e 20 acima impugnadas (?), reiterando as mesmas razões aduzidas para impugnar a infração 11.

Combatendo a infração 17, depois de reproduzir o art. 6º, do Dec. 7799/00, diz que o caso não trata de aquisição de mercadoria, mas de devolução de venda em operação interestadual em que a saída ocorreu com alíquota de 12% e, por ocasião da devolução, se creditou com a mesma alíquota para anular o débito, pelo que resta insubsistente a pretensão fiscal.

Com relação às multas, pontua que em razão dos fatos terem ocorrido antes da incorporação da autuada pela Perdigão S.A. que se transformou na BRF – Brasil Foods S.A., elas se tornam exigência ilegal por não ser de sua responsabilidade, tendo em vista o disposto nos arts. 132 e 133 do CTN, que transcreve.

Diz que nesse sentido o STJ e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no âmbito federal já se pronunciaram, conforme ementas que transcreve.

Argui o caráter confiscatório das multas com base no art. 150, IV da CF/88 e transcreve doutrinas e ementas de decisões do STF a esse respeito.

Requer que as intimações, notificações, decisões e tudo que a este auto de infração se referir, sejam encaminhadas ao endereço do patrono da Requerente e pede realização de diligência e/ou perícia, nos termos do art. 131 do Dec. 7.629/99.

Conclui pedindo o cancelamento das infrações e imposição de multa que discute e, rejeitando-se tal pedido, pede a exclusão da multa pelas seguintes razões: a) sua ausência de responsabilidade em face da incorporação citada; b) ser de caráter abusivo e confiscatório.

Às fls. 1.264 a 1.271, o autuante presta informação fiscal da seguinte forma:

Infração 03 - Contesta a alegação defensiva dizendo que o Convênio 66/88, foi excluído do ordenamento jurídico pátrio com a edição da LC 87/96. Aduz que o desconhecimento da legislação da Bahia impondo a exigência do diferencial de alíquota na aquisição interestadual de bens para o ativo imobilizado não é motivo para deixar de exigir o imposto com base nos arts. 5º e 69, do RICMS-BA, que transcreve.

Lembrando que o contribuinte não contesta a forma de cálculo nem qualquer nota fiscal indicada nas planilhas e nem apresenta documento com poder de alterar a exigência fiscal pela infração, a mantém na totalidade.

Infração 05 - Diz que foi indevidamente aplicada redução de base de cálculo em 41,176% nas vendas a contribuinte em situação cadastral irregular nas datas das operações. Discorda da arguição de nulidade da infração por falta de prova, pois tais provas, por amostragem, estão devidamente anexadas ao PAF – Anexo III, fls. 262 a 331, o que lhe faz afirmar que tais operações deveriam ser processadas sem o benefício fiscal. Para o caso, exemplifica o contribuinte ANTÔNIO ROQUE FALCÃO, IE 35.827.276, que esteve em situação de inapto entre 06/01/1999 a 31/08/2008, data da baixa da inscrição estadual (fls. 271/2).

Aduz que o desconhecimento da situação cadastral do adquirente da mercadoria não é motivo excludente da infração em face da obrigatoriedade do vendedor verificar a situação cadastral do adquirente (art. 181, do RICMS-BA).

Quanto ao Parecer 11928/09 (fl. 1.136), emitido em resposta à consulta da empresa Nordeste Irecê Atacadão de Alimentos e Bebidas Ltda, diz que apesar de o autuado não ser diretamente vinculado ao parecer para dele usufruir, informa que, posteriormente, a DITRI reformou seu entendimento no sentido de que “é vedado ao contribuinte a aplicabilidade do tratamento previsto no Dec. 7.799/00, quando da venda a contribuintes inaptos, visto que a inaptidão cadastral torna irregular quaisquer operações realizadas pelo contribuinte que se encontre nessa condição, seja na qualidade de remetente ou destinatário”, o que corrobora seu entendimento. Também mantém a autuação pela infração.

Infração 06 - A infração 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%”*.

No cálculo, foram considerados os totais já lançados pelo sujeito passivo no livro Registro de Apuração do ICMS de 2007 a título de estorno de crédito.

Considerou-se também a proporcionalidade do estorno de crédito à saída de mercadorias vinculadas à operação subsequente, destinadas a contribuintes ativos com redução e das operações sem redução, incluindo as destinadas a microempresas, conforme previsto no art. 5º do Dec. 7.799/00, bem como a exclusão de mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme demonstrado no relatório de fl. 80, cuja defesa parece desconhecer o seu teor e a sua repercussão nos cálculos apurados.

Aduz que para exemplificar o cumprimento das normas do citado decreto, o estorno de cada mês foi efetuado com base na proporção das saídas tributadas. Em janeiro de 2008, houve uma redução apenas de 53,096% do crédito de 2%, conforme fls. 80 a 91, acrescentando que em nenhum momento, houve estorno de 100% do valor do crédito equivalente a 2%. Considera que não há erro no levantamento nem na interpretação normativa e mantém o valor original da infração.

Infração 09 - Informa tratar-se da não comprovação do desconto de aproximadamente 10% para microempresa no corpo da nota fiscal de saída.

Neste caso, notou-se 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.

Infração 11 - Informa que esta infração tem o mesmo teor da infração 05, cuja contra-argumentação já fez e se refere a erro, em virtude da aplicação da alíquota de 7% nas vendas para contribuintes inaptos no Estado da Bahia, configurando uso indevido do benefício de microempresa (Decreto n. 7.466/1998) e do Termo de Acordo de Atacadistas (Decreto n. 7.799/2000).

Diz que o cadastro e suas provas, por amostragem, estão anexadas (Anexo III, fls. 262 a 331). Ratifica que todas as empresas listadas na planilha da infração para 2008 estavam inaptas para uso do benefício de microempresa e, por isso, todas as aquisições no período, não são válidas.

Cita como exemplo o contribuinte Ernildo de Pinho Oliveira de Valente, IE 42.506.841, inapto desde 02/01/2007 até 10/12/2010, data da baixa da inscrição (fls. 275 e 276). Fala que, a exemplo da infração 06, não concorda com a redução de 41,176% que está autorizada pelo Termo de Acordo Atacadista, constituindo uma alíquota de 10%, porque esta prerrogativa é exclusiva para contribuintes devidamente inscritos e em pleno exercício das atividades econômicas, razão pela qual mantém a infração.

Infração 14 - Informa que, como mencionado, as infrações 05 e 11 possuem o mesmo teor e é derivada de operações com contribuintes na condição de inaptidão no exercício de 2008 e deixou de reter o ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes. As provas das irregularidades do histórico dos contribuintes, por amostragem, foram anexadas (fls. 104 a 207).

Fala que o contribuinte questiona a sua validade na época da aquisição das mercadorias para ser considerado contribuinte em plena atividade comercial, sem restrição, o que não foi o caso.

Aborda que contrariando a defesa, em nenhum momento poderia, para esta infração de substituição tributária de mercadorias adquiridas por contribuintes inaptos, ter como número de identificação, identidade ou cadastro de pessoa física, o que inutiliza o argumento defensivo, pois todos os adquirentes estavam inaptos quando das aquisições, segundo o banco de dados da SEFAZ.

Infração 17 - Neste caso, diz que houve devolução interestadual de mercadorias, cujas saídas anteriores foram beneficiadas pela previsão do art. 2º do Dec. 7799/00 (crédito presumido de 16,667% do ICMS), sem o devido estorno do crédito de 2% pela devolução. Mantém a infração no valor original.

Às fls. 1.273 a 1.280 foram juntados comprovantes de pagamento parcial.

VOTO

As infrações 01, 02, 04, 07, 08, 10, 12, 13, 15, 16, 18, 19 e 20 foram expressamente acatadas pelo impugnante, motivo pelo qual, com fundamento no art. 140, RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento. Infrações caracterizadas.

Foi suscitada nulidade concernente às infrações 05, 11 e 14, devido ao suposto fato de o autuante não ter juntado provas da acusação. Não é o que observo ao analisar os elementos do PAF, em particular os documentos de fls. 262 a 331, onde estão especificados os históricos das situações cadastrais de diversas sociedades empresárias com as quais o contribuinte entabulou negociações de compra e venda.

Por isso, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

As multas não são ilegais. Ao contrário, encontram-se devidamente encartadas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, nos incisos e alíneas acima especificados. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem de apreciar o argumento do aludido caráter confiscatório, ou de quaisquer outras argumentações de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

A questão da responsabilidade tributária por sucessão, com a sua alegada atenuante, é matéria a ser discutida no Poder Judiciário, e não neste Conselho de Fazenda, onde em análise de contraditório trata da constituição ou não do crédito tributário contra a pessoa jurídica de direito privado designada no corpo da peça inicial (PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A).

Os autos encontram-se devidamente instruídos. Não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico, em razão de que indefiro o pleito de diligência e de perícia com fundamento no art. 147, I, "a" do RPAF, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito da infração 03 (falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais nas aquisições de bens destinados ao 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.

Discordo do argumento defensivo, pois a exigência fiscal está amparada no art. 5º, I, c/c art. 69, RICMS/97.

RICMS/BA. 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.

Em idêntico sentido aponta o art. 13, I, “j” da Lei nº 7.014/96.

Convém ressaltar que a CF 88 no art. 155, II estabelece que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior e o §2º, incisos VII e VIII dispõem que o imposto em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto e nesta hipótese caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Por sua vez, o art. 2º, IV da Lei nº 7.014/96 estabelece que há incidência de ICMS sobre a entrada de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem for destinado ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes.

Logo, é legal a exigência do ICMS da diferença de alíquota sobre a operação de aquisição interestadual de bens destinados ao uso, consumo ou ativo permanente, embutindo-se a carga tributária, tanto do IPI quanto do ICMS, na operação anterior. Observo que no enquadramento da infração foram indicados os dispositivos regulamentares infringidos o que segundo o disposto no art. 19 do RPAF/BA equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente.

A inconstitucionalidade aventada no caso não pode ser apreciada neste âmbito administrativo judicante (art. 167, I, RPAF/99), devendo incidir neste caso toda legislação tipificada para a infração. Infração caracterizada.

Uma vez afastada a preliminar de nulidade referente às infrações 05, 11 e 14: recolhimento a menos, em razão da utilização indevida da redução da base de cálculo (05); recolhimento a menos, em função de erro na determinação da alíquota cabível (11) e falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes nas vendas para contribuintes “*inaptos*” localizados neste Estado nas saídas regularmente escrituradas (14), insta ressaltar que ao direito tributário não interessa o “*animus agendi*” do sujeito, ou seja, uma vez demonstrado que o fato da vida se subsume ao tipo legal, havendo obrigação, o gravame compulsório a ela correspondente é exigível, independentemente de o sujeito passivo ter agido movido por boa ou má fé.

Assiste razão ao autuante, pois o impugnante é responsável pelo recolhimento do tributo na modalidade de substituição tributária nas operações de vendas de mercadorias tributáveis com contribuintes não inscritos ou inabilitados para o exercício da atividade comercial. Tais

operações de fato se realizaram, e isto está demonstrado nos autos, consoante o que já foi acima exposto – relativamente às infrações originadas de operações com contribuintes em cujos cadastros na SEFAZ achavam-se inabilitados para o regular exercício do comércio.

Está comprovado – através dos documentos fiscais, espelhos de situações cadastrais e demonstrativos – o cometimento dos seguintes ilícitos tributários: recolhimento a menos, em razão da utilização indevida da redução da base de cálculo (infração 05, levantamento às fls. 65 a 78); recolhimento a menos, em função de erro na determinação da alíquota cabível (infração 11, levantamento às fls. 142 a 156) e 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 na Bahia com saídas regularmente escrituradas (infração 14, levantamento às fls. 194 a 207).

Não acolho as alegações defensivas em relação à condição de inaptidão dos destinatários para o exercício regular do comércio, tendo em vista que de acordo com o art. 142, incisos I e II do RICMS/BA, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte, exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE) e exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE). Ademais, tendo sido constatado que foi efetuado cancelamento indevido de alguma inscrição estadual de contribuinte é que a SEFAZ pode reverter de ofício o cancelamento da inscrição, o que não ficou comprovado neste PAF.

Não tem pertinência o pedido de aplicação do percentual de redução, uma vez que as imputações ocorreram exatamente pelo uso deturpado e indevido das disposições do Dec. 7.799/00.

A defesa traz o argumento de que, “*consultando o cadastro do ICMS da Bahia de algumas das micro-empresas referidas no Auto de Infração, algumas foram consideradas irregulares em data futura, o que não significa dizer que nos períodos de apuração havia algum problema*”.

Tal assertiva não corresponde à realidade, mostrando-se descabida após uma análise em profundidade dos elementos de prova constantes do processo, pois as empresas relacionadas como adquirentes nas infrações encontravam-se inativas no período fiscalizado como constatarem os documentos de provas juntados ao auto de infração (fls. 263 a 331). Vemos para o caso, o contribuinte ANTÔNIO ROQUE FALCÃO, IE 35.827.276, que esteve em situação de inapto entre 06/01/1999 a 31/08/2007, data da baixa da inscrição estadual (fls. 271/2). Portanto, da análise dos autos restam caracterizadas as infrações 05, 11 e 14.

Quanto à infração 06 (falta de estorno de crédito referente às entradas de mercadorias no estabelecimento cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo), alega o defendente que o fiscal considerou todas as operações internas do período para fins de determinação de estorno de créditos. O auditor, a seu ver, deveria ter desconsiderado as vendas para empresas cadastradas na SEFAZ como microempresas e empresas de pequeno porte, pois, em relação às operações realizadas com estas empresas, não se aplicam as disposições do Decreto 7.799/2000 (arts. 4º e 5º).

A acusação é de ingresso de mercadorias por transferência de outros estados (a exemplo de Goiás), com alíquota de 12%, sem o estorno do crédito de 2% em razão de ser signatário de Termo de Acordo de Atacadista, com redução de 41,176% quando das saídas das mercadorias.

No cálculo, de fato, foram considerados os totais já lançados pelo sujeito passivo no livro Registro de Apuração do ICMS de 2007 a título de estorno de crédito.

Ao efetuar uma análise dos autos, especialmente do levantamento de fls. 79 a 91, observo que não foram computadas todas as operações internas realizadas pelo autuado no período, para fins de determinação dos estornos de créditos, ao contrário do que foi afirmado na defesa. Houve exclusão das vendas para empresas cadastradas como não contribuinte, contribuinte especial,

contribuinte inapto, microempresa ativa e microempresa cancelada (colunas “B” a “F”). Infração 06 caracterizada.

Insurgindo-se contra a infração 09 (recolhimento a menor, devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas – falta de repasse do desconto de 10% para o adquirente), o defendente afirmou que efetuou os descontos de acordo com a legislação, dizendo que no campo “Dados Adicionais” da nota fiscal consta a informação do desconto.

Nesta infração a razão assiste ao contribuinte, pois embora não procedendo da forma regulamentada, qual seja, efetuando primeiramente a redução da base de cálculo para, sobre ela reduzida aplicar a alíquota interna de 17%, de modo que a carga tributária seja equivalente a 7%, fazendo diretamente incidir a alíquota de 7% sobre o valor das mercadorias - a exemplo da nota fiscal 45030, de 03.12.2008 (fl. 578) -, o contribuinte autuado apenas não repassou o desconto aos destinatários na forma prevista no art. 51, I, “c”, RICMS/97, em relação às mercadorias cuja carga tributária nas operações internas possuem redução de base de cálculo de modo a que a carga tributária se equivalha a 7%, como é o caso de margarina (art. 87, XXX, I do RICMS-BA), carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos (art. 78-B, do RICMS-BA). Tal procedimento, embora fugindo ao regulamentado não representou prejuízo ao Erário, pois implica em mesmo valor do ICMS.

Infração improcedente.

O sujeito passivo tributário impugna a infração 17 (Falta de estorno proporcional de crédito fiscal presumido relativo a entradas de mercadorias em retorno interestadual cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo), arguindo improcedência por não se tratar de aquisição, mas de devolução de venda em operação interestadual cuja saída se deu com alíquota de 12% e que o crédito do valor do ICMS destacado pela saída apenas anula o débito, não havendo diferença de ICMS no confronto.

Por sua vez, o autuante informa que está a exigir apenas o estorno proporcional do crédito presumido de 16,667% previsto no Dec. 7799/00 que o contribuinte usou por ocasião da venda interestadual da mercadoria posteriormente devolvida em que usou como crédito o ICMS integralmente destacado na nota fiscal de saída.

Tem razão o autuante, pois, com o objetivo de incentivar as vendas interestaduais e melhorar a competitividade dos contribuintes atacadistas situados na Bahia, o art. 2º do Dec. 7799/00 concede um crédito presumido de 16,667% do ICMS devido nas operações, de modo que na desconstituição da operação interestadual por força de devolução da mercadoria em que houve a utilização desse benefício fiscal, o contribuinte há que estornar o crédito fiscal relativo ao benefício. É o que comanda o art. 100 do RICMS-BA que prevê estorno relativo a entradas ou aquisições cuja saída subsequente se dá com redução de base de cálculo (inciso II) e é o que corretamente se exige pela infração na forma demonstrada na planilha de fls. 251 a 224, pois o ônus tributário do autuado na saída equivaleu a uma carga tributária de 10% e não 12% que se creditou por conta da devolução. Por óbvio, não fazendo o compulsório estorno, o contribuinte autuado não cumpriu a obrigação tributária pertinente ferindo, inclusive, as disposições do art. 124 do RICMS-BA, como bem tipificado no auto de infração. Portanto, infração também procedente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298616.0005/10-3**, lavrado contra **PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.460.053,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$

1.250.007,72 e 70% sobre R\$ 210.045,49, previstas no art. 42, II, “f”, “e” e “a” e VII, “a” e “b”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 3.031,46**, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado 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.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR