

**PROCESSO** - A. I. Nº 298616.0005/10-3  
**RECORRENTES** - PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDOS** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A.  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0238-04/11  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 30/10/2012

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0335-11/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO. VALOR PROPORCIONAL. a.1) ENTRADAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES SE DERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. a.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 operações de saídas para empresas cadastradas como não contribuinte, contribuinte especial, contribuinte inapto, microempresa ativa e microempresa cancelada. Infrações 6 e 17 caracterizadas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Ao contrário do que afirmou o impugnante, o instituto da diferença de alíquotas não foi revogado pela Lei Complementar nº 87/96, a teor dos arts. 5º, I, e 69, do 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 INAPTO. Os documentos cadastrais informam a situação de “Inaptos” dos destinatários à época das operações relacionadas na autuação. Infração caracterizada. b) UTILIZAÇÃO IRREGULAR DOS BENEFÍCIOS ORIGINADOS DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. O contribuinte autuado não repassou o desconto aos destinatários na forma prevista no art. 51, I, “c”, do RICMS/97, em relação às mercadorias cuja carga tributária nas operações internas equivale a 7%. Embora fugindo ao regulamentado, tal procedimento não representou prejuízo ao Erário. Infração descaracterizada. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. APLICAÇÃO DE 7% NAS VENDAS PARA MICROEMPRESA E EPP INAPTO. Os documentos cadastrais informam situação de “Inaptos” dos destinatários à época das operações relacionadas na autuação. Infração caracterizada. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RETENÇÃO DE ICMS NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS A CONTRIBUINTES NA CONDIÇÃO CADASTRAL DE “INAPTO”. Os documentos cadastrais informam

situação de “Inaptos” dos destinatários à época das operações relacionadas na autuação. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de exclusão das multas. Recurso de Ofício NÃO CONHECIDO, em face da regra prevista no artigo 3º do Decreto nº 13.997, de 17 de maio de 2012. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado para imputar ao contribuinte o cometimento de vinte infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício a imputação 9, e do Recurso Voluntário, as infrações 3, 5, 6, 11, 14 e 17, da peça inicial da autuação, conforme a seguir descrito:

**INFRAÇÃO 3** – 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 livro Registro de Apuração de ICMS 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.

Consta, ainda, 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 5** – Recolhimento a menos do imposto em razão da utilização indevida da redução da base de cálculo. O autuado é beneficiário da redução de base de cálculo de 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 6** – 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.

Consta que, em função de ser signatário do Termo de Acordo de Atacadista, com saídas com redução de 41,176%, equivalente a uma carga tributária 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 9** – Recolhimento a menos do ICMS 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 utilizando o benefício do Decreto nº 7.466/1998 em vendas para microempresas com desconto inferior ao determinado no próprio decreto, significando que não houve o repasse da quantia correspondente a 10% sobre o valor comercial para o adquirente da mercadoria, apesar de aplicar a alíquota de 7%, específica para o segmento em situação regular.

**INFRAÇÃO 11** – Recolhimento a menos do ICMS 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 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 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 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.

A Junta de Julgamento dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

*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 constitucionalidade 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 ensejam 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 subsequentes.*

*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 subsequentes 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 constatam 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 deficiente 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.*

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando que a exigência fiscal consubstanciada na infração 3 é improcedente, haja vista que não há previsão legal para a cobrança do imposto estadual em razão da diferença de alíquotas.

Argumenta que o Convênio ICM 66/88 previa a exigência da diferença de alíquotas do ICMS incidente na aquisição, por consumidor final, contribuinte do imposto, de bens oriundos de outro estado para fins de uso, consumo ou integração ao ativo fixo da pessoa jurídica, entretanto, com a revogação do citado convênio pela edição da Lei Complementar nº 87/96, o instituto do diferencial de alíquota foi excluído do ordenamento jurídico pátrio, não encontrando mais amparo legal a sustentar sua exigência, uma vez que a Lei Complementar foi silente quanto à possibilidade de cobrança da diferença de alíquotas em casos de aquisição de mercadorias provenientes de outro Estado. Transcreveu diversos julgados do Poder Judiciário para embasar a sua tese

Aduz que a inexistência de previsão legal para a exigência da diferença de alíquotas é ratificada, também, pela falta de previsão no artigo 12 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece o momento de ocorrência do fato gerador do ICMS.

Acrescenta que, em que pese à possibilidade de cobrança do ICMS nessa situação estar genericamente prevista no artigo 155, § 2º, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, referida disposição se enquadra como norma de eficácia limitada, uma vez que está inserida nas previsões constitucionais gerais acerca do ICMS, exigindo-se, nos moldes dos artigos 146, inciso III, alínea "a", e 155, § 2º, inciso XII, da CF/88, a edição de lei complementar para que possa haver a sua aplicabilidade. Transcreveu o posicionamento do jurista Hugo de Brito Machado.

Suscita a nulidade das infrações 5 e 11, pois entende que não estão acompanhadas de prova contundente de que, à época das operações, as empresas destinatárias das mercadorias encontravam-se inaptas.

Se esse não for o entendimento deste CONSEF, argumenta que os débitos são improcedentes, tendo em vista que agiu de boa fé quando da emissão dos documentos fiscais, desconhecendo qualquer irregularidade em relação a seus clientes, pelo que não pode ser sujeito à aplicação de penalidade. Afirma que realiza um grande número de operações e, dessa forma, não lhe é possível verificar diariamente a situação cadastral de seus clientes. Transcreveu a jurisprudência a respeito da boa fé dos vendedores.

Alega, ainda, que a legislação do ICMS da Bahia não vincula o destaque do imposto na nota fiscal, para microempresas e empresas de pequeno porte, à situação do contribuinte perante o Estado, mas apenas que o destinatário esteja inscrito como tal no cadastro estadual. Transcreve o artigo 51, inciso I, alínea 'c', do RICMS/BA e aduz que, independentemente da situação cadastral das microempresas e das empresas de pequeno porte, fato é que, nos termos da legislação, se as empresas estiverem cadastradas como tais, a emissão da nota fiscal deve se dar com o destaque de ICMS à alíquota de 7%.

Argumenta que eventuais problemas que as microempresas e as empresas de pequeno porte estejam enfrentando com o fisco não são oponíveis a outros contribuintes, ainda mais quando não há prova de tal fato, conforme se manifestou expressamente o Governo do Estado da Bahia, ao emitir o Parecer nº 11.918/2009 em relação a consulta formulada por outro contribuinte.

Ressalta que os cadastros da SEFAZ não são constantemente atualizados, sendo possível que, em uma consulta cadastral, conste que um contribuinte está absolutamente regular e, apenas depois, como ocorreu no presente caso, se descubra que ele estava com alguma pendência.

Por fim, alega que firmou Termo de Acordo Atacadista com o Estado da Bahia, nos termos do Decreto nº 7.799/00, segundo o qual nas operações de saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias será reduzida em 41,176%, o que implica, na prática, uma redução da carga incidente sobre a operação para 10%.

Reconhece que o referido benefício não é aplicável nas vendas para microempresas e empresas de pequeno porte, haja vista que, para estas operações há alíquota específica, contudo, diz que *"considerando que a autoridade fiscal entendeu que as microempresas e empresas de pequeno porte estavam inaptas como tais, e que seriam inaplicáveis as alíquotas normais às operações,*

*deve-se entender que as mercadorias foram vendidas para empresas apenas cadastradas perante a SEFAZ, sendo, portanto, aplicável o Termo de Acordo Atacadista” e a redução da base de cálculo prevista no Termo de Acordo, isto é, “a alíquota de 10%, e não a de 17%”.*

Afirma que a infração 6 é improcedente, porque o autuante não excluiu as vendas para empresas cadastradas na SEFAZ como “microempresas e empresas de pequeno porte”, operações com alíquota de 7% em que não se aplicam as disposições do Decreto nº 7.799/00, inclusive as que tratam do estorno de crédito (consoante o previsto nos artigos 4º e 5º, do citado Decreto c/c o artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97).

Salienta que recebe mercadorias transferidas de Goiás e Pernambuco com alíquota de 12% e essas mesmas mercadorias entram também por transferência de unidades localizadas nas regiões Sul e Sudeste (alíquota de 7%) e, dessa forma, poderia simplesmente estornar 2% de todas as entradas com alíquota de 12%. Entretanto, diz que não procedia dessa forma, porque parte das vendas era efetuada para clientes enquadrados no SimBahia, à alíquota de 7%, sem previsão de estorno de crédito. Demonstra, de forma detalhada, os passos que adotava para apurar os estornos de crédito.

Por fim, diz que, como na legislação do ICMS da Bahia não há qualquer determinação de estorno na realização de operações com alíquota de 7% para microempresas e empresas de pequeno porte (o artigo 100 do RICMS/97 refere-se a operações com redução de base de cálculo), conclui-se que são improcedentes as supostas infrações imputadas, haja vista que a autoridade fiscal realizou estornos não previstos na legislação aplicável a matéria.

Pede a improcedência da infração 14, alegando que o artigo 353, inciso I, do RICMS/97 em que se baseou a fiscalização prevê que haverá substituição tributária quando da realização de operações com pessoas não inscritas no cadastro de contribuintes de ICMS, porém essa determinação não se aplica ao caso, haja vista que somente realizou operações com pessoas cadastradas na SEFAZ/BA, como se observa nos demonstrativos elaborados pelo autuante que indica os números de inscrição estadual dos destinatários.

Por fim, salienta que esta imputação é análoga às de nºs 18 e 20 e reitera as mesmas razões aduzidas na impugnação à infração 11:

1. *“a nulidade da autuação, diante da insuficiência dos documentos apresentados no Auto de Infração;*
2. *a realização das operações dentro dos ditames da boa-fé contratual, o que exclui a responsabilidade da Impugnante (entendimento STJ);*
3. *que a inaptidão dos adquirentes de mercadorias não implica em responsabilização da Impugnante, pois esta não tem como saber a situação cadastral em que o contribuinte se encontra (Parecer 11.918/2009).”*

Argumenta que a infração 17 também é improcedente, porque não tem a obrigação de estornar o crédito acima de 10% nas operações objeto da autuação, uma vez que se trata de devoluções de vendas em operação interestadual e não de aquisições de mercadorias como apontado pelo autuante. Conclui que, se a saída ocorreu à alíquota de 12%, o crédito por ocasião da devolução (entrada) deve ser feito pela mesma alíquota, anulando-se o débito.

Observa, ainda, que o presente Auto de Infração, em sua totalidade, refere-se a fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2008 praticados pela empresa Perdigão Agroindustrial S/A, a qual foi incorporada pela Perdigão S/A em 09/03/09, conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Perdigão Agroindustrial S/A, e informa que a Perdigão S/A, por sua vez, alterou sua denominação social para BRF – Brasil Foods S/A em 08/07/09.

Desse modo, alega que, como a multa aplicada é posterior à mencionada incorporação e os fatos que ensejaram a aplicação da multa dizem respeito a situações anteriormente realizadas, é ilegal a exigência de multa, tendo em vista o disposto nos artigos 132 e 133 do Código Tributário

Nacional e nos julgamentos que transcreve do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho de Contribuintes no âmbito federal, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Finalmente, requer sejam excluídos os valores exigidos a título de multa.

Na eventualidade de prevalecer entendimento contrário ao exposto anteriormente, o que admite apenas para fins de argumentação, pede que se afaste a aplicação das multas que correspondem a 60% do tributo exigido, pois são manifestamente confiscatórias. Discorre sobre o Princípio do Não Confisco, transcreve decisões judiciais e o entendimento de juristas para embasar seu pedido.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo não acolhimento das razões recursais, com a seguinte fundamentação:

Em relação à infração 3, porque a diferença de alíquotas está prevista na Constituição Federal (artigo 155, inciso II, e seu § 2º, incisos VII e VIII) e na legislação tributária baiana, conforme o artigo 2º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96.

Quanto às infrações 5 e 11, pois o autuante trouxe aos autos o histórico de todos os adquirentes nas operações relacionadas no Auto de Infração (fls. 262 a 331), comprovando a irregularidade das inscrições no período das referidas operações.

Ademais, segundo o artigo 181 do RICMS/BA, o contribuinte é responsável pela verificação da regularidade cadastral dos demais contribuintes com os quais promover transação comercial e o benefício previsto no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 “*está condicionado a que as operações sejam realizadas com contribuintes inscritos regularmente como microempresas ou EPP.*”

Em referência à infração 6, porque os artigos 4º e 5º do Decreto nº 7.799/00 vedam a redução da base de cálculo nas operações já contempladas com qualquer mecanismo ou incentivo que implique redução da carga tributária.

Relativamente à infração 14, haja vista que é obrigação do remetente, ora autuado, reter e recolher o ICMS devido por substituição tributária nas operações com contribuintes inaptos, não sendo razoável a alegação recursal de que contribuinte inapto não pode ser considerado não inscrito, uma vez que a condição de inaptidão retira da empresa a sua condição indispensável de regularidade fiscal, devendo, assim, ser considerada não inscrita.

Concernente à infração 17, considera acertada a autuação, ao exigir o estorno do crédito fiscal no retorno das mercadorias, tendo em vista que o ônus tributário do autuado nas saídas foi equivalente a uma carga tributária de 10% e não de 12%, que foi o percentual creditado por ocasião da devolução das mercadorias.

Prossegue dizendo, no que se refere às multas, que o entendimento vigente no Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe atualmente a interpretação de norma federal (caso do CTN), é no sentido de que a empresa sucessora é responsável pelos débitos tributários, aí incluindo as multas punitivas e moratórias, já constituídos e por serem constituídos. Transcreve decisões para embasar seu posicionamento. Por fim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou-se impedido de discutir e votar neste processo administrativo fiscal, tendo em vista que atuou como julgador na Primeira Instância, nos termos do artigo 40, §§ 1º e 3º, do Regimento do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99.

## VOTO

O Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão de primeiro grau no que se refere às infrações 3, 5, 6, 11, 14 e 17, do Auto de Infração.

Deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente em relação às infrações 5 e 11, uma vez que o autuante acostou às fls. 263 a 331 diversos documentos sobre a situação cadastral dos adquirentes das mercadorias nas operações de saída realizadas pelo autuado, não havendo que se falar em cerceamento ao direito de defesa. Ademais, o recorrente não apontou objetivamente quais as notas fiscais que deveriam ser excluídas do levantamento em razão de não estar, a ação fiscal, amparada em documentos comprobatórios.

No mérito, verifico que, na infração 3, o ICMS foi exigido em razão da diferença de alíquotas nas entradas interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado do contribuinte.

A alegação recursal, de que não seria possível a cobrança do ICMS por não haver previsão na Lei Complementar nº 87/96, não encontra ressonância na jurisprudência deste CONSEF. A diferença de alíquotas está prevista no artigo 155, § 2º, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, e na Lei nº 7.014/96, nos dispositivos a seguir transcritos:

**Art. 2º** O ICMS incide sobre:

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

**Art. 4º** Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

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

Como visto acima, a legislação prevê a obrigação de ser feito o pagamento da diferença de alíquotas do ICMS por ocasião da entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. O recorrente não contestou os valores indicados no lançamento de ofício e, por isso, mantenho a Decisão recorrida pela procedência da autuação.

Nas infrações 5, 11 e 14 o ICMS é exigido em relação a operações de saídas de mercadorias realizadas pelo sujeito passivo, no exercício de 2008, para contribuintes “inaptos” (inscrição baixada ou suspensa) no cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em decorrência, respectivamente, de: a) utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo previsto no Decreto nº 7.799/00; b) aplicação errônea da alíquota de 7% inserida no artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97; c) falta de retenção e recolhimento do imposto nas operações de saídas de produtos enquadrados na substituição tributária, consoante o artigo 353, inciso I, do RICMS/BA.

O artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelece o seguinte:

**Art. 1º** Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento: (grifos não originais)

Assim, para que possa aplicar a redução da base de cálculo inserida no dispositivo acima transscrito (o que redonda em carga tributária de 10%), o contribuinte deve atender aos requisitos ali determinados, isto é, somente poderá aplicar a redução de base de cálculo:

1. nas operações de saídas internas de determinadas mercadorias cujos códigos de atividades estão relacionados nos itens 1 a 16 do anexo ao Decreto referido;
2. nas operações de saídas internas promovidas por estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS sob os códigos de atividades constantes no Anexo Único do Decreto;

3. nas operações de saídas internas destinadas a **contribuintes inscritos** no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia;
4. desde que o valor global das operações de saídas com os requisitos acima previstos corresponda a um percentual mínimo do faturamento determinado no próprio Decreto nº 7.799/00.

O autuante retirou, do alcance das operações de saídas internas realizadas pelo recorrente em determinados meses, as operações destinadas a não contribuinte ou a contribuintes inaptos, conforme os documentos anexados às fls. 263 a 331, considerando que, se o contribuinte encontrava-se inapto no cadastro de contribuintes, é como se ali não estivesse inscrito. A tributação deveria ter sido feita pelo recorrente sem a redução de base de cálculo e, por essa razão, mantendo a Decisão recorrida, pela procedência do débito indicado no item 5 do Auto de Infração.

O RICMS/97 prevê o seguinte, em seu artigo 51, inciso I, letra “c”:

*Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

*I - 7% nas operações com:*

*c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo); (grifos não originais)*

Do mesmo modo, para que seja possível aplicar a alíquota de 7%, o estabelecimento vendedor deve se certificar que os adquirentes se encontram inscritos no cadastro de contribuintes da Bahia como microempresas ou empresas de pequeno porte. A inaptidão na inscrição estadual (consoante os documentos de fls. 263 a 331) retira da empresa a regularidade cadastral devendo ser considerada, então, como não inscrita. Correta a Decisão recorrida, pela procedência da infração 11 do lançamento de ofício.

O RICMS/97 dispõe o seguinte, em seu artigo 353, inciso I:

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto; (grifos não originais)*

Assim como nas imputações precedentes, os adquirentes das mercadorias vendidas pelo autuado encontravam-se inaptos no cadastro estadual do ICMS (de acordo com os documentos de fls. 263 a 331), sendo considerados, portanto, como não inscritos. Nessa hipótese, deveria o recorrente ter feito a retenção e o recolhimento do imposto por substituição tributária. Correta a Decisão recorrida, pela procedência da infração 14 do lançamento de ofício.

Na infração 6 o ICMS foi exigido em razão da falta de estorno de crédito correspondente a 2% quando do ingresso de mercadorias por transferência de outros Estados com alíquota de 12%, proporcional à carga tributária de 10% nas operações de saídas (Decreto nº 7.799/00).

A alegação recursal, de que o autuante não teria excluído as vendas para empresas cadastradas na SEFAZ como “*microempresas e empresas de pequeno porte*” (com alíquota de 7%), não pode ser acatada.

Examinando os demonstrativos trazidos aos autos (impressos às fls. 79 a 91 e em CD), constatei que o preposto fiscal somente levou em consideração as entradas tributadas à alíquota de 12% e as saídas de mercadorias efetuadas com a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, excluindo as vendas para empresas cadastradas como não contribuinte, contribuintes

inscritos como especial, contribuintes inaptos, microempresas ativas e microempresas canceladas. Mantida, portanto, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência da autuação.

Na imputação 17 o imposto estadual está sendo cobrado nas entradas, por devolução, em decorrência da utilização de crédito fiscal em montante superior à carga tributária incidente nas operações de saídas de mercadorias para outros estados da Federação.

O artigo 2º do Decreto nº 7.799/00 tem a seguinte redação:

*Art. 2º O contribuinte beneficiado com o tratamento previsto no artigo anterior poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único deste decreto.*

A Decisão da primeira instância, pela procedência do débito lançado, está correta. Se nas operações interestaduais de saídas de mercadorias o contribuinte utilizou o crédito presumido de 16,667%, de modo que a carga tributária fosse equivalente a 10%, é óbvio que, havendo anulação da venda, o crédito deve ser lançado no valor correspondente ao tributo incidente sobre a operação originária (no caso, de saída com carga tributária de 10%).

O recorrente ainda alegou que as multas não deveriam ser aplicadas, pois os fatos geradores ocorreram entre janeiro e dezembro de 2008 e foram praticados pela empresa Perdigão Agroindustrial S/A, a qual foi incorporada pela Perdigão S/A em 09/03/09, que, por sua vez, alterou sua denominação social para BRF – Brasil Foods S/A em 08/07/09, empresa ora autuada.

Segundo a representante da PGE/PROFIS e as decisões transcritas, o entendimento vigente no Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe atualmente a interpretação de norma federal (caso do CTN), é no sentido de que a empresa sucessora é responsável pelos débitos tributários, aí incluindo as multas punitivas e moratórias, já constituídos e por serem constituídos.

Veja-se, a respeito, a Decisão do Superior Tribunal de Justiça transcrita abaixo no REsp nº 923012/MG com tramitação pelo rito dos Recursos Repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil):

*REsp 923012 / MG - RECURSO ESPECIAL: 2007/0031498-0  
Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) - Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO  
Data do Julgamento 09/06/2010 - Data da Publicação/Fonte - DJe 24/06/2010*

*Ementa: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N.º 87/96. MATÉRIA DECIDIDA PELA*

*1ª SEÇÃO, NO RESP 1111156/SP, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.*

*1. A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes: REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990) (grifos não originais)*

*2. (...) A hipótese de sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra "roupagem institucional". Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. (Sacha Calmon Navarro Coêlho, in *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701)*

3. A base de cálculo possível do ICMS nas operações mercantis, à luz do texto constitucional, é o valor da operação mercantil efetivamente realizada ou, consoante o artigo 13, inciso I, da Lei Complementar n.º 87/96, "o valor de que decorrer a saída da mercadoria".

4. Desta sorte, afigura-se inconteste que o ICMS descaracteriza-se acaso integrarem sua base de cálculo elementos estranhos à operação mercantil realizada, como, por exemplo, o valor intrínseco dos bens entregues por fabricante à empresa atacadista, a título de bonificação, ou seja, sem a efetiva cobrança de um preço sobre os mesmos.

5. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento acerca da matéria, por ocasião do julgamento do Resp 1111156/SP, sob o regime do art. 543-C, do CPC, cujo acórdão restou assim ementado:

**TRIBUTÁRIO – ICMS – MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO – ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL – INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL – ART. 13 DA LC 87/96 – NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.**

1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.

2. A bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.

3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os "descontos concedidos incondicionais".

4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.

5. Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009. Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça. (REsp 1111156/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009)

6. Não obstante, restou consignada, na instância ordinária, a ausência de comprovação acerca da incondicionalidade dos descontos, consoante dessume-se do seguinte excerto do voto condutor do aresto recorrido.

7. Destarte, infirmar a Decisão recorrida implica o revolvimento fático-probatório dos autos, inviável em sede de Recurso especial, em face do Enunciado Sumular 07 do STJ.

8. A ausência de provas acerca da incondicionalidade dos descontos concedidos pela empresa recorrente prejudica a análise da controvérsia sob o enfoque da alínea "b" do permissivo constitucional.

9. Recurso especial desprovisto. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Por tais razões, afasto a alegação recursal entendendo que são devidos os valores lançados a título de penalidade.

Referente ao argumento de que as multas aplicadas são confiscatórias, ressalto que elas estão previstas na Lei nº 7.014/96 para as hipóteses aventadas neste Auto de Infração, não cabendo ao CONSEF a apreciação de argumentos relacionados à inconstitucionalidade da legislação estadual.

Quanto ao Recurso de Ofício relativo à infração 9, verifico que o valor desonerado pela Decisão recorrida foi inferior a R\$100.000,00. Dessa forma, deve ser aplicada a regra prevista no artigo 3º do Decreto nº 13.997, de 17 de maio de 2012, a seguir transcrita:

**Art. 3º - Não deverá ser apreciado Recurso de ofício de Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, referente a débito exonerado com montante em valor inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), interposto antes**

*da vigência do Decreto nº 13.537, de 19 de dezembro de 2011, em tramitação para julgamento na Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerada definitiva a Decisão de primeira instância.*

Ante o exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Recurso de Ofício interposto e NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298616.0005/10-3, lavrado contra PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, incisos II, alíneas “f”, “e” e “a”, VII, “a” e “b” e 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 artigo 42, XI, da citada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS