

PROCESSO - A. I. N° 298616.0001/12-4  
RECORRENTE - SADIA S/A.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0012-05/13  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 26/12/2013

**1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF N° 0391-11/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. O recorrente não é estabelecimento industrial e não realiza atividade de industrialização. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA REDUÇÃO PREVISTA NO DECRETO N° 7.799/2000. RECOLHIMENTO A MENOR. Comprovadas as vendas para contribuintes não habilitados. 3. ALÍQUOTAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO HABILITADOS. RECOLHIMENTO A MENOR. O vendedor tem o dever de verificar as situações cadastrais dos adquirentes, consoante determinação do art. 181 do RICMS/1997. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NAS VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO HABILITADOS. A Secretaria da Fazenda oferece diversos meios para os remetentes tomarem conhecimento das situações cadastrais das pessoas com quem transacionam, como sítio na Internet, plantão fiscal, atendimento nas repartições fazendárias etc., em obediência irrestrita ao princípio da publicidade. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. a) IMPOSTO DEVIDO PELAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS. b) IMPOSTO DEVIDO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. Alegações recursais insuficientes para fundamentar alteração no Acórdão de primeira instância. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão originária do Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0012-05/13, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 26/03/2012 para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$ 674.275,74, sob a acusação do cometimento de 18 (dezoito) irregularidades, das quais as de n<sup>os</sup> 01, 06, 09, 15, 17 e 18, abaixo transcritas, foram objeto do mérito do apelo.

INFRAÇÃO 1 – Utilização indevida de crédito, relativo à aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias. Está dito que a atividade principal do contribuinte é o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. R\$165.701,22. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 – Recolhimento a menor, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O recorrente é signatário de Termo de Acordo para Atacadistas (Decreto n° 7.799/2000), com direito à aplicação da redução da base de cálculo em 41,176%, tendo efetuado a mesma nas vendas para DESABILITADOS no Cadastro do ICMS/BA. R\$10.898,72. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 9 – Recolhimento a menor, em função de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Refere-se a erro de aplicação da alíquota de 7%,

mediante desconto de 10%, específico para microempresas deste Estado (adquirentes DESABILITADOS). R\$94.523,96. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 15 – Falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (mercadorias destinadas a DESABILITADOS). R\$35.831,88. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 17 – 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 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 débito, o montante de maior expressão monetária - o das saídas tributáveis. R\$140.202,35. Multa de 70%.

INFRAÇÃO 18 – Falta de retenção e recolhimento do imposto, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saída de mercadorias enquadradas no regime de substituição, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem o respectivo lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (aves, suínos e bovinos em estado natural, resfriados ou congelados). R\$840,38. Multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide na pauta de 14/03/2013 (fls. 1.496 a 1.526), tendo o ilustre relator prolatado o voto abaixo transcrito, unanimemente acatado pelos demais membros.

*“O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 18 infrações, já devidamente relatadas.*

*Verifico, preliminarmente, que o sujeito passivo, reconhece as infrações de números 2; 3; 4; 5; 7; 8; 10; 11; 12; 13; 14 e 16, que totalizam R\$226.277,19, ao efetuar os respectivos pagamentos, conforme cópia de DAE – Documento de Arrecadação Estadual de nº 1.201.597.222 e DAE nº 1.201.648.943.*

*O impugnante, contudo, não se conforma com as infrações de números 1; 6; 9; 15; 17; e 18, passando a alinhar seus argumentos defensivos.*

*Inicialmente, no que concerne à realização de perícia para comprovação das razões defensivas, inclusive para responder aos quesitos apresentados na peça de defesa, não vislumbro nenhuma necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para firmar o convencimento dos julgadores sobre a solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito - dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria.*

*Em verdade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador, não sendo este o caso da matéria de que cuida o Auto de Infração em exame.*

*As questões suscitadas pelo impugnante encontram respostas nos documentos acostados aos autos, bem como, na legislação do ICMS que trata da matéria objeto da presente lide.*

*Além do mais, os itens 1, 2 e 3 dos quesitos formulados se referem à infração 10, que foi devidamente reconhecida pelo impugnante. Restou, assim, os itens 4 e 5 relativos à infração 17, em relação qual já foi demonstrada pelo autuante em seu levantamento quantitativo as diferenças encontradas, bem como o sujeito passivo não aponta em suas planilhas as incorreções ou inconsistências específicas, por mercadoria, quanto aos estoques, entradas e saídas, ou mesmo preço médio apurado pelo autuante ou unidade de medida, não cabendo razão para designação de perícia.*

*Dianete disto, indefiro o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, que estabelece, in verbis:*

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*(...)*

*II - de perícia fiscal, quando:*

*a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*

*b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”*

*Preliminarmente, cabe esclarecer que o sujeito passivo está inscrito na condição de “normal”, cadastrado como atividade econômica principal “comércio atacadista de produtos alimentícios em geral”, bem como é signatário do termo de acordo atacadista (Decreto nº 7.799/2000) desde junho de 2004.*

Cabe, também, destacar que o autuado recebe mercadorias através de transferências de outros estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, localizados em outras unidades federativas, cujas notas fiscais constam o CFOP 2.152 e as saídas subsequentes, conforme alinha o autuante, são predominantemente através dos CFOPs 5.102 e 6.102, comercializando no atacado e no varejo, tanto dentro como para fora do estado, inclusive com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a exemplo de produtos comestíveis resultantes do abate de gado, suíno e ave, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados.

Quanto arguições defensivas, alinhadas na infração 1, fica evidenciado que o sujeito passivo não tem aparo legal para se apropriar dos créditos de energia elétrica, primeiro porque estes são pertinentes a estabelecimentos industriais e o autuado é comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, revende mercadorias para o atacado e contribuintes varejistas, tanto no Estado da Bahia quanto em outros Estados, conforme já esclarecido.

Na mesma toada, verifico, também, que para efeito de apropriação dos créditos de energia elétrica, não há previsão na Legislação Tributária Estadual que equipare a filial atacadista a estabelecimento industrial, conforme alinha o sujeito passivo, que, inclusive, traz como socorro a legislação tributária do IPI, que, além de não aplicável ao tributo estadual em questão, não lhe concede a equiparação pretendida a estabelecimento industrial.

Cabe amparo as arguições do autuante ao informar que: “o atual regulamento do IPI – Imposto sobre produtos industrializados –, em seu Art. 4º, Decreto nº 7.212/2010, define que a industrialização é caracterizada por qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou que aperfeiçoe este produto para consumo, cujas etapas são a transformação, beneficiamento, montagem, renovação, restauração.” Atividades essas não realizadas pelo impugnante.

O sujeito passivo entende que o consumo da energia elétrica ocorre na sua fase de industrialização, que está diretamente relacionado ao resfriamento, pré-resfriamento, congelamento, conservação e armazenamento das mercadorias. Etapas essas que não comportam o conceito de industrialização, visto, inclusive, que não albergam a transformação de matéria-prima em produto acabado ou qualquer processo industrial, na medida em que o autuado exerce exclusivamente a atividade de comércio, inclusive de mercadorias congeladas.

Destaca o autuante, inclusive, que este contribuinte iniciou suas atividades em 1995. Não consta nenhum histórico de alteração de atividade econômica principal, e sua atividade econômica principal, em 2008, é comércio atacadista de produtos alimentícios, tanto que no mesmo exercício firma Termo de Acordo de Atacadista (Decreto nº 7.799/2000), conforme indicam os códigos fiscais de operações constantes do livro de Apuração de ICMS, anexado ao processo, base utilizada pelo autuante para estorno de créditos de ICMS de energia.

Assim, não cabe a aplicação dos artigos 20 c/c o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96, para efeito de apropriação dos aludidos créditos pelo impugnante, pois, conforme ficou demonstrado, o sujeito passivo não realiza processo de industrialização, que tem previsão regulamentar no item 2, alínea b, II, art. 93 do RICMS/BA, vigente em 2008, bem como a necessidade de câmaras frigoríficas para conservação dos produtos é um requisito inerente ao estabelecimento comercial que opera com produtos com as características já alinhadas. A Lei Complementar nº 87/96, modificada em 2010, altera o uso do crédito de energia elétrica para comércio a partir de 2020.

Cabe acrescentar a Decisão desse CONSEF sobre a questão, consubstanciada no julgamento do Auto de Infração de nº 298575.0094/08-4, envolvendo a mesma matéria, “crédito indevido de energia elétrica”, em exercícios anteriores a 2008, conforme Acórdão JJF nº 0028-03/09. O aludido acórdão contempla as mesmas razões obstativas para o aproveitamento, pelo sujeito passivo, dos aludidos créditos fiscais.

Assim, considero a infração 1 procedente.

Quanto à Infração 6 – 03.02.06 se refere à rcolhimento a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Em função da similaridade das argumentações apresentadas pelo impugnante relativas às infrações 6 e 9, apesar de serem infrações distintas, contudo guardam pressupostos idênticos que são relativos às vendas de mercadorias para contribuintes considerados desabilitados ou inaptos. Assim, as duas infrações serão apreciadas conjuntamente.

O sujeito passivo argumenta, quanto à apuração da infração (06) e da infração 09, relacionadas a contribuintes desabilitados, que há diversos destinatários cuja condição de desabilitado é posterior à data do fato gerador.

Não há como acolher tal argumento defensiva, na medida em que o autuante demonstra que os contribuintes alinhados pelo impugnante estavam efetivamente desabilitados quando da ocorrência do fato gerador, conforme segue:

O contribuinte microempresa, por exemplo, Valnei Andrade Santos de Camaçari, Inscrição estadual n. 067.719.761, estava inapta desde 18 de agosto de 2008, permanecendo com esta situação cadastral até a data presente. Portanto, inapta para aquisição de mercadorias em 2008 com aplicação de alíquota de microempresa. A empresa T.A. Ferreira, por sua vez, teve a inscrição estadual n. 067.748.282 suspensa desde 07/03/2008,

voltando a ter a inscrição ativada somente em 16/11/2009. Já a empresa J. da H. Silva, inscrição n. 075.333.174, foi intimada por inaptidão desde 04/06/2008, tornando-se inapto desde 27/06/2008. O Supermercado Flex Ltda., inscrição n. 075.620.751, foi intimado por inaptidão desde 06/12/2008, tornando-se inapto desde 07/03/2008 até 16/08/2011. As informações sobre a situação cadastral do contribuinte estão disponível no Sistema Inc-Sefaz (BA), podendo ser consultado pelo julgadores, para confirmação. Além disso, existem cópias do cadastro das empresas T.A.Ferreira e Supermercado Flex Ltda, nas páginas 336, 337, 342 e 343, respectivamente, desde processo, o que comprova a veracidade de tais informações.

Afirma ainda o sujeito passivo, que não há prova da necessária publicação da desabilitação no Diário Oficial do Estado, o que desautoriza o fiscal autuante a afastar as reduções fiscais constante do processo administrativo fiscal. O sujeito passivo está obrigado, ao realizar operação de venda de mercadorias ao adquirente, em verificar a situação vigente do comprador da sua mercadoria, tal como descrito no Art. 181, RICMS-97: o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial. Tais dados cadastrais, conforme alude o autuante, são disponibilizados para consulta pelo contribuinte no site da Secretaria da Fazenda, Inspetoria Eletrônica, Formulários e Outras Utilidades, Inscrição Estadual ativa ou CNPJ inativo, com atualização semanal das informações.

Quanto da inabilitação da inscrição estadual, realmente não há nenhuma obrigatoriedade da Fazenda Pública oferecer ao sujeito passivo cópia do Diário Oficial do Estado, que informe tal desabilitação, na medida em que já consta informação disponível para tanto, conforme visto. Este ato administrativo se refere ao próprio contribuinte que, antes de ter a inscrição considerada inapta, é intimado por edital para que, dentro do prazo estipulado, prov97.

Quanto ao Parecer da DITRI nº 11.918/2009, ocorreu em resposta a consulta da empresa Nordeste Irecê Atacadão de Alimentos e Bebidas Ltda., em 20/07/2007, apesar de não ser vinculado diretamente a este Parecer e de não poder usufruir das prerrogativas pertinentes à sua materialidade, inclusive sua alteração, informa o autuante que:

A Diretoria de Tributação, em 19 de outubro de 2010, conforme Parecer n. 19.821/2010, constatou a necessidade de reforma parcial do mencionado Parecer, para firmar o novo entendimento de que “é vedado ao contribuinte a aplicabilidade do tratamento previsto no Decreto n. 7.799/2000 (redução de base de cálculo) quando da venda a contribuintes Inaptos, visto que a inaptidão cadastral irregular quaisquer operações realizadas pelo contribuinte que se encontre nessa condição, seja na qualidade de remetente ou destinário”. Esta alteração do Parecer modifica totalmente o entendimento equivocado do contribuinte sobre extensão de benefícios fiscais para contribuintes irregulares.

Da mesma forma não cabe a arguição de que não se considerou também as quantias já recolhidas nestas operações ou certeza do método apuratório, pois, quanto ao cálculo, a análise dos demonstrativos da Infração nº 6, que estão disponíveis nas páginas 198 a 215, permitirá verificar que os mesmos são simples, contemplando a dedução do valor anteriormente cobrado. O mesmo raciocínio é aplicado aos demonstrativos da Infração nº 9 (páginas nº 305 a 320), em que há o confronto entre as alíquotas de 7% (microempresa) e 17%, deduzindo-se o valor do ICMS cobrado pela primeira alíquota.

Para fins de comprovação o autuante anexou, juntamente a cada infração, os dados cadastrais de contribuintes inaptos, por amostragem, cujos históricos de atividade econômica comprovam a desabilitação para comercialização de mercadorias, inclusive dos contribuintes mencionados pela defesa. Anexa, também em fase anterior a esta contestação, cópias das notas fiscais de saída, em amostragem, o que comprova a infração.

Considero, por conseguinte, procedente as infrações 06 e 09.

Infração 15 – 07.04.03. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes desabilitados, localizados neste Estado. Refere-se à falta de retenção de ICMS, por substituição tributária, de mercadorias destinadas a contribuintes desabilitados neste Estado, quando da realização das operações de vendas.

Esta infração está diretamente relacionada aos levantamentos fiscais realizadas para as Infrações de nº 6 e 9, que se referem às operações de vendas de mercadorias para contribuintes considerados desabilitados ou inaptos.

Efetivamente o art. 353, I do RICMS/97, determina que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, aquele contribuinte que efetuar saídas de mercadorias destinadas a outro contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes. No presente caso ficou demonstrado, conforme consta das infrações 6 e 9, que houve saídas de mercadorias para contribuintes desabilitado no exercício de 2008.

Para demonstrar a infração, o autuante anexa comprovantes dessa situação, além de notas fiscais de saída, com identificação de cada contribuinte, e as informações cadastrais extraídas do banco de dados da SEFAZ.

Diante do exposto, considero a infração 15 procedente.

*Infração 17 – 04.05.02: Quando da apuração do levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado de 2008, houve 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 entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.*

*O valor da omissão de saídas é de R\$824.719,78, sendo superior ao valor da omissão de entrada, que totalizou R\$676.433,85 no mesmo levantamento de estoque, com ICMS no valor de R\$96.462,44, conforme demonstrativos em anexo.*

*Infração 18 – 04.05.11. Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, a exemplo de aves, suínos, bovinos, em estado natural, resfriado ou congelado, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.*

*A infração em lume refere-se à falta de retenção, na condição de substituto tributário, das mercadorias elencadas no Anexo 88, Item 10 e Item 32, a exemplo de aves, suínos, bovinos, em estado natural, resfriado ou congelado, conforme previsão do Item 9, Inciso II, Art. 353, RICMS-BA.*

*Argumenta o sujeito passivo que: “o levantamento de estoque foi efetuado a partir da contagem dos produtos pela unidade caixa, enquanto que a mesma registra-os em quilogramas, cuja apuração é baseada em presunção simples, limitando-se a analisar os registros de entradas e saídas, bem como o estoque, sem atentar para a verificação do efetivo recolhimento do ICMS no competente registro do imposto. Neste último ponto, o contribuinte confunde conta corrente com levantamento de estoque. Registra também que o preço médio eleito não pode servir de parâmetro para a base de cálculo presumida, cujo critério adotado não se sabe ao certo qual é. A obrigatoriedade de arbitramento ser acompanhado da demonstração de critérios e metodologias utilizados já matéria arraigada na jurisprudência dos tribunais superiores.”*

*O contribuinte anexa ao presente processo a consolidação quantitativa de seu estoque, de forma a comprovar não existir nenhuma diferença, o contribuinte requer o seu cancelamento, o que impõe o reconhecimento de sua total improcedência.*

*A infração 18 decorre da infração 17, na medida em que foi apurada, nessa última, através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício de 2008, a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais. Na segunda situação, infração 18, consequentemente, houve falta de retenção, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, a exemplo de aves, suínos, bovinos, em estado natural, resfriado ou congelado.*

*O levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado contém, em suas três páginas, as 40 (quarenta) mercadorias que apresentarem omissão, a exemplo de salsicha hot dog, asa de peru congelada, tekitos sadia, pão de queijo, lasanha, peito de frango congelado, pernil sem osso temperado, etc. Conforme afirma o autuante, todas as mercadorias elencadas contêm código, descrição, tipo de unidade, quantidade de entrada e saída de mercadoria, estoque inicial, estoque final, preço médio, e apresenta, para cada tipo codificado, a omissão de saída ou de entradas de mercadorias, com a respectiva base de cálculo, não havendo qualquer fundamento para arguição de arbitramento.*

*O autuante, para subsidiar o levantamento quantitativo de estoque, anexou também outros três relatórios: a) Omissão de saídas de mercadorias, b) Omissão de entradas de mercadorias, cobrando-se pelo valor mais representativo, c) Retenção do ICMS Substituição Tributária, cujo valor foi disposto na infração nº 18. Os três relatórios também contêm os mesmos dados anteriormente citados, expostos de forma clara, conforme páginas nº 539 a 565.*

*Além desses relatórios, outras planilhas foram disponibilizadas em formato eletrônico, cuja cópia foi recebida pelo contribuinte na mesma data de assinatura do Auto de Infração, conforme consta na página nº 33.*

*Consta cópia, em CD, à fls. 567, desses relatórios eletrônicos cujos dados demonstram que foram disponibilizados eletronicamente vários tipos de relatórios, inclusive os já citados pelo autuante: Percentual das saídas tributadas; Preço Médio Entradas; Preço Médio Saídas; Relação das Notas Fiscais de Entrada; Relação das Notas Fiscais de Entradas com Omissão Saídas; Relação das Notas Fiscais de Saídas com omissão de Saídas; Relação das Notas Fiscais Saída.*

*O autuante anexar também os inventários inicial e final, de 2007 e 2008, respectivamente, para análise dos inventários inicial e final, conforme páginas nº 0568 a 0857.*

*Esclarece o autuante que o contribuinte, para estes inventários: “consignou como unidade padrão as unidades em quilograma, e na movimentação das saídas e entradas, lançou saídas por quilogramas, e, em alguns casos, por caixas de mercadorias. Em 03 de outubro de 2011, o contribuinte foi intimado para unificar essa situação, como já demonstrados nos inventários inicial e final, e comunicou-nos, que em função da dificuldade de recuperar dados tão antigos, essas retificações ficaram prejudicadas, e apresentou, para as mercadorias elencadas no levantamento de estoque uma tabela de conversão, para transformar as unidades em caixa, de*

*modo a equalizar as duas sistemáticas adotadas quanto da movimentação de mercadorias, em 16 de dezembro de 2011. Imposta essas informações no sistema que efetua o levantamento de estoque, ou seja, o Sifra, e analisamos todos os valores das saídas e entradas de cada código listado no levantamento de estoque, ajustando os valores divergentes de preços médios. Submeteu o relatório final ao contribuinte, que não apresentou nenhuma irregularidade. A tabela de conversão, disponibilizada pelo contribuinte, está gravada no CD, página n. 567, em uma pasta intitulada “Planilhas Elaboradas pelo Contribuinte”, cuja impressão não foi efetuado em função do formato do arquivo encaminhado que, quando impresso, desconfigura os dados.”*

*O levantamento apresentado pelo impugnante não apresenta divergência quantitativa entre o estoque final e a movimentação das mercadorias em 2008, contudo não aponta quais os estoque divergem dos apurados pelos autuante, entradas, saídas ou preços médios ou mesmo a unidade de medida.*

*Cabe razão ao autuante quando afirma que não contempla ao sujeito passivo a extensão de benefício para movimentação irregular de mercadorias, e por isso, o termo de acordo de atacadista é aplicado somente sobre as operações acobertadas por documentação fiscal. Não é o caso presente, conforme demonstrativos do levantamento quantitativo de estoque, que foram elaborados de acordo com os parâmetros definidos pela Portaria nº 445/1998.*

*A base legal para o levantamento de estoque tem previsão no Art. 60, II, “a”, 1, do RICMS/BA, bem como da Portaria nº 445/98, atendendo o autuante aos procedimentos previstos para a execução do levantamento de estoque em lume, constantes tanto nos atos normativos como na Lei nº 7014/96.*

*Cumpre destacar ainda que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, além das menções referentes à legislação de outras unidades federativas, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.*

*Quanto à apreciação de constitucionalidade de dispositivos normativos brasileiros, ou a apreciação de princípios constitucionais de outras nações assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo à apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.*

*Diane do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos”.*

Inconformado, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 1.544 a 1.563, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos, para depois afirmar que teve o seu direito de defesa cerceado, por ter sido sumariamente rejeitado o pedido de perícia atinente às infrações 17 e 18.

No mérito da primeira imputação, assevera que o auditor cometeu equívoco, uma vez que, no seu entendimento, está equiparado a estabelecimento industrial, nos termos da jurisprudência, doutrina, legislação do IPI e Regulamento de Inspeção Tecnológica e Higiênico-Sanitária de Carne de Aves, transcritos às fls. 1.549 a 1.553.

Com respeito às infrações 6, 9 e 15, contra as quais se insurge em conjunto, alega que a Decisão de piso desconsiderou o documento 03 da impugnação, o qual teria identificado, a título exemplificativo, hipóteses nas quais os destinatários encontravam-se regularmente habilitados.

Em seguida, argumenta que a JJF entendeu que o Fisco não tem a obrigatoriedade de comunicar as irregularidades cadastrais através de Diário Oficial, o que inquinaria o ato administrativo de vício, em virtude da ausência de publicidade.

No tocante às infrações 17 e 18, sustenta que as mesmas decorreram de critério presuntivo sem suporte fático, com metodologia não prevista na Portaria nº 445/1998, que inclusive divergem do levantamento quantitativo que ele mesmo elaborou e anexou aos autos.

Assinala que não foram considerados os recolhimentos efetuados e que os preços médios não correspondem à realidade, pois foram considerados por “caixas” e não por “kg”, que seria o correto.

Por fim, encerra pleiteando perícia ou julgamento pela improcedência ou nulidade do lançamento de ofício.

No Parecer de fls. 1.773 a 1.776 a Procuradoria do Estado opina pelo não provimento, no qual destaca que o pleito de nulidade não merece acolhimento, uma vez que o pedido de perícia foi

afastado com fundamentos e que os quesitos apresentados foram concernentes à décima infração, reconhecida pelo recorrente.

Quanto ao item 01 do Auto de Infração, registra que a matéria já é conhecida no Conselho e que a pretensão recursal deve ser rejeitada, com base no art. 33, II da Lei Complementar 102/2000.

Igualmente, ao analisar as infrações 06, 09 e 15, conclui que o contribuinte tem o dever de verificar as situações cadastrais dos adquirentes, consoante determinação do art. 181 do RICMS/1997, as quais estavam irregulares quando das ocorrências.

No que diz respeito ao levantamento quantitativo (infrações 17/18), esclarece que o autuante utilizou as unidades em “kg” nos demonstrativos, e que, portanto, os preços médios foram apurados corretamente.

## VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade (arts. 3º, 4º, e 169, I, “b” do RPAF/1999), conheço o presente Recurso Voluntário e passo ao julgamento das alegações preliminares e de mérito.

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo fiscal e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com respeito ao indeferimento do pedido de diligência ou perícia pela JJJ, reputo o mesmo correto, já que, seja na instância de base, seja nesta, não há elementos de dúvida capazes de ensejar a necessidade das mesmas, o que afirmo com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999.

No mérito, o Acórdão não merece reparos.

Quanto à infração 01, o recorrente utilizou indevidamente créditos de energia elétrica, pois são pertinentes a estabelecimentos industriais e a sua atividade é o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral.

Consoante muito bem observado pelo digno relator “*a quo*”, “*para efeito de apropriação dos créditos de energia elétrica, não há previsão na Legislação Tributária Estadual que equipare a filial atacadista a estabelecimento industrial, conforme alinha o sujeito passivo, que, inclusive, traz como socorro a legislação tributária do IPI, que, além de não aplicável ao tributo estadual em questão, não lhe concede a equiparação pretendida a estabelecimento industrial*”.

Com o objetivo de comprovar o cometimento das infrações 06, 09 e 15, o auditor fiscal apresentou os dados cadastrais irregulares dos compradores quando das ocorrências, cujos espelhos de históricos de atividade econômica comprovam a não habilitação para comercialização de mercadorias à época dos fatos.

O contribuinte tem o dever de verificar as situações cadastrais dos adquirentes, consoante determinação do art. 181 do RICMS/1997, e para isso a Secretaria da Fazenda oferece diversos meios, como sítio na Internet, plantão fiscal, atendimento nas repartições fazendárias etc., em obediência irrestrita ao princípio da publicidade.

Igualmente, não corresponde à realidade a argumentação de que a SEFAZ/BA não publica em Diário Oficial as desabilitações, pois os editais de cancelamento são disponibilizados em tal veículo.

O documento 03 da defesa, de fls. 1.344 a 1.348, composto de “*Consultas Públicas ao Cadastro do Estado da Bahia*” não traz os incidentes ocorridos nas situações dos adquirentes ao longo do

tempo, mas aquela verificada quando da data da respectiva consulta e impressão, não sendo possível analisar através dele o status no dia da operação de compra e venda. Isso só poderia ser efetuado nas datas em que ocorreram as transações mercantis ou posteriormente, pela fiscalização, nos “Históricos de Atividade Econômica Principal / Condição / Situação”, por exemplo, de fls. 325, 326, 327 etc.

O levantamento quantitativo de estoques (infrações 17/18), para cada item auditado, apresenta código, descrição, tipo de unidade, quantidade de entrada e saída, estoque inicial, final, preço médio, e traz, para cada código, a omissão de saídas ou de entradas, com a respectiva base de cálculo, procedimento não presuntivo que em nenhum momento deixou de observar as normas da Portaria nº 445/1998.

Não há que se falar em desconsideração de recolhimento em levantamento de estoques, pois este é um procedimento de entradas e saídas físicas e não financeiras.

Quanto aos preços médios, o autuante esclareceu a metodologia utilizada, conforme trecho abaixo transcrito do Acórdão questionado.

*“Esclarece o autuante que o contribuinte, para estes inventários: “consignou como unidade padrão as unidades em quilograma, e na movimentação das saídas e entradas, lançou saídas por quilogramas, e, em alguns casos, por caixas de mercadorias. Em 03 de outubro de 2011, o contribuinte foi intimado para unificar essa situação, como já demonstrados nos inventários inicial e final, e comunicou-nos, que em função da dificuldade de recuperar dados tão antigos, essas retificações ficaram prejudicadas, e apresentou, para as mercadorias elencadas no levantamento de estoque uma tabela de conversão, para transformar as unidades em caixa, de modo a equalizar as duas sistemáticas adotadas quando da movimentação de mercadorias, em 16 de dezembro de 2011. Imposta essas informações no sistema que efetua o levantamento de estoque, ou seja, o Sifra, e analisamos todos os valores das saídas e entradas de cada código listado no levantamento de estoque, ajustando os valores divergentes de preços médios. Submeteu o relatório final ao contribuinte, que não apresentou nenhuma irregularidade. A tabela de conversão, disponibilizada pelo contribuinte, está gravada no CD, página n. 567, em uma pasta intitulada “Planilhas Elaboradas pelo Contribuinte”, cuja impressão não foi efetuado em função do formato do arquivo encaminhado que, quando impresso, desconfigura os dados”.*

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, recomendando a homologação dos valores já pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298616.0001/12-4, lavrado contra SADIA S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$673.692,02, acrescido das multas de 60% sobre R\$533.489,67 e 70% sobre R\$140.202,35, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e”, VII, “a” e III, da Lei nº 7014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$583,72, prevista no inciso XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS