

**PROCESSO** - A. I. N° 298616.0002/10-4  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A.  
**RECORRIDOS** - PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0230-05/11  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 09/12/2021

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF N° 0330-12/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. Mercadorias caracterizadas como bens de uso ou consumo utilizados em atividades de comercialização. Não comprovadas as alegações de emprego como insumo em processo industrial e que tiveram saídas subsequentes tributadas como brindes. Infração 1. **c)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Comprovado que o contribuinte só estava obrigado a promover o estorno a partir da assinatura do Termo de Acordo de Atacadista ocorrido em 01/09/2006. Afastada a exigência relativa ao período de janeiro a agosto/2006, o que implicou na redução do débito. Acolhidas parcialmente as razões do recurso para dedução do valor recolhido a maior. Reduzido o débito da infração 16. Modificada a decisão recorrida do item 16. Mantido o valor julgado da infração 22. Infrações subsistentes em parte. **d)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA COMERCIALIZAÇÃO. Não comprovada a alegação de que foi empregada em processo industrial, vedada a utilização de crédito na atividade de comércio. Infração 3 subsistente. Mantida a decisão. **e)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS. SERVIÇOS DE TRANSPORTES INTRAMUNICIPAL. NULIDADE. Restou comprovado que não se refere a operações intramunicipais e sim interestaduais. Mudança no fulcro da acusação. Infração 5 nula. Mantida a decisão pela procedência das infrações 1 e 3, e nulidade da infração 5. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. A legislação do imposto prevê o pagamento da diferença de alíquota relativa às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso/consumo ou ativo fixo. Infração 7 Subsistente. Mantida a decisão. **6.** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **a)** UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DO DEC. N. 7466/98, COM DESCONTO INFERIOR AO PREVISTO. Não comprovado o repasse do desconto ao destinatário. Infração 12 subsistente. Mantida a decisão. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DO DEC. N. 7799/00 PARA VENDAS A CONTRIBUINTES INAPTO. Diligência fiscal comprova que os destinatários, na data das operações, encontravam-se em situação irregular no cadastro de contribuinte. Infração 17 subsistente.

Mantida a decisão. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** CONTRIBUINTES INAPORTOS. FALTA DE RETENÇÃO. Diligência fiscal comprova que na data da ocorrência das operações, os destinatários se encontravam em situação irregular no cadastro de contribuintes. Infração 21 subsistente. Mantida a decisão. **4. ALÍQUOTAS.** ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS ORIGINADOS DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. OPERAÇÕES COM CONTRIBUINTES CADASTRADOS COMO “INAPORTOS”. Diligência fiscal comprova que na data da ocorrência das operações, os destinatários se encontravam em situação irregular no cadastro de contribuintes. Infração 13 subsistente. Mantida a decisão. **7. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS.** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS EM RAZÃO DE ERRO NA APURAÇÃO. Restou comprovado que o valor remanescente julgado, foi recolhido e deve ser homologado com a quitação do auto de infração. Infração 25 procedente em parte. Mantida a decisão. **8. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES.** **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Lançamento efetuado sobre o valor de maior expressão monetária, o das saídas. Não configurada a exigência por meio de presunção. Apuração da base de cálculo em conformidade com a legislação do imposto. Infração 23procedente. **b)** SAÍDAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração 24 subsistente. Mantida a decisão pela procedência das infrações 23 e 24. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Não acolhido o pedido de afastamento das multas aplicadas. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso de Ofício. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão contida no Acórdão JJF nº 00230-05/11, relativo ao presente Auto de Infração, lavrado em 05/08/10, exigindo débito no valor de R\$ 1.473.155,78 (2006), relativo ao cometimento de vinte e cinco infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1, 3, 7, 12, 13, 17, 21, 23 e 24, julgadas procedentes, e infrações 16, 22 e 25 julgadas procedentes em parte, e de Recurso de Ofício interposto pela Fazenda Pública, em conformidade com o art. 169, I, “a” do RPAF/BA, face à desoneração total dos valores exigidos na infração 5, e parcial das infrações 16, 22 e 25, sendo objeto dos recursos as infrações:

1. *RV: Utilização indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento (amônia líquida, canetas, bonés, gasolina, eletrodomésticos) - R\$ 31.225,03.*
3. *RV: Utilização indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte é inscrito como comércio e não como indústria - R\$ 113.470,82.*
5. *RO: Utilização indevida de crédito fiscal, relativo a operações não tributadas de serviço de transporte intramunicipal, sem a retenção e o recolhimento do ICMS - R\$ 9.289,89.*
7. *RV: 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 - R\$ 38.313,41*

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

13. RV: Recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, visto que atribuiu a alíquota de 7% para contribuintes inaptos no Estado da Bahia, configurando uso indevido do benefício de microempresa (Decreto n. 7.466/98) - R\$ 107.679,72.

16. RV e RO: Falta de estorno proporcional de crédito fiscal de ICMS, referente às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo. Trata-se de entrada de mercadorias originárias do Estado de Goiás, com alíquota de 12%, sem o estorno de crédito de 2%, em função de ser signatário do Termo de Acordo de Atacadista (Dec. 7.799/2000), com saídas com redução de 41,176%, equivalente a uma tributação de 10%. Foram considerados os valores já lançados pelo contribuinte no RAICMS - R\$713.887,89.

17 RV. Recolhimento a menos do ICMS, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O autuado é beneficiário da sobredita redução em 41,176%, conforme Termo de Acordo (Dec. 7.799/2000), exclusivamente nas operações com contribuintes do ICMS em atividade, mas utilizou esta metodologia de cálculo nas vendas para contribuintes com inscrição cancelada ou suspensa, sem direito à essa prerrogativa de redução do valor devido do ICMS, configurando vendas para não contribuintes do ICMS - R\$ 3.868,11.

21. RV Falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes “inaptos” localizados neste Estado - R\$ 41.154,72.

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

23. RV: Falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de produtos em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis - R\$ 68.141,63.

24. RV: Falta de retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo registro na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado - R\$ 1.675,99.

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

Na decisão proferida (fls. 1436 a 1454), a 5ª JJF, inicialmente ressaltou que foram reconhecidas infrações 2, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 18, 19 e 20, e manteve a procedência por inexistir lide.

Preliminarmente, rejeitou as nulidades suscitadas relativas às infrações 13, 17, 21, 23 e 24, por entender que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, tendo sido juntados os históricos das situações cadastrais dos adquirentes (fls. 773 a 864), e demonstrativos da auditoria de estoque realizada (fls. 196 a 211), e arquivos magnéticos SINTEGRA, além dos estoques iniciais e finais, conforme mídia eletrônica (CD), à fl. 214, cujo levantamento de estoque (SIFRA/ESTOQUE), teve cópia entregue ao contribuinte, assim como os demonstrativos das demais infrações (fls. 26).

Com relação à infração 5, apreciou que:

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

*Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina a aludida infração 5, que é a não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao fato ensejador da imputação infracional, o que por si só já causaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, "a", do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma insegurança jurídica. Logo, vislumbro a necessidade da renovação da ação fiscal, inerente à quinta infração, em obediência aos ditames legais. Infração 5 decretada NULA.*

Indeferiu o pedido para realização de diligência e/ou perícia, nos termos do art. 147 do RPAF/BA, por entender que os elementos contidos no processo eram suficientes para a formação da convicção do julgado e destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente, cuja prova poderia ter sido juntada aos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

No tocante à suposta ilegalidade para exigência da multa aplicada contra a defendant, na condição de sucessora, por suposta infração praticada pela sucedida, apreciou que:

*Tal matéria deve ser discutida no Poder Judiciário, e não neste Conselho de Fazenda, onde o que cabe é constituir em definitivo ou não o crédito tributário contra a pessoa jurídica de direito privado designada no corpo da peça inicial (PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL LTDA.). Ademais, o Auto de Infração foi lavrado contra a PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A, Inscrição Estadual de nº 25.236.732, haja vista que a referida empresa ainda não foi baixada do Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia, cuja situação cadastral é de "INAPTO – PROC. BXA INDEF" (fls. 27 e 30).*

No mérito, apreciou que:

*Quanto à INFRAÇÃO 1 (utilização indevida de crédito fiscal, concernente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento), o impugnante tenta legitimar o créditos sob o argumento de que: amônia líquida, canetas, bonés, gasolina, eletrodomésticos, etc., não são materiais de uso e consumo, mas sim insumos diretamente vinculados à sua atividade, fato este destituído pelo autuante, em sua informação fiscal, quando demonstra que não há saídas de brindes como canetas, bonés, bolsa, etc, como também bens ingressados para demonstração, como forno, fritadeira, microondas, churrasqueira, não são passíveis de uso de crédito, assim como a gasolina consumida em veículos de representantes e a amônia líquida, consumida nos equipamentos de refrigeração, são destinadas ao consumo do estabelecimento atacadista de produtos alimentícios.*

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

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

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

*O art. 93, II, "a", RICMS/97 confere legitimidade ao crédito referente ao valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, quando as mesmas*

*forem objeto de operação de saída do mesmo bem móvel (energia elétrica), quando consumida no processo de industrialização e quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais, o que não se verificou no caso em tela.*

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

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

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

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

*Art. 2º. O ICMS incide sobre:*

*[...]*

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

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

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

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

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

*Logo, subsiste a infração 07.*

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

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

*Conforme bem salientou o autuante, em sua informação fiscal, a metodologia aplicada segue os parâmetros definidos na Instrução Normativa n. 38/1994, excluindo do valor de venda o imposto que deveria ser calculado com a alíquota de 17%, dividindo este valor pelo fator 0,93 (100% - 7%), e aplicando sobre este montante a alíquota de 7%. Como resultado, gera-se o desconto de aproximadamente 10%. Este, quando apurado pelo contribuinte, deverá ser abatido do total a ser pago pelo adquirente da mercadoria, complementando o círculo de benefício.*

*Porém, quando não realizado desta forma, ou seja, com concessão de desconto a menor, a lei manda considerar como operação destinada a contribuinte “normal” e, neste caso, em função de ser signatário do termo de*

acordo de atacadista, concedeu-se inclusive a redução da base de cálculo em 41,176%, conforme consta em planilha.

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

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

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

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

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

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

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

Em relação à INFRAÇÃO 17, (recolhimento a menor, em função de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo – Dec. n. 7.799/00, nas vendas para contribuintes “inaptos”, localizados neste Estado), da mesma forma da infração 13, cujo teor reitero quanto às alegações em comum, uma vez comprovada à inaptidão cadastral das empresas adquirentes para o uso dos benefícios fiscais, é cabível a exigência fiscal, consoante demonstrado às fls. 135 a 140 dos autos, decorrente do cálculo do imposto sem benefício, por se tratarem os adquirentes de contribuintes com inscrição estadual cancelada ou suspensa, conforme provas às fls. 773 a 864 dos autos, e, portanto, considerados inaptos para a realização de operações comerciais, sendo indevido o benefício da redução da base de cálculo. Infração 17 subsistente.

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

No tocante à INFRAÇÃO 22, (falta de estorno de crédito referente às entradas de mercadorias no estabelecimento que foram objeto de saídas com redução de base de cálculo), da mesma forma da infração 16, o autuante admite que houve, indevidamente, cobrança de valores de janeiro a gosto de 2006, período em que o contribuinte não era signatário do Termo de Acordo de Atacadista, do que retifica o valor do lançamento para R\$ 683,76, sendo R\$ 89,95 para o mês de setembro; R\$ 106,66 para outubro; R\$ 266,89 para novembro e R\$

220,26 para dezembro de 2006, conforme demonstrado às fls. 1248 a 1265. Conforme bem ressaltou o autuante, à fl. 1.182 dos autos, quando das saídas interestaduais, houve o usufruto do benefício previsto no art. 2º do Decreto n. 7799/2000, lançados a crédito no valor equivalente de 16,667% do valor do ICMS nas operações dessa natureza. Portanto, quando das devoluções de operações interestaduais, deve-se proceder ao estorno na mesma proporção do benefício. Assim, por corroborar com tais entendimentos, concluo pela subsistência parcial da infração 22, no montante de R\$ 683,76.

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

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

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

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

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

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

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

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

A 5ª JJF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1470 a 1529), ressaltando que efetuou o pagamento dos débitos relativo as infrações 2, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 20 e 25.

Discorre sobre a autuação, julgamento, valores que já foram pagos que de forma equivocada constam na resolução como devidos e requer a sua readequação, passando ao recurso de mérito.

Quanto a infração 1 (crédito indevido de material de uso/consumo: amônia líquida, canetas, bonés, gasolina, eletrodomésticos, etc.) reapresenta o argumento de que “não são materiais de

*uso e consumo, mas sim insumos diretamente vinculados à atividade da Recorrente*”, por entender que o art. 20, §1º da LC 87/96 estabelece limitação de creditamento apenas para i) operação anterior isenta ou não tributada; ou ii) mercadoria alheia à atividade da empresa.

Transcreve decisões do STJ (REsp 1.175.166/MG/2010) e Acórdão/CONSEF nº 1795/2000 para reforçar o seu posicionamento de que as mercadorias adquiridas foram empregadas na sua atividade econômica e não tiveram saídas posteriores isentas ou não tributadas.

Também, que alguns produtos foram utilizados em atividades promocionais (brindes) que tiveram saída posterior tributada. Requer que a infração seja julgada improcedente.

No tocante a infração 3 (crédito indevido: energia elétrica) argumenta que “exerce atividade industrial” ou “equiparado a industrial”, visto que os produtos que comercializava resultante de abate de aves e suínos passa pela atividade de “conservação e armazenamento do produto acabado” que requer a utilização da energia elétrica como insumo (refrigeração).

Entende que deve ser equiparado a estabelecimento industrial (artigo 33, II, “b” da Lei Complementar nº 87/96 c/c art. 93, II, “a”, 02, RICMS/97; art. 4º da Lei nº 4.502/1964 e 9º do Decreto nº 7.212/2010-RIPI). Pede que est infração seja julgada improcedente.

Relativamente à infração 7 (DIFAL/ativo), transcreve os artigos do RICMS/BA utilizados no enquadramento, cita doutrina, jurisprudência e argumenta que com a revogação do Convênio ICMS 66/1998, pela LC 87/1996, o instituto do diferencial de alíquota foi excluído do ordenamento jurídico, inexistindo amparo para exigir diferencial de alíquota e improcedente a infração.

Quanto a infração 12 (redução indevida da base de cálculo: venda a Microempresa sem o repasse do desconto) afirma que a Instrução Normativa nº 38/1994 não foi mencionada no Auto de Infração e que a Nota Fiscal nº 659.883 (fls. 1107 e 1108), exemplificada pela fiscalização, é pontual consta tributação com alíquota de 17% e com substituição tributária e “não com alíquota de 7% e o repasse do desconto”. Afirma que repassava a seus adquirentes o percentual de aproximadamente 10% conforme consta no campo “Dados Adicionais” das notas fiscais consta a expressão “O produto está calculado com desconto de 10% cfme Inc. I, alínea “c”. Art. 51 do RICMS/BA, Dec. 6.284/97, que reduz a alíquota para 7%”, com indicação de “Desconto por Benefício Fiscal”.

No que se refere à infração 13 (erro na aplicação da alíquota) argumenta que não há prova de que as empresas estavam inaptas, a exemplo das Inscrições nºs 53.806.215, 47.382.321 e 90.466.233 que estavam irregulares em 2009, mas não em 2006, estando correta a alíquota aplicada de 7%.

Requer que seja reconhecida a nulidade desta infração.

Caso não acolhida, alega improcedência, visto que o Parecer nº 11.918/2009 manifestou entendimento de que o fornecedor não tem como saber a situação cadastral do destinatário.

Como argumento suplementar, ressalta que em 01/09/2006 firmou Termo de Acordo Atacadista, para as operações internas destinadas a contribuintes inscritos, com redução de base de cálculo (RBC) de 41,176%, equiparando a 10%, e não a de 17%, que deve ser considerado.

Quanto à infração 16 (falta de estorno de crédito/sádias com RBC) afirma que embora a decisão tenha reconhecido equívocos cometidos pela fiscalização que implicou na redução do débito (de R\$713.887,89 para R\$58.716,44), não atendeu ao pedido de compensação do valor recolhido a maior no mês de novembro/2006 (R\$ 109.278,32) que foi considerado pelo autuante (R\$ 56.414,06), no valor de R\$ 52.864,26 e reconhecido na informação fiscal (fl. 139), mas que foi fundamentado na decisão que fosse pleiteado restituição de indébito.

Requer que na eventualidade de remanescerem débitos, seja feita a compensação de ofício.

Relativamente à infração 17 (utilização indevida da RBC de 41,176%/inscrição cancelada) reitera as razões de impugnação da infração 13: **a)** nula, diante da insuficiência dos documentos; **b)** agiu com boa-fé e legalidade, não podendo ser responsabilizado pelas operações, conforme entendimento do STJ e **c)** o Parecer nº 11.918/2009, manifesta entendimento de que não tem como

saber a situação cadastral dos adquirentes. Requer a improcedência desta infração.

Com relação à infração 21 (falta de retenção de ICMS/contribuintes inaptos), transcreve o art. 353, I do RICMS/BA que prevê a retenção do imposto na venda a contribuintes não inscritos, que entende não se aplicar visto que indicou os contribuintes da mesma forma que as operações da infração 13. Reque declaração de nulidade ou improcedência desta infração.

Quanto à infração 22, (estorno de crédito/saídas com RBC), ressalta que embora tenha sido reconhecido parte das alegações que implicou na redução do débito (de R\$2.691,72 para R\$683,76), o valor remanescente é improcedente, visto que se refere à devolução de mercadorias em operação interestadual e não pode ser confundido com estorno de operação de saída.

No que se refere às infrações 23 e 24 (omissão de saída/estoque; omissão de saída/ICMS-ST), discorre sobre as infrações e julgamento pela procedência, que entende deva ser reformada, por configurar acusação grave com base em mera presunção, sem verificação física dos inventários, suportada em “achismo” o que contraria o art. 142 do CTN.

Transcreve artigos da Portaria nº 445/98, ressaltando que o disposto no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, presume omissão de saída para fins de exigência do ICMS, mas que a aludida Portaria orienta as autoridades fiscais, mas extrapola os critérios dispostos na citada Lei.

Questiona a apuração da base de cálculo, utilizando o preço médio das entradas e saídas, que afronta a legalidade e o princípio da verdade material, bem como a aplicação da alíquota de 17%, sem considerar as aquisições em outros Estados à alíquota de 12%; vendas a ME e EPP com alíquota de 7%, e benefícios do Decreto nº 7799/2000 com RBD que equipara a alíquota de 10%.

Alega que se superados os argumentos anteriores, que seja adequado o valor da autuação através da incidência das alíquotas que melhor representam as operações realizadas pelo recorrente.

Por fim, com relação a infração 25, ressalta que foi reconhecido parte dos argumentos apresentados, que culminou na redução do débito (de R\$6.866,97, para R\$3.673,95) que foi recolhido junto com o exigido na infração 20, motivo pelo qual, requer a baixa desta infração.

Com relação as multas aplicadas, argumenta que conforme disposto nos artigos 132 e 133 do CTN, e entendimentos consolidados e pacificados pelo STJ (REsp. 923.123/MG, em julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia), a multa fiscal já constituída ou em discussão no momento da incorporação é absorvida pela empresa sucessora (incorporadora) e a multa fiscal constituída após a incorporação e referente à fatos geradores anteriores à incorporação não é exigível da empresa sucessora (incorporadora), que deve ser excluída a responsabilidade da impugnante sobre as multas.

Requer reforma da decisão e caso não reconhecido a total improcedência das infrações impugnadas, que seja afastada as multas aplicadas.

A PGE/PROFIS no parecer de fls. 1535 a 1537 (28/12/2011), opinou que o processo fosse convertido em diligência à ASTEC/CONSEF para averiguar as atividades desenvolvidas pelo sujeito passivo, bem como afetação dos produtos na sua atividade mercantil.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 28/04/2012, da 2ª CJF, tendo como Relator o Cons. Rodrigo Launde Pimentel (fls. 1539/1540) e foi indeferida, com retorno a PGE/PROFIS.

A PGE/PROFIS em novo parecer (fls. 1543/1548) apreciou as questões suscitadas no recurso e concluiu que “consideramos ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão ora recorrido”, inclusive da das multas nos termos do REsp 959.389/RS/2009 do STJ.

Pautado para julgamento do dia 08/01/2014 (Cons. Rodrigo Lauande Pimentel), o processo foi retirado da pauta pela 3ª CJF (fl. 1551) para redistribuição a 2ª CJF.

Submetido a pauta suplementar do dia 19/02/2014, tendo como Relator o Cons. Rodrigo Launde Pimentel (fls. 1560/1561) foi deferida diligência à ASTEC/CONSEF para que fosse verificada a

situação cadastral dos destinatários das operações consignadas nas infrações 13, 17 e 21.

No parecer ASTEC nº 093/2015 (fls. 1565/1567) a diligente informou que em relação as citadas infrações, na amostragem trazida aos autos constatou situações que identificou que no período autuado, alguns contribuintes se encontravam ativos e outros inaptos, conforme relação e fl. 1566.

Opinou que para verificação caso a caso, deveria ser encaminhada para o autuante.

Cientificado do resultado da diligência fiscal (28/12/2015) o sujeito passivo manifestou-se às fls. 1570 a 1573, discorreu sobre o pedido e resultado, requerendo a nulidade das infrações 13, 17 e 21.

O autuante prestou nova informação fiscal (fls. 1585 a 1588), indicou situações cadastrais de contribuintes, afirma que a situação cadastral dos contribuintes se encontram no banco de dados da SEFAZ, que é confiável e discorda do parecer ASTEC que se baseou em amostragem. Afirmou que o recorrente não apresentou provas de regularidade da situação cadastral dos contribuintes. Pediu que desconsiderasse a diligência e parecer, promovendo o julgamento do Auto de Infração.

Submetido a pauta suplementar do dia 13/06/2016, tendo como Relator o Cons. Rodrigo Launde Pimentel (fls. 1594/1595) foi deferida diligência à repartição fiscal de origem, para que fiscal estranho ao feito, identificasse a situação cadastral dos contribuintes no banco de dados da SEFAZ, no período fiscalizado, refazendo os demonstrativos das infrações 13, 17 e 21.

A auditora fiscal Simone Maria Valverde Guimarães, no parecer de fls. 1626 a 1634, apresentou um resumo da autuação, julgamento, diligências e ressaltou que as três infrações decorrem de situação cadastral dos destinatários das mercadorias, motivo pelo qual abordou em conjunto.

Ressaltou que as operações envolvem 174 (cento e setenta e quatro) contribuintes (fl. 1633), sendo que na instrução do juntado ao processo a situação cadastral de 90 (noventa) contribuintes com situação irregular (fl. 1628), sintetizando conclusões:

- A) *"Independentemente da documentação anteriormente apensada, para evitar novos questionamentos, optamos por imprimir todos os cadastros dos contribuintes identificados como desabilitados para comercialização de mercadorias quando das suas aquisições em 2006";*
- B) Os históricos dos extratos da situação cadastral coletados no banco de dados da SEFAZ foram juntados às fls. 1636 a 1811, em ordem crescente do número de inscrição, com grifo em amarelo da data de inabilitação;
- C) Foi confrontado todas as inscrições com as datas de desabilitação dos contribuintes, corroborando que todos possuíam *"algum tipo de irregularidade cadastral nas datas de aquisição de mercadorias"*, que impedia de usufruir de benefícios fiscais (ME, EPP e atacadista).

Concluiu por fim, que após a verificação de todas as inscrições estaduais dos contribuintes, considerou *"válidos os lançamentos fiscais das infrações 13, 17 e 21"*, motivo pelo qual *"não efetuamos nenhuma alteração dos seus valores"*.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal (Avisos de Recebimentos-AR) entre 30/01/2018 e 22/02/2018 (fl. 1812 a 1814-B), manifestou-se às fls. 1816 a 1820.

Inicialmente discorreu sobre as infrações, julgamento, diligências, inclusive da ASTEC e com relação a última, em linhas gerais argumentou que:

- i) Os extratos cadastrais não comprovam que todos os contribuintes estavam com a *"inscrição inapta, cancelada ou suspensa"* no período fiscalizado;
- ii) As autoridades fiscais assumiam que não produziram prova de que na data da autuação os contribuintes se encontravam em situação irregular, o que foi não sanado (fls. 1636/1811), não podendo ser produzida prova posterior;
- iii) Há vício de informação, visto que a Soc. Bras. de Empreend. Gerais Ltda (fl. 1638), esteve

suspensa de atividade entre 30/04/2003 a 31/03/2004 e no período fiscalizado encontrava-se regular, visto que a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 2010.

Conclui que não foi provado de forma inequívoca que cada empresa estivesse em situação irregular no momento da realização das operações, comprometendo o exercício do contraditório e da ampla defesa, com relação as infrações 13, 17 e 21, contrariando o disposto no art. 41, II do RPAF/BA o que acarreta sua nulidade nos termos do art. 18 do mesmo Regulamento, visto que o seu §1º só admite eventuais incorreções ou omissões.

Requer que seja dado prosseguimento ao feito, dando provimento ao recurso para reconhecer a nulidade das infrações 13, 17 e 21, tendo indicado à fl. 1819 o endereço para intimações.

A PGE/PROFIS no parecer de fls. 1836/1837, opinou que resta provado as imputações relativas às mencionadas infrações e manifesta pelo não provimento do recurso.

Face ao afastamento do Cons. Rodrigo Lauande Pimentel o processo foi redistribuído para a Conselheira Laís de Carvalho Silva (fl. 1837) que o devolveu por se declarar impedida.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Roseli Isabel Pazzetto - OAB/PR nº 18.950.

## VOTO

Inicialmente, cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto pela Fazenda Pública, face à desoneração total dos valores exigidos na infração 5, e parcial das infrações 16, 22 e 25.

A infração 5 acusa utilização indevida de crédito, relativo a operações não tributadas de transporte intramunicipal, e foi julgada nula por incerteza da sua ocorrência.

Constatou que na defesa o autuado alegou que se tratava de operações de prestação de serviços de transportes interestaduais e não intramunicipal.

Na informação fiscal (fls. 1169/1270), o autuante reconheceu ser verdadeira a alegação, esclarecendo que foi codificado com o CFOP 2931 (autônomo/não inscrito).

Pelo exposto, conforme apreciado na decisão recorrida, restou comprovada a não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao fato ensejador da imputação infracional.

Fica mantida a decisão pela nulidade da infração (art. 18, V, “a” do RPAF/BA), tendo em vista que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Quanto à infração 16, constatou que acusa falta de estorno de crédito de mercadorias que deram saídas com redução de base de cálculo (RBC), de acordo com o Decreto nº 7.799/2000. Consta na descrição dos fatos que foi considerado os estornos de 2%, lançados no livro RAICMS (2006).

Na defesa, o sujeito passivo alegou que só assinou o Termo de Acordo em 01/09/2006, e que não poderia ser exigido estorno relativo às operações ocorridas no período de janeiro a agosto/2006.

O autuante, na informação fiscal, reconheceu o equívoco e refez os cálculos do estorno de crédito a partir de setembro de 2006, o que implicou na redução do débito de R\$713.887,89, para R\$58.716,43 o que foi acolhido no julgamento da primeira instância.

Pelo exposto, restou comprovada a ocorrência de erro parcial do levantamento fiscal visto que no período de janeiro a agosto de 2006, o contribuinte não tinha aderido aos benefícios fiscais previstos no Decreto nº 7.799/2000, portanto, não estava obrigado a promover estorno de 2%, relativo as entradas de mercadorias originárias de operações interestaduais (art. 6º).

Portanto, considero correta a decisão relativa à exclusão dos valores lançados nos meses de janeiro a agosto de 2006. Fica mantida a decisão pela procedência em parte da infração 16.

A infração 22 acusa falta de estorno de crédito referente a saídas com redução de base de cálculo.

Observo que decorre da mesma consequência da infração 16. Neste caso, o contribuinte creditou-se pela alíquota de 12%, relativa à devolução de vendas interestaduais e a fiscalização entendeu que deveria promover o estorno de 2% em obediência ao disposto no Decreto nº 7.799/2000.

O autuante reconheceu o equívoco, visto que o Termo de Acordo de Atacadista só foi firmado em 01/09/2006 e refez o demonstrativo original afastando a exigência de janeiro a agosto/2006, o que implicou na redução do débito de R\$2.691,75, para R\$ 683,76, que foi acolhido no julgamento.

Dessa forma, como ocorreu na infração 16, restou comprovado erro parcial no levantamento fiscal motivo pelo qual, fica mantida a decisão pela procedência em parte da infração 22.

A infração 25 acusa recolhimento a menor do ICMS relativo à nota fiscal de entrada de nº 41.303 (02/2006), com valores divergentes do consignado no documento fiscal, no valor de R\$6.866,97.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo alegou que se creditou do valor de R\$10.856,39, quando o correto seria R\$3.989,32, mas que na infração 20 foi exigido ICMS a título de utilização indevida de crédito, devido a destaque do imposto a maior (17% ao invés de 12%), relativo a mesma nota fiscal (41.303), além de outras que no mês 02/2006 totalizou R\$9.579,08. Informou que reconheceu e quitou integralmente a infração 20, e reconheceu como devido o valor de R\$3.673,95 da infração 25, *promovendo também sua quitação*.

O autuante acatou a alegação defensiva, que também foi acolhido no julgamento.

Pelo exposto, restou comprovado que do valor exigido de R\$6.866,97 relativo a Nota Fiscal nº 41.303, já tinha sido exigido o valor de R\$3.193,02, relativo a mesma NF na infração 20 (reconhecida/quitada).

Portanto, correta a decisão que julgou procedente em parte a infração 25, com valor remanescente de R\$3.673,95.

Diante do exposto, NÃO PROVIDO o Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, observo que o recorrente se insurge contra a decisão relativo às infrações 1, 3, 7, 12, 13, 16, 17, 21, 22, 23 e 24, julgadas procedentes ou procedente em parte.

Preliminarmente, quanto à nulidade suscitada, relativos às infrações 13, 17 e 21, observo que conforme fundamentado na decisão recorrida, as infrações foram descritas com clareza, pertinente a utilização de benefício fiscal relativo a operações destinadas a contribuintes com situação cadastral irregular, e no caso da infração 21, não ter feito a retenção do ICMS-ST, fazendo-se acompanhar dos históricos das situações cadastrais irregulares anexados às fls. 773 a 864 dos autos. Em atendimento ao pedido do recorrente, foram realizadas diversas diligências fiscais, cujos resultados foram científicos ao sujeito passivo, obedecendo ao devido processo legal, o que possibilitou exercer o seu direito de ampla defesa, inclusive juntada ao processo de todos os históricos da situação cadastral dos contribuintes.

Quanto à nulidade suscitada, relativa às infrações 23 e 24, observo que foram juntados ao processo as cópias dos demonstrativos (fls. 196 a 211) que dão suporte a auditoria de estoque realizada, com indicação por item de mercadorias das quantidades registradas dos estoques (inicial e final) no livro de Registro de Inventário e das entradas e saídas, por espécie de mercadorias, consignados nas notas fiscais escrituradas com base nos dados contidos nos arquivos magnéticos (SINTEGRA), fornecidos pelo próprio contribuinte. Portanto, não se trata de exigência de imposto por presunção legal, como alegado, e a base de cálculo constituída com base nos preços médios do último mês do exercício (artigos 60, 936 e 938 do RICMS/97), conforme mídia eletrônica (CD - fl. 214), cuja cópia foi entregue ao contribuinte, assim como os demonstrativos das demais infrações (fls. 26).

Pelo exposto, fica rejeitadas as nulidades suscitadas.

No que se refere aos reiterados pedidos para realização de diligência fiscal, observo que conforme consta no relatório, foram realizadas diversas diligências, sendo que na última foram

juntados às fls. 1636 a 1811, todos os extratos dos históricos da situação cadastral dos destinatários das mercadorias, cuja cópia foi entregue ao recorrente, que se manifestou, motivo pelo qual, considero que os elementos contidos no processo são suficientes para a formação de minha convicção, bem como a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos. Portanto, fica indeferido o pedido nos termos do art. 147 do RPAF/BA.

No mérito, quanto à infração 1 (crédito indevido: amônia líquida, canetas, bonés, gasolina, eletrodomésticos, etc.), verifico que o recorrente reapresenta os argumentos defensivos:

- a) São insumos utilizados na sua atividade, e a limitação de crédito refere-se à mercadoria isenta ou não tributada ou alheia à atividade; e
- b) Alguns produtos são promocionais (brindes).

Com relação ao primeiro argumento, observo que conforme apreciado na decisão recorrida, produtos como canetas, copos plásticos, guardanapo não configuraram como insumos no processo de comércio atacadista de gêneros alimentícios, assim como gasolina consumida em veículos de representantes ou amônia líquida, consumida nos equipamentos de refrigeração. Portanto, são destinadas ao consumo do estabelecimento atacadista de produtos alimentícios não são passíveis de uso de crédito.

Com relação ao argumento de que alguns produtos são brindes e foram tributados normalmente, observo que na informação fiscal (fls. 1.169 a 1.184), o autuante contestou que foram indicadas entradas com CFOP 1912, 1653 e 2949, mas nenhum CFOP de aquisição de brindes (1910 ou 2910).

Portanto, diante da informação fiscal e fundamentação da decisão, o recorrente não carreou ao processo nenhuma prova de que deu entrada e saída subsequentes tributadas com a distribuição de brindes. Por isso, não acolho esta alegação.

Pelo exposto, considero correta a fundamentação da decisão de que as mercadorias adquiridas que foi objeto da autuação (fls. 36 a 47), se referem a aquisição de material destinado a uso e consumo do estabelecimento, e o art. 33, I da LC nº 87/96 (vigente: LC 138/10), previa que as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento somente darão direito de crédito a partir de 1º/01/2020, o que foi recepcionada no art. 29, § 1º, II da Lei nº 7.014/96, e pelo art. 93, V, “b” do RICMS/97. Fica mantida a decisão pela procedência da infração 1.

A infração 3 acusa utilização indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de energia elétrica.

O recorrente reapresentou o argumento defensivo de que exerce “atividade industrial” ou “equiparado a industrial”, e utiliza a energia elétrica como insumo na “conservação e armazenamento do produto acabado”, o que lhe confere direito a utilização do crédito fiscal.

Conforme apreciado na decisão recorrida, o estabelecimento autuado está cadastrado com atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios, e esta atividade econômica não caracteriza, nem equipara a atividade industrial. O art. 93, II, “a” RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores (2006), só conferia legitimidade a utilização de crédito fiscal relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no processo de industrialização de produtos que resultasse em operação de saída tributada ou destinada ao exterior. Portanto, não tendo feito prova neste sentido, fica mantida a decisão pela procedência da infração 3.

Relativamente à infração 7, que exige ICMS decorrente da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de material de consumo ou ativo fixo, o recorrente reapresentou a alegação de que com a revogação do Convênio ICM 66/1988, pela LC 87/1996, o instituto do diferencial de alíquota foi excluído do ordenamento jurídico, e inexiste amparo para exigir diferencial de alíquota.

Observo que conforme fundamentado na decisão recorrida, a exigência fiscal é prevista no art. 2º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, que prevê a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria, em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente (art. 5º, I, c/c 69 do RICMS/1997).

Pelo exposto, ao contrário do que foi alegado, a exigência fiscal é legal, visto que é prevista na legislação estadual e o art. 167, I e III do RPAF/BA, estabelece que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade da legislação tributária e da mesma forma, negar a “aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”.

Assim sendo, fica mantida a decisão pela procedência da infração 7.

A infração 12 acusa redução indevida da base de cálculo (RBC), relativo à venda a Microempresa sem o repasse do desconto. No recurso interposto, foi alegado que a Instrução Normativa nº 38/1994 não foi mencionada no Auto de Infração, e que a Nota Fiscal nº 659.883, exemplificada pela fiscalização, é pontual, mas que repassou o percentual de aproximadamente 10% do desconto aos adquirentes.

Constatou, que conforme apreciado no julgamento da primeira instância, o confronto das notas fiscais juntadas com a defesa às fls. 1107 a 1116, com os demonstrativos de fls. 77 a 89, não foram concedidos descontos de 10% nas vendas para contribuintes cadastrados como ME e EPP, para atender a regra estabelecida nos incisos I e II, § 1º do art. 51 do RICMS/97, que estabelece:

*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.*

Ressalte-se, que Instrução Normativa nº 38/1994, estabelece a metodologia que o desconto deveria ser calculado com a alíquota de 17%, dividindo este valor pelo fator 0,93 (100% - 7%), e aplicando sobre este montante a alíquota de 7%, resultando no valor do desconto de aproximadamente de 10%, que deveria ser abatido do valor a ser pago pelo adquirente da mercadoria, atendendo o benefício fiscal.

Pelo exposto, restou comprovado que na situação presente não foi concedido o desconto como determina a legislação do ICMS. Ressalte-se tendo o contribuinte tendo firmado Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/2000, no demonstrativo de fls. 77 a 89, foi considerado a redução da base de cálculo em 41,176%, que resultou na carga tributária de 10% e exigido a diferença (3%).

Observo ainda, que conforme apreciado no Recurso de Ofício foi apreciado (infração 16) que o estabelecimento autuado só assinou o Termo de Acordo em 01/09/2006. De forma equivocada, a fiscalização no demonstrativo de fls. 77 a 89, considerou o desconto (41,176%), nas operações ocorridas no período de janeiro a agosto/2006, que se corrigido, agravaría a infração. Como se trata de fatos geradores ocorridos em 2006 e lançamento em 2010, não há mais possibilidade de promover lançamento complementar (decadência), motivo pelo qual, deixo de recomendar.

Por tudo que foi exposto, considero correta a decisão recorrida pela procedência da *Infração 12*.

Quanto às infrações 13, que acusa erro na aplicação da alíquota de 7% para contribuintes inaptos; 17, relativo à utilização indevida da RBC de 41,176%, de contribuinte com inscrição cancelada/suspensa) e 21, decorrente da falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST, relativo a contribuintes “*inaptos*”, serão apreciadas conjuntamente.

De um modo geral, o recorrente alega que não foi provado que as empresas no período autuado (2006) estavam inaptas e não poderia lhe ser imputado a responsabilidade pelas infrações, bem como firmou Termo de Acordo Atacadista em 01/09/2006 e deveria ser considerada a RBC de 41,176%, equiparando a 10% e não a de 17%.

Com relação à inaptidão dos destinatários no período fiscalizado (2006), observo que o autuante juntou às fls. 773 a 864, o histórico das situações cadastrais de 90 (noventa) contribuintes, o que foi acolhido na decisão proferida julgando procedente as infrações 13, 17 e 21.

Na segunda instância foi proposta diligência em pauta suplementar (fls. 1539/1540), que foi indeferida, depois retirado de pauta e deferida diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 1560/1561), que

emitiu parecer (fls. 1565/1567), não conclusivo e deferido nova diligência a fiscal estranho ao feito (fls. 1594/1595).

No último no parecer de fls. 1626 a 1634, a diligente ressaltou que o autuante juntou ao processo extratos sobre a situação cadastral de 90 (noventa) contribuintes, porém para evitar novos questionamento, identificou que as três infrações envolvem operações com 174 (cento e setenta e quatro) contribuintes e juntou às fls. 1636 a 1811, os históricos dos extratos da situação cadastral coletados no banco de dados da SEFAZ, de todos os contribuintes, em ordem crescente do número de inscrição, com grifo em amarelo da data de inabilitação.

Concluiu, afirmando que no período fiscalizado todas as inscrições possuíam “*algum tipo de irregularidade cadastral nas datas de aquisição de mercadorias*”, que impedia de usufruir de benefícios fiscais (ME, EPP e atacadista), “*quando das suas aquisições em 2006*”.

O recorrente manifestou se sobre o resultado da diligência fiscal (fls. 1816 a 1820), alegando que:

- I. não foi comprovado que todos os contribuintes estavam irregulares no período fiscalizado;
- II. a prova de situação irregular foi produzida após a lavratura do auto de infração;
- III. A Inscrição nº 042.385.666 (S. B. Empreendimentos Gerais Ltda. - fl. 1639), esteve suspensa de atividade entre 30/04/2003 a 31/03/2004, e no período fiscalizado (2006) encontrava-se regular.

Requeru que fosse declarada nula as infrações 13, 17 e 21, por comprometer o exercício do contraditório e da ampla defesa, de acordo com o disposto nos artigos 18 e 41, II do RPAF/BA.

Com relação à nulidade suscitada, observo que conforme apreciado no início do voto, as infrações foram descritas de forma clara e estão suportadas em demonstrativos elaborados com base na escrituração fiscal do estabelecimento autuado (fls. 90 a 103; 135 a 140 e 167 a 180), e cópia dos extratos da situação cadastral juntada às fls. 773 a 864, que configuram prova. No saneamento do processo, em conformidade com o disposto no art. 18, §1º do RPAF/BA, foram supridos os extratos da situação cadastral dos contribuintes e fornecido ao sujeito passivo o que possibilitou exercer o seu direito de defesa, como o exerceu. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada.

Quanto às alegações de que não foi comprovado que todos os contribuintes estavam irregulares no período fiscalizado, observo que a diligente juntou às fls. 1636 a 1811, tendo grifado a situação cadastral de todos os 174 contribuintes, com indicação do período que esteve irregular.

Tomando por exemplo amostragem de inscrições:

- 024.860.028 (fl. 1636) – baixa em 23/04/1998 com restabelecimento em 02/01/2007;
- 030.540.774 (fl. 1666) – inapto em 31/10/2006 com restabelecimento em 22/12/2006;
- 047.622.928 (fl. 1696) – inapto em 09/11/2005 com restabelecimento em 30/09/2006;
- 024.860.028 (fl. 1726) – inapto em 02/02/2003 com restabelecimento em 02/01/2007.

Ressalte-se, que as exigências fiscais das infrações 13, 17 e 21 recaem sobre o período que os contribuintes estiveram em situação de baixados, inaptos ou com inscrição suspensa.

Quanto à Inscrição nº 042.385.666 (S. B. Empreendimentos Gerais Ltda.), que o recorrente alegou ter sido suspensa as atividades entre 30/04/2003 a 31/03/2004, observo que conforme no extrato de fl. 1639 no período de 31/04/2003 a 02/01/2007, tinha atividade econômica principal de “HOTEL SEM RESTAURANTE”, portanto apesar de inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, no exercício de 2006 exercia atividade tributada apenas pelo Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Também, que a infração 13, que acusa aplicação de alíquota indevida de 7% nas vendas para contribuintes com inscrição “cancelada - suspensa”, nos demonstrativos de fls. 135 a 140, não consta nenhuma nota fiscal com essa inscrição (042.385.666).

Da mesma forma, com relação a infração 17 (utilização indevida da redução de base de cálculo), nas vendas para contribuintes “inaptos”, nos demonstrativos de fls. 90 a 103, não consta nenhuma nota fiscal com essa inscrição.

O mesmo ocorre no que se refere à infração 21 (falta de retenção de ICMS-ST, nas vendas para contribuintes “inaptos”), nos demonstrativos de fls. 167 a 180, não consta nenhuma nota fiscal com essa inscrição (042.385.666).

Concluo, que em relação à Inscrição nº 042.385.666, apesar de ter sido juntado o extrato da situação cadastral pela diligente (fl. 1639), não há nenhuma correlação com os destinatários das mercadorias que foram objeto das infrações 13, 17 e 21. Por isso, não tendo o recorrente indicado qual nota fiscal pertinente a estas infrações se referem a este contribuinte, fica prejudicada a sua apreciação.

Por tudo que foi exposto, conluso que na impugnação inicial o estabelecimento autuado diante dos extratos da situação cadastral juntada ao auto de infração às fls. 773 a 864, alegou inexistir situação irregular dos destinatários das mercadorias, mas não apresentou qualquer prova.

O mesmo ocorreu com a interposição do recurso voluntário que motivou a realização de diligências fiscais, sendo que na última foi juntado todos os extratos da situação cadastral dos contribuintes destinatários relacionados nos demonstrativos das infrações 13, 17 e 21, em função de utilização indevida do benefício da RBC prevista no Decreto nº 7.799/2000, aplicação de alíquota indevida de 7% ou falta de retenção do ICMS-ST, nas vendas para contribuintes com inscrição estadual cancelada, suspensa ou “inaptos”, localizados neste Estado.

Ressalte-se, que para efeito de cálculo do imposto o estabelecimento autuado estava obrigado a verificar a situação cadastral do adquirente, conforme disposto no art. 181 do RICMS/97.

Por tudo que foi exposto, fica mantida a decisão pela procedência das infrações 13, 17 e 21.

Quanto à infração 16, relativo à falta de estorno de crédito, decorrente de saídas com RBC, conforme apreciado no recurso de ofício o débito foi reduzido de R\$713.887,89, para R\$58.716,43.

No recurso interposto, o sujeito passivo se insurgiu apenas por não ter sido atendido pedido de compensação do valor recolhido a maior no mês de novembro/2006 (R\$ 109.278,32), que não foi considerado pelo autuante (R\$ 56.414,06), no valor de R\$ 52.864,26.

Observo que no demonstrativo original foi exigido ICMS relativo ao período de janeiro a dezembro de 2006, tendo o autuante no demonstrativo de fl. 1197 acolhido os argumentos defensivos que resultou em valores remanescentes de R\$58.716,44, conforme quadro abaixo:

Data da Ocorrência	Data de Vencimento	Infração 16 ICMS
30/09/06	09/10/06	41.686,26
31/10/06	09/11/06	6.749,86
31/12/06	09/01/07	10.280,32
<b>Totais</b>		<b>58.716,44</b>

Constato que na informação fiscal (fl. 139), o autuante reconheceu a ocorrência de valor pago a maior na planilha do cálculo anterior, para o mês de novembro/2006, mas que não podia ser objeto de compensação e sim de restituição de indébito, o que foi acolhido no julgamento, posicionamento que é prevalente nas decisões exaradas por este CONSEF.

Entretanto, em se tratando de valor pago a maior no valor de R\$ 52.864,26 no mês de novembro de 2006, este Conselho de Fazenda Estadual já manifestou entendimento que prescreveu o direito do contribuinte de requerer restituição de indébito. Porém, entendo que não pode retroagir para alcançar valores lançados nos meses de setembro e outubro.

Pelo exposto, considero compensado o valor exigido de R\$ 10.280,31, no mês de dezembro de 2006, remanescendo os valores de R\$ 41.686,26 (09/2006), e R\$ 6.749,86 (10/2006), perfazendo valor remanescente de R\$ 48.436,12.

Modificada a decisão pela procedência em parte da infração 16, com redução do débito de R\$58.716,44, para R\$48.436,12, conforme o demonstrativo abaixo:

Data da	Data de	Infração 16
---------	---------	-------------

Ocorrência	Vencimento	ICMS
30/09/06	09/10/06	41.686,26
31/10/06	09/11/06	6.749,86
<b>Totais</b>		<b>48.436,12</b>

No tocante à infração 22, que acusa falta de estorno de crédito relativo a saídas de mercadorias com RBC, o recorrente alegou que apesar do débito ter sido reduzido de R\$2.691,72, para R\$683,76, o valor remanescente é improcedente, por se tratar de devolução de mercadorias.

Conforme fundamentado na decisão recorrida, ao promover venda interestaduais de mercadorias, sendo beneficiário do Decreto nº 7.799/2000, destaca ICMS pela alíquota de 12%, e lança um crédito presumido de 2% (16,667%), de forma que a carga tributária se equipare a 10%.

Portanto, embora o citado Decreto não preveja a situação de utilização de crédito fiscal relativo à devolução e a legislação estabeleça que o destaque do ICMS na nota fiscal de devolução deva ser igual ao da compra da mercadoria, é lógico que o montante do crédito fiscal na operação de devolução interestadual deve se equiparar a uma compra.

Neste caso, aplica-se o disposto no art. 6º do Decreto nº 7.799/2000, de forma que os créditos fiscais relativos a mercadorias adquiridas, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios não poderão exceder a 10% (dez por cento) da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição. No caso, as mercadorias devolvidas devem ser equiparadas a operações de aquisição, visto que tiveram carga tributária de 10% na operação de venda e poderão vir a ser revendidas com carga tributária beneficiada de 10%.

Assim sendo, fica mantida a decisão pela procedência parcial da infração 22.

As infrações 23 e 24, acusam omissão de saída de mercadorias (regime normal e ST).

No recurso interposto, o sujeito passivo reapresentou os argumentos de que a apuração:

- i) Foi feita com base em mera presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96), com base em metodologia prevista na Portaria nº 445/98, contrariando o disposto no art. 142 do CTN;
- ii) Da base de cálculo, utilizou o preço médio, afrontando o princípio da verdade material;
- iii) Aplicou alíquota de 17%, sem considerar as operações interestaduais (12%); vendas a ME e EPP (7%), e benefícios do Decreto nº 7799/2000 (10%).

Conforme apreciado na decisão recorrida, a auditoria de estoque tomou como base os movimentos de entradas e de saídas das mercadorias, além dos estoques inicial e final, com base em dados coletados na escrita fiscal do estabelecimento autuado, que constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal.

Portanto, a imputação não se trata de presunção e caberia ao recorrente, fazer prova da inconsistência de dados que foram coletados na sua escrita fiscal (quantidade de itens indicadas: nos estoques, notas fiscais de entrada e de saída), para desconstituir a exigência fiscal.

Também, que a Portaria nº 445/98, indica apenas os procedimentos aplicáveis no roteiro da auditoria, com base nos dispositivos regulamentares indicados no enquadramento das infrações, que equivalem a dispositivos da Lei nº 7.014/96 (art. 19 do RPAF/BA).

O preço médio das saídas, apurado com base no valor das saídas do último mês de movimentação das mercadorias, é previsto no art. 60, II, “a” do RICMS/97.

Quanto à alegação sobre a aplicação da alíquota de 17%, sem considerar às demais operações praticadas, conforme apreciado no acórdão recorrido, trata se de mercadorias sujeitas à alíquota de 17%, conforme demonstrado às fls. 204 a 208 dos autos, com porcentual previsto no art. 50, I, “a” do RICMS/97, não podendo ser considerado benefício fiscal sobre operações de omissão de saída de mercadorias sem emissão do documento fiscal regulamentar, como pleiteia o recorrente.

Assim sendo, não tendo apresentado qualquer prova para elidir as exigências relativas às infrações 23 e 24, fica mantida a decisão pela procedência dessas infrações.

A infração 25 acusa erro na apuração do imposto e conforme apreciado no recurso de ofício foram acolhidos os argumentos defensivos e reduzido o débito de R\$6.866,97, para R\$3.673,95.

No recurso interposto, o sujeito passivo alegou apenas que recolheu o valor remanescente, mas consta na resolução como valor devido e requer a baixa desta infração.

Observo que embora conste o valor recolhido na resolução do acórdão recorrido, no momento da quitação do auto de infração, deve ser homologado os valores que já foram pagos.

Pelo exposto, fica mantida a decisão pela procedência parcial da infração 25, devendo ser homologado o valor remanescente de R\$3.673,95, que já foi recolhido.

No tocante ao pedido de afastamento da multa aplicada, sob alegação de que a Perdigão Agroindustrial S/A foi incorporada em 09/03/2009 pela Perdigão S/A, e o auto de infração foi lavrado em 05/08/2010, observo que o artigo 133 do CTN, prevê que a pessoa jurídica que adquirir outra e continuar a respectiva exploração “*responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato*”.

Conforme fundamentado na Decisão recorrida, cabe a Fazenda Pública constituir em definitivo ou não o crédito tributário contra a pessoa jurídica de direito privado designada no corpo da peça inicial e tendo o Auto de Infração sido lavrado contra a PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A, Inscrição Estadual de nº 25.236.732, a consulta dos dados do Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia em 15/04/2010, indicava situação cadastral: “INAPTO – PROC. BXA INDEF” (fls. 27 e 30).

Conforme ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS (fl. 1548), no item 2 do REsp 959.389/RS/2007, foi fundamentado que em relação a responsabilidade da sociedade sucessora:

*2. A responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos, mas abrange as multas, moratórias ou de outra espécie, que, por representarem penalidade pecuniária que acompanha o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor.*

Assim sendo, fica rejeitado o pedido de afastamento das multas aplicadas.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução do débito da infração 16 de R\$58.716,44, para R\$48.436,12.

Observo ainda, que na Decisão da Primeira Instância foi promovido a redução do débito relativo as infrações 16 (de R\$713.887,89, para R\$58.716,44); 22 (de R\$2.691,75, para R\$683,76) e 25 (de R\$6.866,97, para R\$3.673,95. Entretanto, foi indicado na infração 23 o valor de R\$68.141,63, e na RESOLUÇÃO com indicação da multa de 70%, quando o correto indicado no Auto de Infração, é de R\$3.868,11. Assim sendo, com as devidas correções, o montante do Auto de Infração fica conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	31.225,03	31.225,03	31.225,03	60%
02	RECONHECIDA	2.000,20	2.000,20	2.000,20	60%
03	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	113.470,82	113.470,82	113.470,82	60%
04	RECONHECIDA	353,76	353,76	353,76	60%
05	NULA/N. PROVIDO (RO)	9.289,89	0,00	0,00	60%
06	RECONHECIDA	23.533,98	23.533,98	23.533,98	60%
07	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	38.313,41	38.313,41	38.313,41	60%
08	RECONHECIDA	281,43	281,43	281,43	-----
09	RECONHECIDA	10.770,34	10.770,34	10.770,34	-----
10	RECONHECIDA	2.248,51	2.248,51	2.248,51	60%
11	RECONHECIDA	163.767,38	163.767,38	163.767,38	60%
12	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	6.546,93	6.546,93	6.546,93	60%
13	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	107.679,72	107.679,72	107.679,72	60%
14	RECONHECIDA	49.155,30	49.155,30	49.155,30	60%
15	RECONHECIDA	78,72	78,72	78,72	60%

16	PROC. EM PARTE/P.PROVIDO (ROV)	713.887,89	58.716,43	48.436,12	60%
17	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	3.868,11	3.868,11	3.868,11	60%
18	RECONHECIDA	2.986,44	2.986,44	2.986,44	60%
19	RECONHECIDA	17.321,98	17.321,98	17.321,98	60%
20	RECONHECIDA	55.844,88	55.844,88	55.844,88	60%
21	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	41.154,72	41.154,72	41.154,72	60%
22	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO (ROV)	2.691,75	683,76	683,76	60%
23	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	68.141,63	3.868,11	3.868,11	70%
24	PROCEDENTE/N.PROVIDO (RV)	1.675,99	1.675,99	1.675,99	60%
25	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO (RO)	6.866,97	3.673,95	3.673,95	60%
TOTAL		1.473.155,78	739.219,90	728.939,59	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, manter a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298616.0002/10-4**, lavrado contra **PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$717.887,82**, acrescido das multas de 60% sobre R\$714.019,71, e 70% sobre R\$3.868,11, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f” e VII, alíneas “a” e “b”, V, “b” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$11.051,77**, prevista nos incisos IX e XI da mesma Lei e Artigos citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo-se homologar os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS