

A. I. Nº - 207101.0002/07-3
AUTUADO - PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A
AUTUANTES - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA e MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05.12.07

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0354-04/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. Constatado que o ramo de atividade do estabelecimento autuado é o armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados, e neste caso, não pode ser equiparado a industrial. Não foram atendidas as condições para a utilização do crédito fiscal. Infração mantida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração mantida. 3. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES INSCRITOS NO REGIME NORMAL. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, é condicionada a que o estabelecimento adquirente se encontre enquadrado no regime do SimBahia à data da operação, e este requisito não foi preenchido. Mantido o lançamento. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração não impugnada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/07/2007, exige ICMS, totalizando o valor histórico de R\$ 566.644,74, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias. (Valor histórico: R\$ 183.758,88; percentual da multa aplicada: 60%).
2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. (Valor histórico: R\$ 75.929,56; percentual da multa aplicada: 70%).
3. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. (Valor histórico: R\$ 92.955,75; percentual da multa aplicada: 60%).

4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. (Valor histórico: R\$ 1.904,79; percentual da multa aplicada: 60%).
5. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. (Valor histórico: R\$ 203.970,76; percentual da multa aplicada: 60%).
6. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. (Valor histórico: R\$ 8.125,00; percentual da multa aplicada: 70%).

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 660 a 669, com fundamento nas seguintes alegações:

Preliminarmente, informa, com base nos DAE's anexos, que já procedeu aos recolhimentos referentes às infrações 02, 03, 04, 05 e 06.

Impugnando, portanto, somente a infração 01, alega não ter cabimento a exigência fiscal correspondente à mesma, esclarecendo que a empresa, consoante prescrições contidas no inciso II do artigo 4º da Lei do IPI de nº 4.502/64 e no inciso III do artigo 9º do Regulamento do IPI, é filial de indústria de produtos alimentícios equiparada a estabelecimento comercial, a qual possui como objetivos sociais as atividades descritas no artigo 3º de seu estatuto social em anexo, se utilizando, para fins de comercialização de seus produtos, de inúmeros estabelecimentos comerciais, a exemplo do que fora autuado.

Nessa seara, afirma que todos os produtos comercializados pela empresa “são recebidos através de transferência direta das indústrias da própria Impugnante”, bem como que, na condição de filial, o autuado possui o direito de crédito relativo ao ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica consumida na produção do frio nas câmaras frigoríficas para congelamento e conservação dos produtos, com fundamento no que dispõe o artigo 33, II, “b”, da Lei Complementar 87/96, salientando que o congelamento é uma das etapas do processo de industrialização. A título de respaldo para sua argumentação, transcreve também o artigo 29, §1º, III, “a”, item 2, da Lei 7.014/96 e o artigo 93, II, “a”, item 2 do RICMS/BA.

Por fim, comunica a juntada de cópias de laudo técnico e das notas fiscais/contas de energia com o propósito de atestar a idoneidade das alegações acima articuladas.

Diante do exposto, pugna pela improcedência da infração combatida cumulada com o cancelamento do presente Auto de Infração.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 866 a 869, nos seguintes termos:

Argumentando que o parágrafo único do artigo 46 do CTN prevê como industrializado o produto submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade ou ainda o aperfeiçoe para consumo, afirmam que não é o que ocorre no caso do autuado, que recebe, estoca e armazena seus produtos como qualquer atacadista, ressaltando que apenas o armazenamento é feito em câmaras frias em virtude dos produtos serem perecíveis.

Quanto ao item 2, “a”, II, do artigo 93 do RICMS citado pelo autuado, assinalam que tal dispositivo prescreve claramente que o crédito apenas se origina quando a energia elétrica é gerada ou consumida no processo de industrialização, enquanto que o autuado já recebe os produtos prontos para comercializar.

Por último, alegam que o autuado não juntou provas consistentes à sua defesa, o que dá ensejo à aplicação do artigo 143 do RPAF.

Com base nas informações acima, opinam pela manutenção da infração 01.

VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas.

No mérito, a empresa autuada reconheceu o cometimento das infrações 02, 03, 04, 05, e 06, não estando sujeitas à apreciação na presente lide.

A infração 01 foi resultante da constatação de que o estabelecimento autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, nos meses de fevereiro e de novembro de 2004, nos valores de R\$ 58.691,06 e de R\$ 125.067,8, respectivamente, valores estes correspondentes ao percentual de 90,01% do total pago mensalmente, por este estabelecimento, a título de energia elétrica.

A tese da defesa prende-se à alegação de que tais créditos seriam legítimos, na medida em que o estabelecimento equiparar-se-ia a estabelecimento industrial, pois recebe todas as mercadorias com a única finalidade de armazenagem, para posterior entrega a outros estabelecimentos, quando aí sim, seriam comercializadas. Outrossim, o percentual de 90,01% foi encontrado com base em estudos e elaboração do Laudo Técnico, juntado às fls. 696 a 716, consoante análise do consumo de energia elétrica industrial e administrativo.

Neste sentido, cita a Lei do IPI nº 4.502/64, e o Regulamento do IPI aprovado pelo Decreto nº 4.544/2002, entendendo que o estabelecimento filial autuado equipara-se a estabelecimento industrial, sendo uma extensão da indústria.

Observo que o ramo de atividade do estabelecimento autuado é o armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados, e neste caso, não pode ser equiparado a industrial, estando todos as mercadorias ingressas no seu estabelecimento com destinação à comercialização e não à industrialização, como alega a defesa. Assim não existe nenhuma aquisição de produtos para industrialização dentro ou fora do Estado, todas as aquisições foram de mercadorias para revendas.

Deste modo, a legislação estadual, que rege as relações tributárias entre os contribuintes do ICMS e o Estado da Bahia, condiciona a utilização como crédito, do imposto destacado em contas de energia elétrica por estabelecimentos comerciais, ao atendimento de certas condições previstas no artigo 93, inciso II, alínea "b" e inciso II-A, alínea "b" do RICMS/97.

Efetivamente, durante o período de novembro de 1996 até 31 de dezembro de 2000, a legislação tributária garantia o direito aos créditos objeto da presente lide. Entretanto, com a Alteração 21 do RICMS, Decreto Nº 7886/00, vedou os referidos créditos, durante o período de 1º de janeiro de 2001 até 31/12/06, existindo a previsão de retornar a utilizar a partir de *1º de janeiro de 2011*, conforme abaixo transcrito:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

...

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7710/00):

...

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

- 2 - quando consumida no processo de industrialização;*
3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;
b) nas hipóteses de entrada de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

- 1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;*
2 - a partir de 1º de janeiro de 2011.

Pela análise dos documentos apensados aos autos, verifico que o autuado se utilizou, como crédito fiscal, do ICMS destacado em contas de energia elétrica sem atender às condições estabelecidas na legislação, conforme acima mencionado, razão pela qual considero correto o débito exigido.

Pelo exposto, devem ser aplicadas as regras previstas nos artigos 142 e 143, do RPAF/99: “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária” e “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Portanto, como o crédito fiscal de ICMS utilizado não encontra previsão na legislação, entendo que a exigência fiscal é legítima e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207101.0002/07-3, lavrado contra **PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 566.644,74, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 482.590,18 e de 70% sobre R\$ 84.054,56, previstas no art. 42, VII “a”, III, II “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR