

A. I. N° - 269352.0052/16-0
AUTUADO - BRF S.A.
AUTUANTES - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/05/2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0058-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. A autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, haja vista que, caberia a Fiscalização verificar se os créditos fiscais transferidos pelos estabelecimentos remetentes são legítimos ou não. Atribuir ao contribuinte destinatário a obrigação de verificar a origem dos créditos fiscais transferidos pelos estabelecimentos remetentes não encontra amparo na legislação tributária. A função fiscalizatória é indelegável, sendo do ente público a competência exclusiva para tanto. Infração nula. **b)** ENERGIA ELÉTRICA. Energia elétrica consumida por estabelecimento comercial não se constitui produto intermediário, sendo ilegítima a utilização do crédito fiscal. Infração subsistente. **c)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Autuado arguiu exclusivamente a nulidade do lançamento, cuja apreciação concluiu pelo não acolhimento da pretensão defensiva. No mérito, independentemente do silêncio do autuado, os elementos acostados aos autos confirmam o acerto da autuação. Infração subsistente. **d)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. **e)** AQUISIÇÕES DE MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. O art. 146 da Constituição Federal especifica genericamente o papel da lei complementar sobre matéria tributária para os três níveis de governo. No caso específico do ICMS a Constituição Federal indica no seu art. 155, § 2º, XII, as matérias em relação às quais cabe à lei complementar preordenar a disciplina a ser fixada pela legislação ordinária. Certamente que, o fato de determinada matéria não ter sido regulada por lei complementar não impede os Estados de normatizá-la, utilizando-se de sua competência constitucional, salvo se não se tratar de matéria que deva, obrigatoriamente, ser objeto de lei complementar ou de resolução do Senado. A diferença de alíquotas encontra-se prevista no art. 155, § 2º, VIII, da Constituição Federal, sendo que o art. 4º, XV, e o art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96, que versam sobre a diferença de

alíquotas têm plena validade formal e material. Infrações 7 e 8 subsistentes. c) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração 9 reconhecida. Acolhida a arguição de nulidade atinente à infração 1. Não acolhida à arguição de nulidade relativa às infrações 4, 7 e 8. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/06/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$4.734.048,65, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.611.781,68, acrescido da multa de 60%. Consta que se trata de créditos fiscais de ICMS recebidos em transferência de outras filiais da empresa, sem a devida comprovação da origem de eventual saldo credor nos estabelecimentos remetentes, que desse suporte às respectivas transferências. Conforme relatórios constantes do Anexo 1;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$733.415,73, acrescido da multa de 60%;
3. Recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$210.999,29, acrescido da multa de 60%;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$17.935,76, acrescido da multa de 60%;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de agosto e novembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$10.816,55, acrescido da multa de 60%;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.092,35, acrescido da multa de 60%;
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro a abril, junho a agosto, outubro e dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$73.167,59, acrescido da multa de 60%;
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, maio, julho e outubro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$66.969,88, acrescido da multa de 60%;
9. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, maio a setembro e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.869,82, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.218 a 231). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Registra que reconhece a procedência

das infrações 5, 6 e 9, inclusive que efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido de R\$25.668,84.

No que tange à infração 1, diz que a Fiscalização procedeu a autuação com base na equivocada premissa segundo a qual teria se creditado indevidamente de ICMS, em razão da não apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito. Observa que, no entender do autuante não teria comprovado a origem do saldo credor dos estabelecimentos que transferiram os créditos que aproveitou.

Diz que, não obstante o claro erro de sujeição passiva presente na autuação, tendo em vista que a obrigação de comprovar a origem do saldo credor transferido é do próprio estabelecimento que apurou os créditos, destaca que os aludidos estabelecimentos mantêm escrita fiscal nos estritos termos da legislação baiana.

Salienta que se verifica que cada estabelecimento remetente mantinha individualmente livro Registro de ICMS Especial, no qual era registrado o eventual saldo credor acumulado pela respectiva filial, nos termos do artigo 109 do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997.

Esclarece que, quando da transferência de créditos para outras filiais, a fim de atender a legislação, inicialmente o valor constante no Livro Especial era transferido de volta para o livro Registro de Apuração do ICMS do estabelecimento remetente para somente então ser transferido para o livro Registro de Apuração da filial que recebeu os créditos, no caso o seu próprio estabelecimento.

Aduz que, desse modo, no livro Registro de Apuração do ICMS do estabelecimento remetente, verifica-se um valor lançado à crédito, atinente ao recebimento do crédito do ICMS de seu Livro Especial, e um valor lançado a débito, referente à transferência de crédito para outra filial que esteja com saldo devedor.

Consigna que, a título de exemplo, apresenta quadro demonstrativo, a fim de demonstrar a escrituração dos créditos fiscais que aproveitou no livro Registro Especial de ICMS dos estabelecimentos remetentes, nos termos do que dispõe o RICMS/BA.

Diz que, assim sendo, resta claro que a exigência fiscal não merece subsistir.

Alega que, apesar de ter comprovado a origem dos créditos que aproveitou, não pode deixar de apontar o inequívoco erro de sujeição passiva na autuação, haja vista que o autuante exige a comprovação da origem dos créditos apurados pelos estabelecimentos remetentes. Afirma que, por óbvio, o estabelecimento a ser fiscalizado e, se for o caso, autuado, é aquele que apurou os créditos que lhe foram transferidos e não o seu estabelecimento, já que apenas recebeu os créditos fiscais já constituídos.

Sustenta que, tanto é assim, que os dispositivos legais utilizados pelo autuante, para fundamentar a exigência fiscal, são relacionados ao estabelecimento que tenha apurado o crédito fiscal e não aquele que tenha recebido por meio de transferência de saldo credor. Neste sentido, reproduz o art. 31 da Lei nº 7.014/96, assim como o art. 309 do RICMS/BA/97.

Conclui que, dessa forma, além da comprovação de que o crédito fiscal aproveitado foi realizado nos termos da legislação baiana, resta claro o patente erro de sujeição passiva na presente infração, a qual deveria ter sido direcionada aos estabelecimentos remetentes do crédito fiscal.

No tocante à infração 2, afirma que o aproveitamento dos créditos fiscais oriundos da entrada de energia elétrica no estabelecimento ocorreu nos exatos termos autorizados pela legislação.

Primeiro, porque foram apropriados devidamente amparados em laudo técnico demonstrativo do percentual utilizado em suas atividades industriais, conforme expressamente autorizado pelo art. 93, II, “b”, do RICMS/BA/97 e art. 309, IV, “b”, do RICMS/BA/12.

Salienta que o Laudo Técnico Pericial anexado demonstra que utilizava a energia elétrica no seu processo produtivo em percentual equivalente a 87,4%, sendo apenas 12,6% restantes, empregados em áreas administrativas. Assevera que, desse modo, os créditos fiscais relativos à energia

elétrica foram apropriados em conformidade com a legislação baiana, bem como os inúmeros Pareceres Normativos elaborados pela Fazenda Estadual da Bahia como, por exemplo, os Pareceres nºs 14700/2009 e 11304/2010, os quais sepultam qualquer dúvida acerca do direito ao aproveitamento dos créditos oriundos do consumo da energia empregada diretamente na produção do estabelecimento, uma vez que devidamente amparados em laudo técnico demonstrativo do percentual utilizado em suas atividades industriais.

Acrescenta que, além disso, conforme apontado anteriormente, nem se queira alegar que não faria jus ao creditamento do ICMS por desenvolver o comércio de mercadorias, na medida em que é certo que, nos termos do disposto no artigo 9º, III, do Regulamento do IPI – RIPI, aprovado pelo Decreto nº 4.544/2002, equipara-se a estabelecimento industrial. Reproduz o referido artigo.

Salienta que, conforme pode ser visto, o seu estabelecimento, para os devidos fins legais, equipara-se a estabelecimento industrial, sendo, na realidade, uma extensão da indústria propriamente dita.

Diz que, desse modo, pode-se concluir que a energia elétrica que adquiriu enquadra-se perfeitamente na hipótese descrita no artigo 20 c/c o artigo 33, II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96, cujas redações reproduzem.

Assevera que, verdadeiramente, não seria necessária a equiparação legal do estabelecimento autuado aos estabelecimentos industriais, na medida em que a energia elétrica adquirida, cujos créditos foram glosados, é quase que inteiramente consumida no resfriamento e na refrigeração das câmaras frigoríficas para congelamento e conservação dos produtos.

Afirma que, certamente, o congelamento dos produtos assim como a manutenção a uma temperatura de -18°C (para armazenagem) e de -12°C (para transporte), fazem parte integrante do processo de industrialização, mesmo porque, sem a refrigeração, os seus produtos jamais seriam aptos para venda e comercialização.

Observa que o Regulamento Técnico da Inspeção Tecnológica e Higiênico-Sanitária de Carne de Aves, aprovado pela Portaria nº 210, de 10/11/1998, do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, Secretaria de Defesa e Agropecuária, publicado no Diário Oficial da União de 26/11/1998, Seção 1, p. 226, define o processo de resfriamento e congelamento na sua atividade da, conforme transcrição que apresenta.

Ressalta que, durante o processo de preparo dos alimentos para comercialização, há diferentes etapas relacionadas ao resfriamento dos respectivos produtos, as quais, além de revelarem-se indispensáveis no processo fabril do estabelecimento, efetivamente alteram as características físico-química dos produtos de forma a preservá-los para a venda e o consumo.

Acrescenta que, por outro lado, considerando que a industrialização é definida como toda a *operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo* (art. 4º, RIPI), não há dúvidas que, na presente hipótese, ocorre o aperfeiçoamento dos produtos para o consumo, através do seu resfriamento em diferentes etapas. Invoca e reproduz definição de Marco Aurélio Greco sobre o conceito e alcance da industrialização.

Aduz que, desse modo, atendo-se ao conceito amplo de industrialização expresso na Constituição Federal, e levando-se em conta o fato de um estabelecimento fabril, como é aquele objeto do presente Auto de Infração, direcionar todas as suas atividades em torno da produção de mercadorias, incabível admitir-se que a aquisição de energia elétrica não esteja inexoravelmente destinada à industrialização.

Observa que a energia elétrica, por ser um bem intangível, não tem sua destinação verificada empiricamente, senão pela constatação de que o destinatário da mesma utiliza-a como alavanca de seu processo produtivo, ou seja, remete-a para o abastecimento de máquinas, iluminação, computadores, etc. que direta ou indiretamente impulsionam a produção de mercadorias, como faz em seu estabelecimento.

Assevera que não cabe à Autoridade Administrativa restringir o sentido do vocábulo industrialização, sob pena de se suprimir o seu amplo conceito ditado pela Constituição Federal.

Acrescenta que, ainda mais se considerado que a energia elétrica jamais integrará diretamente determinada mercadoria, ou, mesmo, será ela objeto de qualquer modificação na atividade industrial, ao revés, sempre atuará como elemento coadjuvante, mas indispensável, na produção de determinado bem. Reproduz ensinamento do referido autor.

Neste sentido, menciona a jurisprudência do E. Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, o qual possui inúmeros precedentes tratando da questão em debate, a aquisição de energia elétrica, mesmo que não seja destinada diretamente à industrialização, confere ao contribuinte o direito de creditar-se da parcela do imposto suportado na aquisição das mesmas. Reproduz alguns julgados do referido Conselho de Contribuintes.

Assevera que, dessa forma, é certo que a energia elétrica adquirida pelo estabelecimento autuado é empregada em processo de industrialização, conforme Laudo Técnico Pericial anexado, de modo a lhe garantir o direito ao aproveitamento dos respectivos créditos do ICMS, nos termos dos artigos 93, inciso II, alínea “b”, do RICMS/BA/97 e artigo 309, inciso IV, alínea “b”, do RICMS/BA/12.

Conclusivamente, diz que tem direito ao crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica utilizada no processo de industrialização.

Relativamente à infração 3, afirma que é totalmente improcedente, haja vista que, no que concerne ao produto Composto Lácteo, as operações foram realizadas com amparo no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA/97, já que se trata de Leite em pó.

Diz que o leite em pó que comercializa está, atualmente, registrado no Ministério da Agricultura, sob o n. 5/242, como Composto Lácteo, Código 349230, Marca DOBON.

Salienta que o Ministério da Agricultura, por recomendação da ANVISA, alterou a nomenclatura do produto em questão, para Composto Lácteo, através da Portaria nº 28/07, que, então, por Consulta Pública aprovou REGULAMENTO TÉCNICO PARA FIXAÇÃO DE IDENTIDADE E QUALIDADE DE COMPOSTO LÁCTEO.

Observa que mediante esse novo Regulamento, o então denominado Leite em Pó Modificado passou a denominar-se Composto Lácteo, contudo, a composição do produto não restou alterada, ou seja, o produto continua sendo composto apenas por ingredientes lácteos, (Composto lácteo sem adição) ou com adição de ingredientes não lácteos (Composto lácteo com adição).

Diz que analisando a classificação fiscal utilizada para esse produto (0402.2) na TIPI e NESH, ver-se-á que o mesmo é absolutamente equiparado ao leite em pó. Afirma que a Nota Explicativa não deixa dúvidas. Reproduz a referida Nota Explicativa.

Conclusivamente, diz que, postos os requisitos para que o produto seja fiscalmente classificado na subposição 0402.2, bem como a descrição acerca da composição do Composto Lácteo, salta aos olhos o perfeito enquadramento deste produto na citada posição da TIPI e, consequentemente, a sua subsunção às disposições regulamentares da Bahia, que determinam a redução da base de cálculo do ICMS, consoante disposto no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA/97.

Acrescenta que, do mesmo modo são os demais produtos arrolados neste item da autuação, haja vista que agiu em conformidade com a legislação baiana, que garante a redução da base de cálculo nos termos em que aplicou.

No respeitante à infração 4, salienta que a análise dos dispositivos dados como infringidos e as operações constantes na autuação permitem concluir que a exigência, na realidade, foi lavrada para exigir estorno dos créditos de ICMS que aproveitou, em decorrência das operações de aquisição de mercadorias beneficiadas como isenção do ICMS.

Alega que se esse é o motivo da autuação, por certo que, a eventual penalidade aplicável à hipótese, caso tivesse havido alguma infração de sua parte, seria aquela capitulada na alínea “b” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cuja redação transcreve. Acrescenta que, no entanto, a

Fiscalização optou por lançar a multa prevista na alínea “a” do aludido dispositivo legal, cujo texto reproduz.

Diz que, se revela por demais incongruentes que o autuante, tendo à sua disposição criteriosa legislação tributária, com dispositivo penal específico para a hipótese de falta de estorno do ICMS tenha optado por impor multa diversa.

Alega que a manutenção da autuação da forma que está atenta gravemente contra o princípio da tipicidade cerrada. Invoca e reproduz, neste sentido, ensinamentos de Alberto Xavier e Ricardo Corrêa Dalla.

Sustenta que a dissonância entre os dispositivos legais capitulados, os fatos ocorridos, e a premissa adotada pelo autuante como fundamento da acusação fiscal importa na decretação de nulidade da autuação.

Conclusivamente, diz que, uma vez demonstrado que a capituloção da penalidade não guarda relação de materialidade com os fundamentos que motivariam a acusação fiscal, torna-se imprescindível a decretação de nulidade do Auto de Infração.

No que diz respeito às infrações 7 e 8 - impugnadas conjuntamente -, ressalta que estão eivadas de vício material na medida em que, ao aplicar a penalidade que entende devida, o autuante optou por aplicar a multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, de cunho absolutamente genérico.

Alega que a manutenção da autuação da forma que está atenta gravemente contra o princípio da tipicidade cerrada. Invoca e reproduz, neste sentido, ensinamentos de Alberto Xavier e Ricardo Corrêa Dalla.

Sustenta que a dissonância entre os dispositivos legais capitulados, os fatos ocorridos, e a premissa adotada pelo autuante como fundamento da acusação fiscal importa na decretação de nulidade da autuação.

Conclusivamente, diz que, uma vez demonstrado que a capituloção da penalidade não guarda relação de materialidade com os fundamentos que motivariam a acusação fiscal, torna-se imprescindível à decretação de nulidade do Auto de Infração.

Acrescenta que, além disso, a autuação mostra-se improcedente, haja vista que inexiste no ordenamento jurídico que confira eficácia plena à exigência do DIFAL/ICMS na hipótese.

Afirma que a Lei Complementar nº 87/96, responsável pela normatização geral em matéria de ICMS, foi completamente silente quanto à possibilidade de cobrança do diferencial de alíquotas em caso de aquisição de mercadorias provenientes de outro Estado.

Finaliza a peça defensiva requerendo a homologação dos pagamentos efetuados referentes às infrações 5, 6 e 9. Requer, também, a improcedência das infrações 1, 2, 3, 4, 7 e 8. Protesta, ainda, pela produção de prova documental suplementar, em razão da evidente complexidade da matéria em questão, assim como em respeito ao princípio da verdade material que norteia o processo administrativo fiscal.

A Informação Fiscal foi prestada por um dos autuantes (fls.283 a 287). No que tange a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante, por falta de clareza nos lançamentos das infrações, afirma o Auditor Fiscal que não condiz com a realidade, haja vista que estas foram devidamente enquadradas e tipificadas legalmente, conforme consta no corpo do Auto de Infração. Quanto aos demonstrativos que embasam as infrações, diz que estão contidos no PAF, tanto impressos como em meio magnético, a partir da fl. 16 a 210.

Relativamente à infração 1, observa que se trata de crédito lançado na escrita fiscal do autuado, recebido em transferência de outras filiais da empresa, sem a comprovação de origem, conforme documentação anexada às fls. 16 a 69.

Salienta que o impugnante alega que controla os eventuais saldos credores das filiais em livro de Apuração Especial, especificamente para este fim.

Consigna que, quando da transferência para outra filial, inicialmente absorve o valor desejado do citado Livro Especial, para depois remeter em transferência para a filial destinatária do crédito.

Registra que o impugnante apresenta planilha contida no CD de fl. 264, representando esta planilha o Livro Especial de Apuração do ICMS, com o fim de controle de créditos acumulados e suas transferências entre os estabelecimentos.

Aduz que se verifica dessa planilha o lançamento a crédito, proveniente da empresa absorvida pelo autuado em processo de Sucessão/Incorporação Avipal Nordeste IE 47372629, no valor de R\$3.509.740,73, em 2010. Acrescenta que, no entanto, não apresenta prova da origem deste crédito, que gerou o recebimento creditício por parte do autuado. Ressalta que, em nenhum dos três CDs apresentados à fl. 264 é encontrado o Livro Registro de Apuração do ICMS da Avipal Nordeste. Diz que, além disso, também nas DMAs apresentadas pelo impugnante relativas ao período de 2010, época da sucessão, não se encontra saldo suficiente para esta transferência para o autuado, conforme se verifica das cópias dos referidos documentos acostadas às fls. 274 a 282.

Conclui que, dessa forma, não merecem prosperar os argumentos defensivos.

No tocante à infração 2, que versa sobre crédito indevido relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, diz que o impugnante alega que, muito embora seja comercial distribuidora, é filial de indústria, razão pela qual, teria direito ao crédito mencionado. Sustenta que não são válidas as argumentações do contribuinte quando tenta, indevidamente, estender autorização de equiparação de atacadista a indústria, pois esta autorização se aplica exclusivamente para microempresa na condição de filial de indústria.

Diz que o art. 309, IV, "b", do RICMS/BA/12 estabelece, em relação à matéria em discussão que: "*IV - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento: b)quando consumida no processo de industrialização;*".

Acrescenta que, no mesmo sentido, estabelece o art. 33, II, da Lei Complementar nº 87/96, conforme transcrição que apresenta.

Afirma que, assim sendo, o crédito fiscal apenas é permitido no processo de industrialização e não na operação comercial de Distribuição exercida pelo autuado.

Salienta que o autuado exerce a atividade principal de "Comércio Atacadista de carnes bovinas, suínas e derivados", e como atividades secundárias as de "Comércio atacadista de Leites e laticínios" e "Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente". Observa que, em toda sua movimentação fiscal, através do CFOP - Código Fiscal de Operações, não se vê que o autuado efetua nenhuma industrialização.

Aduz que, desse modo, não poderia procurar estender a qualidade industrial para uma unidade que é eminentemente comercial, até porque a legislação permite o crédito apenas à energia elétrica consumida no processo de industrialização. Salienta, ainda, que o processo de industrialização já ocorreu em sua Matriz industrial, e que lá já ocorreu o crédito do ICMS referente à energia elétrica consumida. Acrescenta que, não poderia agora, numa unidade comercial, haver novamente o crédito sobre a energia do estabelecimento.

Diz não haver motivo para se falar, portanto, em equiparação da filial atacadista da indústria em empresa industrial, pois a permissão do crédito é ao processo e não ao contribuinte em si, processo este que não é realizado pelo autuado.

Observa que julgamento neste sentido já foi realizado, conforme o Acórdão JJF Nº 0118-03/11, referente à empresa Perdigão Agroindustrial S/A da qual o autuado é sucessor, pois a BRF S/A é fruto da fusão entre a Perdigão Agroindustrial S/A e Sadia S/A. Registra que o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte não foi provido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão CJF Nº 0351-11/11.

Acrescenta que outra prova de que não há direito ao crédito de ICMS de energia elétrica nos estabelecimentos comerciais distribuidores são os próprios pareceres da DITRI – Diretoria de Tributação, que o impugnante anexou em CD constante à fl. 264, e que anexou impressos às fls.

267 a 270, do qual destaca trechos das respostas dos referidos documentos.

Ressalta que, se o laudo técnico precisa separar o consumo da área industrial e administrativa e comercial, obviamente é porque o crédito permitido de ICMS é somente para uma zona específica. Registra que nos próprios Laudos que o impugnante anexou no CD de fl. 264 percebe-se claramente isso, pois eles apenas separam os consumos das áreas das empresas, em nenhum momento entram no mérito referente ao crédito de ICMS.

Conclui que não assiste razão ao autuado.

Relativamente à infração 3, que versa sobre aplicação indevida de Redução de Base de Cálculo para Composto Lácteo, diz que o impugnante procura sustentar a aplicação da referida redução, prevista exclusivamente para Leite em Pó, conforme disposto no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Afirma que se confirma que a redução não se aplica ao produto Composto Lácteo, pois a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura, em anexo às fls. 271 a 273, determina que tenha o fabricante a obrigação de inserir no rótulo do produto composto lácteo a expressão "COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ".

Diz que, dessa forma, se não é leite em pó, conforme atesta o próprio Ministério da Agricultura, não deve prosperar o argumento defensivo, pelo que não faz jus à redução da base de cálculo o produto Composto Lácteo, se a redução prevista é específica para leite em pó.

Assinala que inúmeros julgamentos já se realizaram neste sentido, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0196-02/13, referente ao julgamento do Auto de Infração nº 206830.0008/12-0.

No respeitante à infração 4, que trata de crédito indevido referente a aquisições de mercadorias isentas, diz que o impugnante apenas argui a nulidade da infração por enquadramento legal incorreto, o que afirma não ter ocorrido, conforme se vê do corpo do Auto de Infração e do dispositivo aplicado. Salienta que, em relação ao mérito, o autuado não apresenta argumentações defensivas.

Quanto às infrações 5 e 6, registra que foram reconhecidas e pagas pelo autuado.

No que concerne às infrações 7 e 8, diz que o impugnante argui apenas a nulidade destes itens da autuação, por considerar o enquadramento como genérico, o que diz não ocorreu, pois foi feito de forma específica e relativa à cobrança em questão. Acrescenta que, além disso, em nada se aproxima do que prevê o art. 18 do RPAF, que trata dos casos de admissibilidade de nulidade. Observa que o autuado tenta ainda dizer que não há previsão legal para a referida cobrança, o que diz não ser correto, pois está destacado no corpo do Auto de Infração o embasamento previsto na legislação para o lançamento.

Conclui que, assim sendo, também não merece prosperar o argumento defensivo atinente a estas duas infrações.

No que diz respeito à infração 9, observa que foi reconhecida e paga.

Finaliza a peça informativa mantendo na integralidade o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre a exigência de crédito tributário, em decorrência do cometimento de nove infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante atinente às infrações 1, 4, 7 e 8.

No que tange a nulidade arguida referente à infração 1, verifica-se que a conduta infracional imputada ao autuado apresenta a seguinte descrição: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.*

Na complementação da descrição da infração consta que se trata de créditos fiscais de ICMS recebidos em transferência de outras filiais da empresa, sem a devida comprovação da origem de eventual saldo credor nos estabelecimentos remetentes, que desse suporte às respectivas transferências.

Passo a examinar.

A admissibilidade de transferência de créditos fiscais entre estabelecimentos da mesma empresa tem previsão no art. 114-A do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA/97) aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente até 31/03/2012, e no art. 306 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA/12), Decreto nº 13.780/12, vigente a partir de 01/04/2012.

O impugnante argui a nulidade da autuação por erro de sujeição passiva, ou seja, sustenta que a infração deveria ter sido direcionada aos estabelecimentos remetentes dos créditos fiscais.

De fato, no caso em exame, o autuado na condição de destinatário dos créditos fiscais transferidos por outros estabelecimentos, não tem a obrigação e, em princípio, não pode comprovar a origem dos créditos fiscais recebidos em transferência.

Observa-se que, diversamente do que consta na descrição da infração, o autuado apresentou o *competente documento comprobatório do direito ao crédito fiscal lançado*, ou seja, apresentou as Notas Fiscais de transferências emitidas pelos remetentes dos créditos fiscais transferidos.

A questão suscitada neste item da autuação, verdadeiramente, não diz respeito à falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito utilizado pelo autuado, mas sim a legitimidade dos créditos fiscais transferidos pelos estabelecimentos emitentes dos documentos fiscais. Ou seja, se os créditos fiscais transferidos, de fato, foram apropriados legitimamente pelos estabelecimentos de origem dos referidos créditos fiscais.

Na realidade, não incumbe ao autuado comprovar a origem de eventual saldo credor nos estabelecimentos remetentes que desse suporte às transferências, mesmo porque a função fiscalizatória é do ente público e não particular. A função fiscalizatória é indelegável, portanto, de competência exclusiva do Estado.

Assim sendo, cabe à Fiscalização proceder à devida verificação nos estabelecimentos que transferiram os créditos fiscais utilizados pelo autuado, no intuito de comprovar ou não a legitimidade dos créditos fiscais transferidos e, a partir daí, adotar as providências necessárias para, se for o caso, exigir o crédito tributário porventura devido mediante lançamento de ofício.

Vale registrar, a título ilustrativo, que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, em decisão proferida nos termos do Acórdão CJF Nº 0297-11/10 se manifestou no mesmo sentido, conforme se verifica nos excertos do voto abaixo reproduzido:

[...]

E, como visto e observado corretamente pela JJF, as operações realizadas pelo estabelecimento remetente para o destinatário dos créditos fiscais estão amparadas pelo art. 114-A do RICMS/BA, supra transrito e, no caso de apuração quanto à origem e legitimidade do crédito fiscal escriturado no estabelecimento remetente, deve ser efetuado o necessário procedimento fiscal naquele estabelecimento, considerando-se autônomo cada estabelecimento comercial industrial, extrator, importador produtor ou prestador de serviço de transporte do mesmo titular, ainda que as atividades sejam integradas, à luz do teor dos arts. 37 e 42 do RICMS/BA.

Pelo que, por força da prova documental que destes autos se extrai, considero os valores lançados na escrita do autuado, em cotejo com as cópias das notas fiscais apresentadas, elidida a autuação, também quanto à infração 2, tendo sido lançado pelo autuado, no livro Registro de Apuração do ICMS, o débito no estabelecimento remetente correspondente ao crédito escriturado no mencionado livro do estabelecimento destinatário.

Diante do exposto, com fulcro no art. 18, IV, “d”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, acolho a nulidade arguida por ilegitimidade passiva para declarar nulo o lançamento atinente a este item da autuação.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instaurar novos procedimentos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Quanto à infração 4, o impugnante sustenta que a dissonância entre os dispositivos legais capitulados, os fatos ocorridos, e a premissa adotada pelo autuante como fundamento da acusação fiscal importa na decretação de nulidade da autuação.

A conduta infracional imputada ao autuado neste item da autuação apresenta a seguinte descrição: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.*

Por certo que, independentemente de ter ocorrido à dissonância aduzida pelo impugnante, a conduta infracional imputada ao autuado acima reproduzida não deixa margem a dúvidas de que se trata de glosa de crédito fiscal atinente à aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias. Portanto, de forma muita clara, a Fiscalização descreveu a conduta infracional atribuída ao autuado, que, inclusive, consignou na peça defensiva o seu inconformismo quanto ao mérito da exigência fiscal de forma detalhada, permitindo concluir que pode exercer plenamente o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, por não vislumbrar qualquer prejuízo que tenha sido causado ao autuado, não acolho a nulidade do lançamento atinente a este item da autuação.

No tocante às infrações 7 e 8 - impugnadas conjuntamente -, o impugnante alega que estão eivadas de vício material na medida em que, ao aplicar a penalidade que entende devida, o autuante optou por aplicar a multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, de cunho absolutamente genérico. Sustenta que a dissonância entre os dispositivos legais capitulados, os fatos ocorridos, e a premissa adotada pelo autuante como fundamento da acusação fiscal importa na decretação de nulidade da autuação.

Observo que ambas as infrações dizem respeito à exigência do ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Certamente que, independentemente de ter ocorrido à dissonância aduzida pelo impugnante, à descrição das infrações não deixa margem a dúvidas de que se trata de exigências atinentes à falta de recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas. Portanto, de forma muita clara, a Fiscalização descreveu a conduta infracional atribuída ao autuado, que, inclusive, consignou na peça defensiva o seu inconformismo quanto ao mérito da exigência fiscal.

Diante disso, por não vislumbrar qualquer prejuízo que tenha sido causado ao autuado para o exercício pleno do seu direito de defesa e do contraditório, não acolho a nulidade arguida quanto a estas infrações.

Apreciadas as nulidades arguidas passo ao exame de mérito das infrações impugnadas.

Relativamente à infração 2, a acusação fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica usada na comercialização de mercadorias.

Observo que o impugnante sustenta - em síntese - o seguinte:

- o aproveitamento dos créditos fiscais oriundos da entrada de energia elétrica no estabelecimento ocorreu nos exatos termos autorizados pela legislação;
- os créditos fiscais foram apropriados devidamente amparados em laudo técnico demonstrativo do percentual utilizado em suas atividades industriais, conforme expressamente autorizado pelo art. 93, II, “b”, do RICMS/BA/97 e art. 309, IV, “b”, do RICMS/BA/12.
- o Laudo Técnico Pericial anexado demonstra que utilizava a energia elétrica no seu processo produtivo em percentual equivalente a 87,4%, sendo apenas 12,6% restantes, empregados em áreas administrativas;
- os créditos fiscais relativos à energia elétrica foram apropriados em conformidade com a legislação baiana, bem como os inúmeros Pareceres Normativos elaborados pela Fazenda Estadual da Bahia como, por exemplo, os Pareceres nºs 14700/2009 e 11304/2010, os quais sepultam qualquer dúvida acerca do direito ao aproveitamento dos créditos oriundos do

consumo da energia empregada diretamente na produção do estabelecimento, uma vez que devidamente amparados em laudo técnico demonstrativo do percentual utilizado em suas atividades industriais;

- nos termos do disposto no artigo 9º, III, do Regulamento do IPI – RIPI, aprovado pelo Decreto nº 4.544/2002, equipara-se a estabelecimento industrial, sendo, na realidade, uma extensão da indústria propriamente dita;
- verdadeiramente, não seria necessária a equiparação legal do seu estabelecimento aos estabelecimentos industriais, na medida em que a energia elétrica adquirida, cujos créditos foram glosados, é quase que inteiramente consumida no resfriamento e na refrigeração das câmaras frigoríficas para congelamento e conservação dos produtos;
- o congelamento dos produtos assim como a manutenção a uma temperatura de -18°C (para armazenagem) e de -12°C (para transporte), fazem parte integrante do processo de industrialização, mesmo porque, sem a refrigeração, os seus produtos jamais seriam aptos para venda e comercialização.

Por certo que não assiste razão ao impugnante.

Na realidade, a admissibilidade do crédito fiscal pela legislação tributária do ICMS no Estado da Bahia está adstrita às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no processo de industrialização, consoante estabelece o art. 309, IV, “b”, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Verifica-se que o autuado encontra-se inscrito no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA tendo como atividade principal "Comércio Atacadista de carnes bovinas, suínas e derivados" e atividades secundárias "Comércio atacadista de Leites e laticínios" e "Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente".

A alegação defensiva de que se equipara a estabelecimento industrial, conforme estabelecido na legislação do IPI, para fundamentar à utilização do crédito fiscal glosado não se sustenta.

Primeiro, porque o campo de abrangência da legislação do IPI encontra-se delimitado ao referido tributo de competência federal. Ou seja, as suas disposições não podem ser impostas ao ICMS, já que este se trata de tributo de competência estadual.

Segundo, porque a equiparação aduzida pelo impugnante somente poderia surtir efeito no âmbito do ICMS se, expressamente, especificamente, esta tratasse da referida equiparação, o que, de fato, não ocorre.

Também não se sustenta a alegação defensiva de que, verdadeiramente, não seria necessária a equiparação legal do seu estabelecimento aos estabelecimentos industriais, na medida em que a energia elétrica adquirida, cujos créditos foram glosados, é quase que inteiramente consumida no resfriamento e na refrigeração das câmaras frigoríficas para congelamento e conservação dos produtos; que fazem parte integrante do processo de industrialização.

Isto porque, o resfriamento e congelamento aduzidos pelo impugnante não se constituem um processo de industrialização, já que as mercadorias não sofrem qualquer transformação ou modificação de sua natureza no processo de resfriamento/congelamento.

Assim sendo, ainda que o autuado fosse equiparado a industrial, a utilização dos créditos fiscais seria indevida, haja vista que a energia elétrica não fora consumida no processo de industrialização. Vale consignar que os elementos colacionados aos autos pelo impugnante, no caso Laudo Técnico e demais documentos, não elidem a autuação.

Por considerar relevante o registro feito pelo autuante quando da Informação Fiscal de existência de julgamento sobre o mesmo tema - referente à empresa Perdigão Agroindustrial S/A da qual o autuado é sucessor, pois a BRF S/A surgiu da fusão entre a Perdigão Agroindustrial S/A e Sadia S/A - conforme Decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF Nº 0351-11/11, reproduzo abaixo, a título ilustrativo, o voto proferido pelo ilustre Conselheiro/Relator no referido Acórdão.

[...]

Quanto à infração 2, qual seja a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, transcrevo o disposto no art. 93, II, do RICMS-BA, com a redação vigente à época dos fatos geradores, para melhor entendimento da matéria:

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. (Redação do item “2” com efeitos de 28/12/06 a 23/12/10 Alteração nº 141 ao RICMS/BA)

Visando elidir a acusação que lhe foi imputada, o recorrente alegou ter direito aos créditos fiscais em questão, porquanto equiparado a estabelecimento industrial, e que a energia elétrica consumida se incorporava, sob a forma de “frio” gerado pelos compressores de refrigeração aos produtos, constituindo-se em insumos dos produtos comercializados.

No que tange à equiparação do estabelecimento do recorrente a um estabelecimento industrial, por força do disposto na legislação do IPI, ressalto que a legislação do IPI tem aplicação restrita àquele imposto federal, ao passo que a legislação tributária estadual não prevê tal equiparação para o caso em tela. Também é importante frisar que, para fins do ICMS, os diversos estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados autônomos, possuindo escrituração fiscal própria. Dessa forma, conforme foi bem salientado no Parecer da PGE/PROFIS, a atividade desenvolvida pelo recorrente é o armazenamento e a distribuição em atacado de produtos recebidos de suas filiais industriais, não havendo como considerá-lo como um estabelecimento equiparado à indústria.

Dúvidas inexistem de que a energia elétrica, cujos créditos fiscais foram glosados, foi empregada na geração de “frio” nas câmaras frigoríficas para o resfriamento/congelamento dos produtos recebidos, armazenados e comercializados pelo recorrente. Contudo, esse resfriamento/congelamento a que são submetidos os referidos produtos não caracteriza um processo de industrialização, haja vista que os produtos não sofrem qualquer transformação ou modificação de sua natureza, matéria que resta pacificado nos tribunais superiores.

Corroborando esse entendimento, o cadastro junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia é de comércio atacadista de produtos alimentícios e, conforme se verifica nos autos (fl. 794), é o autuado beneficiário do Termo de Acordo de Atacadista (Decreto 7799/2000).

Por conseguinte, mesmo que o estabelecimento do recorrente estivesse equiparado a industrial, ainda assim não seria devida a apropriação dos créditos fiscais, já que a energia elétrica não foi consumida na industrialização.

Saliento que os documentos acostados ao processo na fase defensiva (fotocópia de laudo técnico e do estatuto social da empresa) não são elementos probantes capazes de comprovar a alegada industrialização e, assim, de modificar a Decisão recorrida.

Em face do quanto exposto, a infração resta caracterizada, uma vez que a utilização dos créditos fiscais em questão não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas na alínea “a”, do inciso II, do artigo 93 do RICMS-BA, o qual reproduz a norma contida no art. 33, II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei Complementar nº 87/96. Mantenho a procedência da imputação.

No respeitante à infração 3, verifico que o impugnante afirma que é totalmente improcedente. Alega que, em relação ao produto Composto Lácteo as operações foram realizadas com amparo no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA/97, já que se trata de Leite em pó.

Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva. Diz que o impugnante sustenta a aplicação da referida redução, prevista exclusivamente para Leite em Pó, conforme disposto no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA/97.

Aduz que se confirma que a redução não se aplica ao produto Composto Lácteo, pois a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura determina que tenha o fabricante a obrigação de inserir no rótulo do produto Composto Lácteo a expressão “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”.

Diz que, dessa forma, se não é leite em pó, conforme atesta o próprio Ministério da Agricultura, não faz jus à redução da base de cálculo o produto Composto Lácteo, pois a redução prevista é específica para Leite em pó.

De fato, assiste razão ao autuante. O Composto Lácteo não é o mesmo que o Leite em Pó. Conforme muito bem consignado pelo autuante a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura determina que tenha o fabricante a obrigação de inserir no rótulo do produto Composto Lácteo a expressão "COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ".

Por óbvio, se o fabricante tem a obrigação de registrar no rótulo do produto Composto Lácteo a expressão de que o não se trata de Leite em Pó, determinada pelo órgão oficial competente para tanto, qualquer discussão em sentido contrário, a meu ver, torna-se totalmente desnecessária.

Vale registrar que se trata de matéria já pacificada na jurisprudência deste CONSEF, conforme reiteradas decisões que apontam no sentido de que o Composto Lácteo não é Leite em Pó, portanto, descabendo falar-se em aplicação da redução da base de cálculo prevista art. 87, XXI, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/96 e art. 268, XXV, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Quanto às demais mercadorias arroladas neste item da autuação no Anexo III, (fls.105 a 148), observo que o impugnante não se reportou especificamente a qualquer um deles, apenas genericamente afirmou que agiu de acordo com a legislação baiana, que garante a redução da base de cálculo nos termos em que aplicou.

Diante disso, esta infração é integralmente subsistente.

No tocante à infração 4, constato que o impugnante arguiu exclusivamente a nulidade do lançamento, cuja apreciação foi feita acima, concluindo pelo não acolhimento da nulidade arguida.

No mérito, independentemente do silêncio do autuado, os elementos acostados aos autos atinentes a esta infração confirmam o acerto da autuação. Infração subsistente.

Quanto às infrações 5 e 6, observo que foram reconhecidas pelo impugnante, inclusive com o pagamento do valor do débito reconhecido.

Diante disso, cabe apenas a homologação do pagamento e, consequentemente, a extinção do crédito tributário exigido. Infrações subsistentes.

No que concerne às infrações 7 e 8, além da nulidade arguida - apreciada acima e não acolhida -, o impugnante alega a que a autuação é improcedente, por inexistir no ordenamento jurídico norma que confira eficácia plena à exigência do DIFAL/ICMS na hipótese.

Afirma que a Lei Complementar nº 87/96, responsável pela normatização geral em matéria de ICMS, foi completamente silente quanto à possibilidade de cobrança do diferencial de alíquotas em caso de aquisição de mercadorias provenientes de outro Estado.

A argumentação defensiva não tem como prosperar. Há que se observar que o art. 146 da Constituição Federal específica genericamente o papel da lei complementar sobre matéria tributária para os três níveis de governo.

No caso específico do ICMS, a Constituição Federal indica no seu art. 155, § 2º, XII, as matérias em relação às quais cabe à lei complementar preordenar a disciplina a ser fixada pela legislação ordinária.

Certamente que o fato de determinada matéria não ter sido regulada por lei complementar não

impede os Estados de normatizá-la, utilizando-se de sua competência constitucional, salvo se não se tratar de matéria que deva, obrigatoriamente, ser objeto de lei complementar ou de resolução do Senado.

A diferença de alíquotas encontra-se prevista no art. 155, § 2º, VIII, da Constituição Federal, sendo que o art. 4º, XV, e o art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96, que versam sobre a diferença de alíquotas têm plena validade formal e material.

Vale assinalar que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade ou ilegalidade do direito posto.

Diante disso, as infrações 7 e 8 são subsistentes.

No que diz respeito à infração 9, verifico que foi reconhecida pelo impugnante, inclusive com o pagamento do valor do débito reconhecido, restando claro que é subsistente, cabendo, apenas a homologação do pagamento efetuado e, consequentemente, a extinção do crédito tributário.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado. Assim, o montante do débito remanescente do Auto de Infração fica com seguinte quadro:

| INF. | VLR. HISTÓRICO | VLR. JULGADO | MULTA | RESULTADO |
|--------------|---------------------|---------------------|-------|-------------|
| 01 | 3.611.781,68 | 0,00 | ----- | NULIDADE |
| 02 | 733.415,73 | 733.415,73 | 60% | PROCEDENTE |
| 03 | 210.999,29 | 210.999,29 | 60% | PROCEDENTE |
| 04 | 17.935,76 | 17.935,76 | 60% | PROCEDENTE |
| 05 | 10.816,55 | 10.816,55 | 60% | RECONHECIDA |
| 06 | 4.092,35 | 4.092,35 | 60% | RECONHECIDA |
| 07 | 73.167,59 | 73.167,59 | 60% | PROCEDENTE |
| 08 | 66.969,88 | 66.969,88 | 60% | PROCEDENTE |
| 09 | 4.869,82 | 4.869,82 | 60% | RECONHECIDA |
| Total | 4.734.048,65 | 1.122.266,97 | | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0052/16-0**, lavrado contra BRF S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$**1.122.266,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado. Recomenda a autoridade competente que analise a possibilidade de instaurar novos procedimentos quanto à infração 1, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR