

PROCESSO - A. I. N° 298616.0003/10-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A. (BRF BRASIL FOODS S/A.)
RECORRIDOS - PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A. (BRF BRASIL FOODS S/A) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0126-04/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26.12.2012

3^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0085-13/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAL DESTINADO AO USO E CONSUMO. A redação do art. 93, V, “b”, RICMS/97, vigente à época, estabelecia que o direito ao crédito nas aquisições de materiais de uso e consumo ocorreria somente a partir de 01/01/11, assim entendidas as mercadorias que não fossem destinadas à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação. Infração 1 caracterizada. **b)** MERCADORIA NÃO INGRESSADA NO ESTABELECIMENTO. CFOP 1.907. A saída para depósito fechado e armazém, em nome do remetente, neste Estado, não enseja a incidência do tributo. Não havendo imposto a incidir, consequentemente, não há direito a crédito. Infração 2 caracterizada. **c)** UTILIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Não existem elementos no processo com força para demonstrar que o autuado desenvolvia indústria quando da ocorrência dos fatos. Infração 3 caracterizada. **d)** MERCADORIA NÃO INGRESSADA NO ESTABELECIMENTO. CFOP 1.949. A saída para depósito fechado e armazém, em nome do remetente, neste Estado, não enseja a incidência do tributo. Não havendo imposto a incidir, consequentemente, não há direito a crédito. Infração 4 caracterizada. **e)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO PELO TOMADOR DO SERVIÇO. Uma vez que a autuação envolveu tanto mercadorias tributadas normalmente, quanto outras sujeitas ao regime de substituição, mostrase necessário anular o lançamento sob exame, com fulcro no art. 18, IV, “a” e § 1º, RPAF/99. Infração 5 declarada nula de ofício, com representação para renovação da ação fiscal. **f)** FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES SE DERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Foram computadas todas as operações internas realizadas pelo autuado no período, para fins de determinação dos estornos de créditos. Houve exclusão das vendas para empresas cadastradas como não contribuinte, contribuinte especial, contribuinte inapto, microempresa ativa e microempresa cancelada. Infração 17 caracterizada. 2. BASE DE

CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO IRREGULAR DOS BENEFÍCIOS ORIGINADOS DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. **a)** EXERCÍCIO DE 2006. **b)** EXERCÍCIO DE 2007. Não foram concedidos descontos de aproximadamente 10% para aqueles cadastrados como microempresa e empresa de pequeno porte no Estado da Bahia. Não atendida, por conseguinte, a regra estabelecida nos incisos I e II, § 1º do art. 51, RICMS/97. Infrações 10 e 21 caracterizadas. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS.** **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS 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 7.014/96. Infrações 13 e 14 caracterizadas. **4. BASE DE CÁLCULO.** ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS ORIGINADOS DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA NAS OPERAÇÕES EFETUADAS COM CONTRIBUINTES INAPTO. **5. ALÍQUOTA.** OPERAÇÕES LANÇADAS NA ESCRITA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS ORIGINADOS DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA NAS OPERAÇÕES COM CONTRIBUINTES INAPTO. **6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** OPERAÇÕES COM CONTRIBUINTES INAPTO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fatos demonstrados nos autos. Infrações 18, 20 e 26 caracterizadas. **7. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A operação foi o descarte de material deteriorado. O procedimento da sociedade empresária, quando efetivou os estornos dos valores creditados por ocasião das entradas das então mercadorias, que perderam as suas qualidades, efetivamente atende às prescrições da não cumulatividade, já que destas não ocorreram saídas tributadas. Infração 25 descharacterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item “1”, do RPAF/99, interpostos pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou Procedente em Parte - Acórdão JJF N° 0126-04/11 - o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS e para impor multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$ 2.021.964,99, sendo objetos dos presentes Recursos as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Utilização indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Refere-se a combustíveis e lubrificantes, utilizados no consumo do autuado, cujas operações correlatas foram indevidamente lançadas nos livros fiscais como se tais itens fossem destinados ao processo fabril. A atividade econômica constatada é o comércio atacadista, não existindo industrialização ou beneficiamento de produtos na Bahia. Valor exigido de R\$ 44.123,81. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – Utilização indevida de crédito fiscal, por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento. Refere-se a retornos simbólicos de produtos anteriormente encaminhados para depósito fechado ou armazém neste Estado. As notas fiscais foram emitidas por sociedade empresária cujas atividades são a armazenagem e o transporte coletivo (CONSELL GESTÃO DE TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.), e não a comercialização. Valor exigido de R\$ 135.651,70. Multa de 150%, prevista no art. 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – Utilização indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias. Uma vez que o sujeito passivo não industrializa produtos, não possui direito ao crédito, segundo o autuante. Valor exigido de R\$ 125.059,38. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – Utilização indevida de crédito fiscal, por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento. Trata-se, igualmente, de ingresso simbólico de produtos remetidos por transportadoras, em retorno de depósito fechado ou armazém (CFOP 1.949 – outras entradas de mercadorias não especificadas). As notas fiscais foram emitidas pela mesma sociedade empresária mencionada na segunda infração. Valor exigido de R\$ 555.638,37. Multa de 150%, prevista no art. 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – Utilização indevida de crédito fiscal, relativo a operações não tributadas de transporte intramunicipal. Corrige o autuante que o lançamento tem relação com o transporte interestadual, e não intramunicipal. Não houve comprovação de retenção do imposto sobre o frete (pelo tomador do serviço realizado por autônomo ou por transportador não inscrito na Bahia), cuja responsabilidade é do próprio contribuinte, consoante registros efetuados nos livros fiscais. Valor exigido de R\$ 28.959,14. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 10 – Recolhimento a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas. Está dito que esta acusação relaciona-se diretamente com a de número 12 do Auto de Infração 298616.0002/10-4, que se refere à aplicação irregular de benefícios de microempresas, ou seja, desconto inferior ao determinado no Decreto 4.666/1998 (10%), significando que não houve o repasse da quantia equivalente, configurando uso irregular da alíquota de 7%, quando o correto seria tributar com a de 17%. Em virtude de a vigência do Termo de Acordo de Atacadista (Decreto número 7.799/2000) ter iniciado em 1º de setembro de 2006, houve a cobrança a menor do tributo devido na infração acima mencionada, devido à aplicação incorreta da base de cálculo na fração de 41,176%, nos meses de janeiro a agosto daquele exercício, prerrogativa exclusiva de signatários. A redução indevida de 41,176% foi retirada da base de cálculo da infração de 2006, tendo sido calculado o novo valor abatendo as quantias já consideradas no lançamento de ofício do mencionado ano e cobrada, neste Auto, a diferença entre o montante devido e o outrora lançado, conforme documentação anexa. Valor exigido de R\$ 9.041,26. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 13 – 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 (lançamentos no RAICMS com CFOP 2.556 e 2.257). Valor exigido de R\$ 4.414,18. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 14 – 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 (lançamentos no RAICMS com CFOP 2.551 e 2.252). Valor exigido de R\$ 59.773,96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 17 – Falta de estorno de crédito referente às entradas de mercadorias no estabelecimento que foram objeto de saídas com redução de base de cálculo. Em seguida, o autuante afirma que houve estorno de crédito a menor, e a presente infração é o complemento de cada valor mensal, sendo considerados nos cálculos aqueles registrados e usufruídos em 2007. De acordo com a autoridade fiscal, “*trata-se do estorno de crédito de 2% a menor quando do ingresso de mercadorias por transferência de outros Estados, a exemplo de Goiás, com alíquota de 12%. Em função de ser signatário de 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". Valor exigido de R\$ 55.543,95. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "b" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 18 – 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\$ 11.528,61. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 20 – 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\$ 143.079,59. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 21 – Recolhimento a menor, devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas. Trata-se de vendas efetuadas com base no Decreto 7.466/1998 (que é relativo às microempresas) com desconto inferior ao determinado. Ou seja, o vendedor não repassou o abatimento autorizado de 10% sobre o valor da operação comercial para o adquirente da mercadoria, mesmo aplicando a alíquota de 7%. Valor exigido de R\$ 28.510,24. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 25 – Deixou de recolher o imposto, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas de almôndega, hambúrguer, frango xadrez e outros, que deveriam ser tributadas a 17% neste Estado. Valor exigido de R\$ 54.042,28. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 26 – 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\$ 48.074,68. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e" da Lei nº 7.014/96.

A BRF BRASIL FOODS S/A, CNPJ 01.838.723/0264-3.6, na qualidade de sucessora, ingressou com a defesa, na qual informa que optou por efetuar o pagamento dos débitos exigidos nas Infrações 6 a 9, 11, 12, 15, 16, 19, 22 a 24 e 27 a 29. Impugnou os demais itens do lançamento.

A informação fiscal foi prestada, tendo o autuado se posicionado pela improcedência da Infração 25, sob o argumento de que a exigência fiscal se referia a saídas de produtos deteriorados, em relação aos quais houve o estorno dos valores creditados quando da entrada de tais mercadorias. Manteve a exigência fiscal quanto aos demais itens do lançamento.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado reiterou os argumentos trazidos na defesa.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0126-04/11, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, no valor de R\$ 1.938.963,57.

Após afastar as questões preliminares e indeferir a solicitação de diligência, o ilustre relator adentrou no mérito da lide, tendo fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

No mérito da infração 01 (utilização indevida de crédito fiscal, concernente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento), o impugnante tenta legitimar os créditos sob o argumento de que os combustíveis e lubrificantes cujas aquisições os ensejaram são essenciais ao desenvolvimento de suas atividades. Cita também outros materiais que não guardam relação com o levantamento referente à imputação.

No demonstrativo de fls. 57 a 65, cujo conteúdo não foi questionado, noto que, de fato, ocorreu o uso indevido do crédito fiscal proveniente da aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Mais precisamente, de combustíveis e lubrificantes, cujos ingressos foram apostos no livro Registro de Entradas com os CFOP 1.653 e 2.653 (compra de combustível ou lubrificante por consumidor ou usuário final, de acordo com o Convênio sem número, de 15/12/1970, que estabeleceu os códigos fiscais de operações e prestações).

A redação do art. 93, V, "b", RICMS/97, em vigência à época dos fatos, não deixava margens de dúvida, ao

estatuir o direito ao crédito nas aquisições de materiais de uso e consumo somente a partir de 1º de janeiro de 2011, assim entendidas as mercadorias que não fossem destinadas à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação.

[...]

Quanto ao pedido de manutenção de crédito de exportações, ainda que assegurado tal direito no art. 103, RICMS/97, não foram trazidos aos autos elementos comprovantes de operações de vendas no comércio exterior levadas a efeito pelo estabelecimento autuado.

Infração 01 caracterizada.

Na defesa das infrações 02 e 04 (utilização indevida de crédito fiscal, por não ter entrado o produto no estabelecimento), o próprio defensor apontou falhas de controle interno, relativas às operações.

[...]

Assiste razão à autoridade fiscal. De acordo com a legislação vigente até então (art. 6º, VI, RICMS/97), a saída para depósito fechado e armazém, em nome do remetente, neste Estado, não sofria incidência do tributo em comento. Não havendo imposto, consequentemente, não há direito a crédito.

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

Caracterizadas as infrações 02 e 04.

Com relação à infração 03, (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.

O Laudo Técnico – juntado com a defesa com o fim de fundamentar a argumentação – foi elaborado no dia 11 de fevereiro de 2004, no Município de Curitiba, Paraná, com base nas situações e documentos da época, e por isso conclui que não pode ser considerado na presente lide (da infração 03), porquanto relativa ao exercício de 2007.

Não existem elementos no processo com força para demonstrar que o autuado desenvolvia indústria. Por outro lado, o mesmo está cadastrado nesta Secretaria como comerciante do ramo atacadista, sob o controle fiscal da IFEP COMÉRCIO (Inspeção direcionada à fiscalização de empresas não industriais de grande porte). Os livros e documentos fiscais apensados não trazem nenhuma evidência de industrialização.

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.

Infração 03 caracterizada, não sendo pertinente a equiparação com indústria para efeito de concessão de crédito.

A pretensão fiscal referente à infração 05 (utilização indevida de crédito, relativo a operações não tributadas de transporte interestadual) segundo o impugnante está equivocada, pois, em se tratando de serviço prestado por transportador autônomo não inscrito na unidade da Federação onde foi iniciado o mesmo, a responsabilidade de retenção do ICMS sobre o frete é do remetente da mercadoria (documentos 08 e 09 da defesa). Sendo assim, não haveria como prosperar a autuação, em face da concepção de que as prestações de serviços de transporte interestaduais geram crédito, a teor do art. 93, III do RICMS/BA.

O auditor fiscal informa que a empresa, fazendo uso do crédito, registrou em seu livro Registro de Apuração operação com CFOP 2.931 (lançamento efetuado pelo tomador do serviço quando a responsabilidade de retenção do imposto for atribuída ao remetente ou alienante da mercadoria, pelo serviço realizado por transportador autônomo ou não inscrito na unidade da Federação onde iniciado o transporte).

O art. 97, IV, “b” do RICMS/97 vedo expressamente a utilização de crédito fiscal nestas hipóteses (quando a operação tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária).

Verifico que o contribuinte juntou, às fls. 1.793 a 1.837, cópias de notas fiscais emitidas por outros estabelecimentos do mesmo grupo e conhecimentos de transporte de serviços por ele contratados. Por exemplo, na nota fiscal 717.731 (fl. 1.794) consta do campo “Dados Adicionais” a retenção do tributo por substituição. Este valor destacado e retido, é essencial que se registre, é devido ao Estado de Santa Catarina.

Neste documento fiscal, assim como em diversos outros apresentados com ele, estão registrados alguns produtos sujeitos ao regime de tributação normal e outros sujeitos à substituição tributária. Como o art. 97, IV do RICMS/97 vedo tão somente a utilização de crédito quando as mercadorias são imunes, isentas, sujeitas à redução de base de cálculo ou com fase de tributação encerrada – com proibição extensiva aos serviços de

transporte das mesmas (arts. 356 e 359), concluo que o destinatário tem direito de lançar a seu favor na escrita as parcelas do imposto relativas às operações com mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação.

Uma vez que a autuação envolveu tanto estas últimas (tributadas normalmente) quanto aquelas sujeitas à substituição, impõe-se anular o lançamento sob exame, com fulcro no art. 18, IV, "a" e § 1º, RPAF/99.

Represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, a salvo dos equívocos ora apontados.

Infração 05 declarada nula, de ofício.

Insurgindo-se contra as infrações 10 e 21 (recolhimento a menor, devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas), o deficiente afirma que efetuou os descontos de acordo com a legislação.

Não lhe assiste razão. Conforme aduziu o autuante, em sua informação fiscal, as notas de saída constantes dos autos (fls. 832 a 1.042) comprovam a veracidade da imputação. Não foram concedidos descontos de aproximadamente 10% para aqueles cadastrados como microempresa e empresa de pequeno porte no Estado da Bahia. Não atendida, por conseguinte, 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".

[...]

Infrações 10 e 21 caracterizadas.

Visando impugnar a exigência relativa às infrações 13 e 14 (falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais (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.

De acordo com o que corretamente afirmou a autoridade fiscal, o lançamento está amparado no art. 5º, I, c/c art. 69, RICMS/97.

[...]

Em idêntico sentido aponta o art. 13, I, "j" da Lei nº 7.014/96 (cuja constitucionalidade não pode ser aqui analisada (art. 167, I, RPAF/99)), qual seja, no de que está em plena vigência o instituto da diferença de alíquotas.

Infrações 13 e 14 caracterizadas.

Quanto à infração 17 (falta de estorno de crédito referente às entradas de mercadorias no estabelecimento que foram objeto de saídas com redução de base de cálculo), alega o deficiente que o fiscal considerou todas as operações internas do período para fins de determinação de estorno de créditos.

[...]

Ao efetuar uma análise dos autos, especialmente do levantamento de fl. 224, 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 17 caracterizada.

Uma vez afastada a preliminar de nulidade referente às infrações 18, 20 e 26 (recolhimento a menor, em razão da utilização indevida da redução da base de cálculo (18); recolhimento a menor, em função de erro na determinação da alíquota cabível (20) 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 neste Estado nas saídas regularmente escrituradas (26)), insta ressaltar que ao direito tributário não interessa o "animus agendi" do sujeito, ou seja, uma vez demonstrado que o fato da vida encontra previsão na lei (subsunção), o gravame é exigível, independentemente de ter agido quem quer que seja 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 com contribuintes não inscritos. 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 inaptos.

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 18, levantamento às fls. 168 a 182); recolhimento a menos, em função de

erro na determinação da alíquota cabível (infração 20, levantamento às fls. 186 a 198) 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 26, levantamento às fls. 258 a 275).

Não tem pertinência o pedido de aplicação do percentual de redução, uma vez que as imputações ocorreram exatamente devido ao seu uso indevido.

A defesa traz o argumento de que, “consultando o cadastro do ICMS da Bahia de algumas das micro-empresas referidas no Auto de Infração, as empresas cadastradas no CAD/ICMS sob os números 53.806.215, 47.382.321 e 90.466.233 apenas foram irregulares em 2009, o que não significa dizer que em 2007 havia algum problema”.

Tal assertiva não corresponde à realidade, mostrando-se descabida após uma análise em profundidade dos elementos de prova constantes do processo. As três inscrições estaduais acima citadas encontravam-se inativas no período fiscalizado, e não houve lançamentos – em relação àquela de número 47.382.321 – após 23/08/2007, a partir de quando a sua condição de “inapta” foi alterada.

Caracterizadas as infrações 18, 20 e 26.

A infração 25 diz respeito à falta de recolhimento do imposto, em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas de almôndega, hambúrguer, frango xadrez e outros, que, conforme foi registrado no corpo do Auto de Infração, deveriam ser tributadas a 17%.

Segundo o deficiente, a operação em si foi o descarte de material deteriorado. A razão está com o contribuinte, pois o procedimento da sociedade empresária, quando efetuou os estornos dos valores creditados por ocasião das entradas das então mercadorias, que perderam as suas qualidades, efetivamente atende às prescrições da não cumulatividade, já que destas não ocorreram saídas tributadas (documento 11 da peça defensiva).

Tais estornos foram comprovados nos documentos de fls. 1.956 a 2.018-A, acatados pelo autuante.

Infração 25 descharacterizada.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4^a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4^a JJF, o contribuinte apresenta o Recurso Voluntário de fls. 2086 a 2171. Após uma breve síntese dos fatos, o recorrente passa a abordar as exigências fiscais subsistentes, conforme relatado a seguir.

Quanto à Infração 1, diz que os valores lançados na escrita fiscal decorrem de utilização de créditos permitidos pela legislação, pois relacionados a aquisições de mercadorias diretamente vinculadas às suas atividades, sendo necessárias e fundamentais para a sua operação. Menciona que a Lei Complementar nº 87/96, no seu art. 20, em conformidade com o princípio da não cumulatividade, permite o crédito do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo. Transcreve o disposto no art. 110 do CTN, farta doutrina, jurisprudência do STJ, Decisão Normativa do Estado de São Paulo – nesse ponto, frisa que não deve haver entendimentos conflitantes entre unidades da Federação – e normas do Convênio ICMS 66/98.

Sustenta que os materiais são destinados à atividade fim do estabelecimento. Diz que eles se desgastam de forma diretamente relacionada às operações e são indispensáveis à consecução de seu objetivo social, não podendo, portanto, serem classificados como de uso e consumo.

Menciona que, por exemplo, aplica o óleo diesel adquirido no transporte de mercadorias, conforme expressamente consignado na própria autuação fiscal – “óleo diesel utilizado no transporte de suas mercadorias”. Diz que o serviço em discussão é efetuado por terceiros, transportadores sem vínculo empregatício, que estabelecem relação contratual, onde o deficiente se responsabiliza pela aquisição do combustível que será utilizado.

Explica que o referido combustível é utilizado para a viabilização da atividade fim da sociedade, que se concretiza com o processo de comercialização de suas mercadorias e, portanto, não há que se falar em material de uso e consumo, como pretende o autuante.

Após frisar que apenas pode desenvolver seu empreendimento com plenitude caso possa transportar sua produção por meio de veículos, que mantenham as condições de consumo dos

produtos, questiona: “se as mercadorias não chegarem aos revendedores, de que modo se concretizará a atividade empresarial”?

Realça que, caso o valor do óleo diesel tivesse integrado o total pago pela prestação do serviço de transporte, ou seja, caso tivesse contratado o transporte de “tanque cheio”, e não de “tanque vazio”, não haveria qualquer questionamento.

Diz que como ocorre com as aquisições deste produto para o transporte de mercadorias, a aplicação do mesmo no caminhão que carrega e descarrega maquinário dentro do parque industrial não pode ser considerada alheia à sua atividade.

Afirma que as peças de reposição das máquinas e equipamentos, bem como os materiais utilizados na manutenção, envolvem brocas, buchas, capacitores eletrônicos, clichês para impressão de embalagens, correias, discos de corte, engrenagens, facas, navalhas, grampos, lâminas, pistões, porcas, retentores, rolamentos, válvulas, etc. Diz que, sem esses referidos itens, não há como realizar a industrialização e a exploração dos alimentos em geral, pois esses processos pressupõem operações que modificam a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade dos materiais manejados. Assevera que as aquisições de itens para manutenção predial, a exemplo de tubos de aço, tubos de PVC, lâmpadas e fusíveis, entre outros, são essenciais à sua atividade, tendo em vista que a existência de uma estrutura física adequada é pressuposto para a normalidade nas suas tarefas.

Menciona que o crédito de ICMS decorrente das aquisições de gás liquefeito de petróleo, o qual é utilizado na locomoção de empilhadeiras no estabelecimento, deve ser igualmente mantido. O processo produtivo também envolve o transporte de matérias-primas, materiais secundários e insumos para o abastecimento das linhas de produção, bem como o armazenamento de produtos para posterior complementação, ou, ainda, para aguardar o seu deslocamento com o fim de entrega a terceiros adequadamente.

Diz que os uniformes e equipamentos de proteção individual (EPI, a exemplo de LUVAS, PROTETORES DE LUVAS, MANGAS DE PROTEÇÃO, PERNEIRAS, BOTAS, MÁSCARAS, LENTES, CAMISAS, CALÇAS IMPERMEÁVEIS E AVENTAIS) são indispensáveis ao processo produtivo, já que este depende integralmente da atuação de trabalhadores, que apenas podem exercer as suas funções - dentro das normas fitossanitárias – se estiverem devidamente trajados e equipados.

Salienta que, caso não prevaleça o entendimento de que os itens constantes da infração em comento não são materiais de uso e consumo, ainda assim impõe-se reconhecer, mesmo que parcialmente, a legalidade das apropriações de crédito efetuadas, pois parte de suas operações é destinada ao exterior e é imune, nos termos da CF/88, assegurada a manutenção e o aproveitamento do tributo cobrado nas operações anteriores.

Relativamente às Infrações 2 e 4, diz que armazena mercadorias na Conseil Gestão de Transportes e Serviços Ltda., conforme contrato anexo (doc. 3). Por falha no cadastro dos produtos, parte das notas fiscais de remessa para armazenagem nos meses de outubro a dezembro de 2007 foi emitida com destaque do ICMS e com o CFOP 5.905, no montante de R\$ 1.002.914,92, conforme planilhas colacionadas aos autos (docs. 4 e 5).

Explica que quando do retorno de armazenagem, algumas notas foram registradas com CFOP 1.949, e outras com CFOP 1.907. Nas notas fiscais de retorno de armazenagem não consta destaque de ICMS (doc. 6), contudo a filial registrou o crédito de acordo com a situação que constava no cadastro do produto. O valor de R\$ 135.651,70 se refere ao imposto relativo às notas de retorno de armazenagem escrituradas com o CFOP 1.907. Já o valor de R\$ 555.638,37 se refere às NF de retorno de armazenagem escrituradas com o CFOP 1.949.

Apresenta uma planilha, na qual consta que pagou imposto a mais, no valor de R\$ 311.624,85, tudo como consequência do equívoco acima descrito, não cabendo, desta forma, a conclusão do autuante de que ocorreu o crédito indevido.

Após transcrever trecho do voto proferido na Decisão recorrida, acrescenta que a Conseil Gestão de Transporte e Serviços Ltda., à época, não era depósito fechado e nem armazém geral,

conforme extrato de consulta ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica que apresenta. Frisa que esse fato é de extrema relevância para a regularidade das operações efetuadas. Salienta que a sua conduta está em conformidade com a legislação que rege o ICMS. Sustenta que, tendo sido a operação de remessa tributada, obviamente os retornos devem também ser tributados. Aduz que na maioria das notas fiscais que acobertaram o retorno das mercadorias houve destaque do imposto e, portanto, tem direito ao crédito fiscal correspondente, nos termos do art. 155, §2º, I, da Constituição Federal, cujo teor transcreveu. Para embasar seus argumentos, cita fartas doutrina e jurisprudência acerca do princípio da não cumulatividade, bem como transcreve dispositivos da Lei Complementar nº 87/96 e do CTN.

No que tange 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 compreendia, 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 (doc. 7).

Diz que, apesar 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.

Afirma 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 (art. 33, II, “b”, da LC nº 87/96 c/c art. 93, II, “a”, do RICMS/97).

Em relação às Infrações 10 e 21, 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 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%*”. Frisa que no corpo das notas há o próprio cálculo do desconto, sob a rubrica “*Desconto por Benefício Fiscal*”. Diz que, na eventualidade de haver pequenas divergências em relação a este percentual, não há que se falar em falta de repasse do desconto.

Quanto às Infrações 13 e 14, citando doutrina, jurisprudência e legislação, diz que, com a revogação do Conv. ICMS 66/98, pela edição da LC nº 87/1996, o instituto da diferença de alíquota foi excluído do ordenamento jurídico pátrio, não existindo amparo legal para a sua cobrança.

No que tange à Infração 17, afirma que, conforme se verifica na análise da planilha anexa ao Auto de Infração, o autuante considerou 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 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 (art. 4º). 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 (doc. 10). Dessa 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.

Relativamente às Infrações 18 e 20, 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. Diz que

algumas das microempresas 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. Sustenta 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. Cita o Parecer 11.918/2009. Aduz que caso se decida pela manutenção da infração, deve-se considerar a redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo Atacadista, aplicando-se a alíquota de 10%, e não a de 17%, como se pretende no Auto de Infração.

Quanto à Infração 26, reitera os argumentos referentes às Infrações 18 e 20. Diz que ao analisar o art. 353, I, RICMS/97, conclui que – realmente – haverá substituição tributária quando da realização de operações com pessoas não inscritas no Cadastro de Contribuintes de ICMS da SEFAZ/BA. Contudo, esta determinação não se aplica a si, uma vez que não realizou operações com pessoas não cadastradas na SEFAZ/BA. Tanto é assim que, conforme se verifica no próprio relatório fiscal anexo ao Auto de Infração, elaborado pela autoridade autuante, todas as operações foram realizadas com pessoas jurídicas inscritas.

Afirma que, caso não sejam canceladas as infrações, ainda sim é ilegal a exigência de multa, tendo em vista o disposto nos artigos 132 e 133 do CTN. Classifica como confiscatórias as penalidades aplicadas no Auto de Infração, inclusive aquelas geradas por descumprimento de obrigações principais (no patamar de 60%). Cita doutrina e jurisprudência.

Requer que todas as intimações, notificações, decisões e tudo mais que a este Auto de Infração se refira sejam encaminhadas ao seu patrono.

Solicita a realização de diligência, juntada de documentos, cancelamento das infrações e a exclusão das multas, seja por ausência de responsabilidade em face das condutas supostamente praticadas pela Perdigão Agroindustrial S/A antes da incorporação, seja pelo caráter abusivo e confiscatório. Pleiteia, ainda, provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Ao exarar o Parecer às fls. 2.176 a 2.188, o ilustre representante da PGE/PROFIS, referindo-se às Infrações 1 e 3, transcreve o disposto no art. 155, §2º, I, da Constituição Federal, discorre sobre o princípio da não cumulatividade. Afirma que o aproveitamento de crédito sobre todas as mercadorias adquiridas para o desenvolvimento da atividade industrial das empresas não possui amparo constitucional. Diz que a não cumulatividade dos créditos de ICMS está assegurada constitucionalmente apenas às mercadorias que têm destinação comercial, e não aos bens de capital, sem qualquer propósito de revenda a terceiros. Cita doutrina e jurisprudência. Menciona que não é possível a utilização de crédito fiscal referente à utilização de energia elétrica, pois o recorrente não é indústria, não havendo que se falar em produção e, tampouco, os serviços foram prestados por este, mas sim por terceiros. Conclui que não merece amparo a tese recursal relativamente a esses itens, sendo passíveis de crédito tão-somente os bens que entrem em contato direto com o produto objeto da nova fase de circulação econômica do bem em direção ao consumo e, igualmente, integrem o produto final ou, doutra forma, sejam consumidos total e imediatamente na fase anterior de circulação do bem.

Relativamente às Infrações 2 e 4, afirma que o argumento recursal não merece acolhimento, pois as operações de remessa de mercadorias para depósito, seja do recorrente, seja de terceiros, não é fato subsumido ao arquétipo do ICMS, conforme jurisprudência que reproduz. Conclui que, como não há fato imponível para o ICMS, não há o que se falar em crédito decorrente destas operações.

No que tange às Infrações 10 e 21, diz que apesar de restar descrito nas notas fiscais os descontos, as reduções não foram efetivadas e, assim, não foram preenchidos os requisitos regulamentares para a fruição do benefício.

Quanto às Infrações 13 e 14, afirma que não se sustenta a tese recursal segundo a qual não se poderia exigir o ICMS correspondente à diferença de alíquota, por ausência de regulamentação no texto constitucional. Apesar de transcrever o disposto no art. 155, §2º, VI, VII e VIII, da Constituição Federal, destaca que sem margem de dúvida estamos diante de uma norma autoaplicável, revestida de todos os elementos necessários à sua executividade, prescindindo, portanto, de qualquer norma integradora superveniente para a sua imediata e integral aplicação. Aduz que o art. 13, I, “j”, da Lei Estadual nº 7.014/96, expressamente prevê a cobrança da diferença de alíquota, estando este comando legal vigente, não cabendo ao CONSEF discutir a constitucionalidade desse dispositivo legal. Cita jurisprudência, para embasar seus argumentos.

Relativamente às Infrações 18 e 20, diz que está pacificado no CONSEF e na jurisprudência o entendimento de que somente uma declaração de inaptidão superveniente à operação de circulação de mercadoria seria capaz de maximizar o princípio da boa-fé, sendo a verificação da aptidão do outro sujeito da relação comercial um ônus do contribuinte, sob pena de arcar com o possível imposto decorrente de uma situação de inaptidão preexistente à operação comercial.

Ao finalizar, o ilustre parecerista opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

É objeto do Recurso de Ofício a Decisão de Primeira Instância que julgou as Infrações 5 e 25, respectivamente, nula e improcedente.

A razão da decretação, de ofício, da nulidade da Infração 5 foi o fato de o autuante ter incluído nesse item do lançamento prestações de serviços de transporte cuja retenção do imposto estava comprovada, bem como prestações atinentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e no regime normal de tributação.

Da análise dos documentos probantes trazidos na defesa (fls. 1.793 a 1.837), verifica-se que na infração em comento foram arroladas prestações de serviço de transporte cujo ICMS incidente sobre o frete foi devidamente retido. Também se constata que há prestações relacionadas a mercadorias enquadradas no regime normal, situação em que não é vedado o direito ao correspondente crédito fiscal.

Dessa forma, foi acertada a fazer na Decisão recorrida, pois está clara a insegurança na determinação da infração e do montante devido.

Decidiu a primeira instância pela improcedência da Infração 25 – falta de recolhimento de ICMS por ter praticado operação tributável como não tributável –, tendo em vista que o recorrido comprovou que se tratava de saídas de produtos deteriorados e que efetuara o estorno do crédito fiscal correspondente.

Foi acertada a Decisão recorrida, pois os documentos trazidos na defesa comprovam a veracidade da alegação defensiva, tendo sido esse fato expressamente reconhecido pelo autuante na informação fiscal, quando sugeriu que esse item do lançamento fosse julgado improcedente.

Em face ao acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Adentrando no Recurso Voluntário, saliento que os argumentos trazidos em fase recursal são basicamente os mesmos apresentados quando da defesa inicial.

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade das Infrações 18, 20 e 26, sob o argumento de que não há prova de que, à época das operações, as empresas adquirentes estavam inaptas.

Afasto essa arguição de nulidade, pois os documentos de fls. 1043 a 1135 comprovam que os contribuintes discriminados nesses itens do lançamento estavam, à época dos fatos relacionados nas infrações em comento, na condição de inaptos.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões.

Adentrando no mérito, passo a apreciar os argumentos recursais atinentes à Infração 1, a qual trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de combustíveis e lubrificantes, empregados como materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento, conforme o demonstrativo de fls. 57 a 65.

De acordo com o extrato do INC – Informações do Contribuinte, acostado à fl. 34, o recorrente tem como atividade econômica o “*Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral*”. Assim, os combustíveis e lubrificantes de que trata a infração em comento não foram destinados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação de serviço de transporte. Dessa forma, alinhando-me ao posicionamento defendido pelo ilustre representante da PGE/PROFIS, considero que os combustíveis e lubrificantes são classificados como materiais de uso e consumo do próprio contribuinte e, nessa condição, dentro da legislação vigente à época dos fatos, não é permitido ao recorrente o aproveitamento do crédito fiscal relativo às aquisições elencadas na autuação.

O recorrente alega que os combustíveis são indispensáveis à consecução de seus objetivos sociais e foram utilizados no transporte de mercadorias, tendo sido esse serviço de transporte efetuado por terceiros. Esses argumentos não elidem a infração, pois, para a situação descrita, não há previsão legal que ampare o aproveitamento do crédito fiscal em tela por parte do recorrente, não obstante as respeitáveis doutrina e jurisprudência trazidas à colação.

Os argumentos recursais atinentes a peças de reposição das máquinas, brocas, correias, discos de corte, rolamentos, gás liquefeito de petróleo, luvas, botas, máscaras etc. também não se mostram não se mostram capazes de modificar a Decisão recorrida, pois são elementos totalmente estranhos à infração em comento, a qual trata apenas de combustíveis e lubrificantes.

Afirma o recorrente que parte das operações é destinada ao exterior, o que lhe assegurava a manutenção e o aproveitamento do tributo cobrado nas operações anteriores. Conforme foi bem salientado na Decisão recorrida, esse argumento não é capaz de elidir a infração, haja vista que não restou comprovada a realização das alegadas exportações.

Em face ao acima exposto, foi acertada a Decisão de primeira instância quanto à Infração 1, a qual subsiste integralmente.

Quanto às Infrações 2 e 4 – utilização de crédito fiscal oriundo de retorno simbólico de mercadorias encaminhadas para depósito/armazém neste Estado –, inicialmente, há que se ressaltar que a Conseil Gestão de Transportes e Serviços Ltda., conforme o comprovante de inscrição e de situação cadastral trazido ao processo na fase recursal comprova que dentre as atividades econômicas secundárias recebia em depósito mercadorias de terceiros. Esse fato está em perfeita consonância com os documentos fiscais emitidos pelo recorrente com o CFOP 5.905, e com os retornos acobertados por notas fiscais com CFOP 1.907. Dessa forma, fico convicto que o recorrente enviou mercadorias para depósito na Conseil Gestão de Transportes e Serviços Ltda., a qual recebeu as mercadorias em depósito.

Tendo em vista que as remessas relacionadas nas infrações em comento eram internas, as saídas para depósito fechado e para armazém geral em nome do remetente eram efetuadas sem a incidência do imposto e, consequentemente, o retorno também se dava sem destaque do imposto.

Caso algum valor tenha sido recolhido indevidamente, esse indébito poderá ser objeto de pedido de restituição, obedecidos os requisitos e procedimentos previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Dessa forma, as Infrações 2 e 4 subsistem integralmente, não havendo reparo a fazer na Decisão de primeira instância.

Relativamente à Infração 3 – utilização de crédito fiscal atinente a aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias –, o recorrente alega que industrializava produtos fabricados pela sua matriz. Apresenta laudo técnico para embasar sua tese.

De acordo com o extrato do INC – Informações do Contribuinte – acostado à fl. 34, o recorrente tem como atividade econômica o “Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral”. Não se trata, portanto, de um estabelecimento industrial. O laudo técnico apresentado na defesa não possui o condão de modificar a atividade econômica do estabelecimento. Ademais, como bem ressaltou o autuante na informação fiscal, os documentos fiscais emitidos pelo recorrente no período abarcado pela ação fiscal comprovam que o estabelecimento não efetuava industrialização.

Tendo em vista que o recorrente no período em questão não efetuava industrialização e que a energia elétrica de que trata a infração em comento não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 93, II, “a”, do RICMS-BA/97, com a redação vigente à época dos fatos, foi correto o procedimento do autuante e, portanto, não há reparo a fazer na Decisão recorrida quanto a esse item do lançamento.

No tocante às Infrações 10 e 21 – erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – afirma o recorrente que repassou aos adquirentes o valor correspondente ao benefício resultante da aplicação da alíquota de 7% em vez de 17%.

Examinando as notas fiscais acostadas aos autos (fls. 832 a 1.042), não vislumbro a comprovação do argumento recursal. As notas fiscais emitidas com a alíquota de 7% e acostadas ao processo na defesa não foram incluídas na exigência fiscal.

Na ação fiscal, o autuante elaborou demonstrativos analíticos indicando a apuração dos valores exigidos. Nos termos do art. 143, do RPAF/99, cabia ao recorrente comprovar a improcedência da autuação, apresentando as notas fiscais relacionadas na autuação comprovando que atendeu os requisitos previstos na legislação para a utilização da alíquota de 7% em vez de 17%. Como o recorrente não comprovou a improcedência da autuação, as Infrações 10 e 21 subsistem em sua totalidade, conforme decidiu a primeira instância.

Sobre as Infrações 13 e 14, o recorrente argumenta que a exigência do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais não possui amparo legal.

Essa tese recursal carece de sustentação, pois, conforme foi bem explicado no opinativo da PGE/PROFIS, o disposto no art. 155, §2º, VI, VII e VIII, da Constituição Federal, está revestido de todos os elementos necessários à sua executividade. Em conformidade com esse dispositivo constitucional, a Lei Estadual nº 7.014/96, no seu art. 13, I, “j”, prevê a cobrança da diferença entre as alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Como foi bem ressalto na Decisão recorrida, não cabe a este colegiado apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade desse dispositivo legal. Dessa forma, as infrações em comento são subsistentes e, portanto, foi correto o posicionamento da primeira instância.

No que diz respeito à Infração 17 – falta de estorno de crédito fiscal no valor correspondente à parte proporcional da redução da base de cálculo –, o recorrente argumenta que o autuante considerou todas as operações internas do período para fins de determinação do estorno, quando deveria ter desconsideradas as saídas para microempresas e empresas de pequeno porte.

Esse argumento recursal está em desconformidade com o demonstrativo *TERMO DE ACORDO - DEC. 7.799 - ESTORNO DE CRÉDITO - Proporcionalidade das saídas, de mercadorias vinculadas à operação subsequente, destinadas a contribuintes inscritos ativos com redução e das operações sem redução*. Esse demonstrativo, do qual o recorrente recebeu cópia conforme o recibo de fl. 31, comprova que no cálculo do estorno foram segregadas as operações de saídas com redução da base de cálculo das operações que ocorreram sem redução. Assim, a Infração 17 é subsistente.

Quanto às Infrações 18, 20 e 26 – utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo, erro na aplicação da alíquota nas operações de saídas para contribuintes inaptos e falta de retenção do imposto nas vendas para contribuintes inaptos –, o recorrente argui a nulidade da autuação, sendo que essa preliminar já foi afastada no início deste voto.

No mérito dessas infrações, o recorrente sustenta que ainda que os destinatários estivessem inaptos, desconhecia esse fato, tendo agido de boa-fé quando emitiu os documentos fiscais.

Esse argumento recursal não se mostra capaz de elidir as infrações, haja vista que o recorrente, na condição de vendedor, estava obrigado a verificar a regularidade cadastral dos adquirentes das mercadorias, nos termos do art. 181 do RICMS-BA.

No que tange à aplicação da redução da base de cálculo, o pleito recursal não pode ser atendido, pois a referida redução só é cabível nas operações de saídas destinadas a contribuintes devidamente inscritos e que se encontrem em situação regular junto à SEFAZ.

O recorrente alega que os dados dos contribuintes constantes nos cadastros da SEFAZ não estão atualizados, porém essa assertiva não elidem as infrações, uma vez que não restou comprovada.

Em face ao acima exposto, as Infrações 18, 20 e 26 subsistem integralmente.

As multas indicadas no Auto de Infração são as previstas na Lei nº 7.014/96 para as irregularidades apuradas, não se incluindo na competência deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 125, I, do da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

No que tange ao processo de incorporação, ressalto que esse fato não desonera o autuado do pagamento das multas previstas para as irregularidades apuradas, uma vez que o incorporador assume os ativos e passivos do incorporado. Ademais, há que se ressaltar que as exigências fiscais dizem respeito a fatos geradores ocorridos junto ao incorporado em decorrência do descumprimento de obrigação principal.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298616.0003/10-0, lavrado contra PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A. (BRF BRASIL FOODS S/A), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$1.938.271,80, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.033.254,07, 70% sobre R\$213.727,66 e 150% sobre R\$691.290,07, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f” e VII, alíneas “a” e “b”, III e V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$691,77, 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. Representa-se à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal relativa à Infração 5.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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