

A. I. Nº - 279459.0030/21-7
AUTUADO - BRF S. A.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/05/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1 CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CONTRIBUINTE SIGNATÁRIO DE TERMO DE ACORDO. Nas operações interestaduais, com redução de base de cálculo com carga tributária corresponde a 7%, há incompatibilidade de se proceder crédito fiscal de ICMS, equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realize, eis não haver a efetiva carga tributária de 12%, como previsto no artigo 2º do Decreto 7.799/00. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 22 de novembro de 2021 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 196.378,22, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **001.004.006**. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2019. Consta a indicação do autuante: *“Contribuinte comercializa produtos com tributação normal nas saídas que são os enchidos e embutidos e os in natura que pertencem à substituição tributária.*

É signatário de Termo de Acordo relativo Decreto 7799/00 gozando do benefício fiscal previsto no Art. 2º onde pode lançar a crédito o valor equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com qualquer mercadoria.

O Decreto 7799/00 diz em seu Artigo 4º, que a redução de base de cálculo prevista nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Contribuinte possui também benefício fiscal previsto no Decreto 13780/12 do RICMS/BA em seu artigo 268, inciso XIV.

Esse benefício fiscal prevê que nas saídas para outras unidades da federação de produtos comestíveis, os que são os in natura pertencentes à substituição tributária, a base de cálculo será reduzida em 58,33% de forma a carga tributária ficar em 7%.

Ora, se ele utiliza 58,33% nas saídas para outras unidades da federação dos seus produtos in natura que pertencem à substituição tributária como vai se beneficiar do crédito presumido nessas mesmas operações de saídas?

Essa infração já foi julgada procedente pela 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, conforme ACÓRDÃO JJF 0128-03/21-VD anexo à fl. 11 e DVD fl. 12”.

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados, constituídos através de instrumento de fls. 95 e 96-v, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 17 a 27, onde argumenta, após resumir os termos da autuação, que o lançamento é improcedente, tendo em vista que o artigo 4º do Decreto 7.799/00, usado como base para a glosa dos créditos presumidos aproveitados não vedaria o aproveitamento cumulativo do crédito presumido previsto no artigo 2º do mesmo Decreto e a redução da base de cálculo do imposto prevista no artigo 268, inciso XIV, do RICMS/12, e sim, o artigo 4º do Decreto 7.799/00 determina apenas que as reduções de base de

cálculo previstas nos artigos 1º, 3º-B e 3º-E, que não guardam relação com os fatos autuados não são aplicáveis às operações sujeitas à substituição tributária ou já contempladas com outra redução da base de cálculo ou concessão de crédito presumido ou que sejam beneficiadas por qualquer outro mecanismo ou incentivo.

Aduz que a confirmar seu entendimento, a redação original do artigo 4º do Decreto 7.799/00, que produziu efeitos até 31/07/06 (período anterior ao da ocorrência dos fatos geradores autuados) determinava, de fato, que os créditos presumidos previstos no artigo 2º do Decreto 7.799/00 não poderiam ser aproveitados nas operações sujeitas à substituição tributária ou contempladas por redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido ou qualquer outro mecanismo de incentivo que promova redução da carga tributária.

Sustenta que as alterações promovidas pelos Decretos 10.066/06 e 13.339/11, na redação do artigo 4º do Decreto 7.799/00, afastaram a vedação ao aproveitamento cumulativo dos créditos presumidos do artigo 2º do Decreto 7.799/00 e de qualquer mecanismo/incentivo de promoção de redução da carga tributária, como é a redução da base de cálculo prevista no artigo 268, inciso XIV do RICMS/BA.

Frisa não ser a penalidade imposta, aplicável ao caso concreto, tendo em vista que a multa prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, incide exclusivamente nas situações em que não há valor de principal exigido pela autuação, o que não é o caso dos autos, e que por tais razões, o Auto de Infração deve ser julgado totalmente improcedente e, por consequência, os valores ali exigidos devem ser cancelados.

Informa ser pessoa jurídica que atua no ramo alimentício, notadamente no comércio de carne e produtos derivados e em sua atividade, realiza a venda de seus produtos para consumidores localizados tanto no Estado da Bahia, como, também, nos demais Estados da Federação.

Pontua especificamente no que se refere às vendas interestaduais, as operações realizadas são beneficiadas por dois benefícios fiscais concedidos pelo Estado da Bahia, quais sejam, o aproveitamento de créditos presumidos de ICMS, com fundamento no artigo 2º do Decreto 7.799/00; e a redução da base de cálculo do imposto, com fundamento no artigo 268 do RICMS/BA (reproduzidos).

Destaca que em nenhum momento, a Fiscalização questionou o enquadramento das operações realizadas nas hipóteses descritas, pelos dois dispositivos mencionados, não havendo dúvidas de que, de fato, as operações interestaduais de saída de carnes e seus derivados realizadas, cumprem com os requisitos estipulados tanto para a aplicação do artigo 2º do Decreto 7.799/00 (que trata do aproveitamento de créditos presumidos de ICMS) quanto para a aplicação do artigo 268 do RICMS (que trata da redução de base de cálculo do imposto).

Garante não poder ser diferente, afinal, ambos os benefícios fiscais previstos pela legislação baiana são aplicados em relação a saídas interestaduais envolvendo carne e seus derivados, exatamente como ocorreu nas operações realizadas, conforme pode ser visto por meio das notas fiscais que anexa, juntadas por amostragem (Doc. 4).

Ressalta que e a despeito de não haver dúvidas de que as operações interestaduais envolvendo carnes e seus derivados cumprem com os requisitos de aplicação tanto do artigo 2º do Decreto 7.799/00, quanto do artigo 268 do RICMS/BA, a Fiscalização entendeu ser indevido o aproveitamento dos créditos presumidos, sob a justificativa de que o artigo 4º do Decreto 7.799/00, vedaria o aproveitamento do crédito presumido do ICMS previsto pelo artigo 2º do mesmo Decreto em relação a operações submetidas ao regime da substituição tributária e/ou sujeitas a outros benefícios fiscais.

Reputa tal entendimento adotado pela Fiscalização totalmente equivocado, pois não reflete a norma prescrita no artigo 4º do Decreto 7.799/00.

Reconhece que tal artigo determina que a “redução de base de cálculo prevista nos artigos 1º, 3º-B e 3º-E”, não é aplicável às operações submetidas ao regime da substituição tributária e/ou já sujeitas a outros benefícios fiscais, na forma da cópia apresentada.

Nota por meio da literalidade da norma, que as restrições previstas pelo artigo 4º são aplicáveis apenas à “redução de base de cálculo prevista nos artigos 1º, 3º-B e 3º-E do Decreto 7.799/00”, sendo certo que, apenas esse benefício fiscal é que não deve ser aplicado sobre operações submetidas ao regime da substituição tributária e/ou já sujeitas a outros benefícios fiscais.

Reforça que as restrições contidas no mencionado artigo 4º do Decreto 7.799/00 não são aplicáveis ao aproveitamento de créditos presumidos previstos pelo artigo 2º do mesmo Decreto, o qual não contém em seu bojo qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos presumidos previstos em seu artigo 2º.

Invoca o teor do artigo 111 do CTN (reproduzido) que determina expressamente a interpretação literal da legislação tributária que trata sobre benefícios fiscais, frisando que a Fiscalização não poderia glosar os créditos presumidos do imposto aproveitados, com base no entendimento de que o artigo 4º do Decreto 7.799/00, vedaria a redução da base de cálculo prevista no artigo 1º do mesmo Decreto de forma cumulativa com outros benefícios fiscais.

Taxa tal posição de absurda e incongruente, reforçando entendimento de que não bastasse a literalidade do artigo 4º do Decreto 7.799/00 afastar a possibilidade de sua aplicação à hipótese dos autos, também a interpretação histórica de tal norma confirmaria a improcedência do Auto de Infração, uma vez que quando da edição do Decreto 7.799/00, a redação original do seu artigo 4º previa que tanto a redução da base de cálculo prevista no seu artigo 1º, quanto o aproveitamento do crédito presumido de ICMS do seu artigo 2º não poderiam ser aplicados para operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária e/ou já contempladas por benefícios fiscais, consoante reprodução.

Indica ter o autuante deixado de considerar que desde 01/11/2011, com o início da vigência do Decreto 13.339/11, a menção ao benefício fiscal previsto no artigo 2º do Decreto 7.799/00 foi excluída do texto do artigo 4º de tal diploma normativo, ou seja, o estado da Bahia, de forma deliberada optou por excluir o benefício fiscal previsto pelo artigo 2º do Decreto 7.799/00.

Justifica que por tais razões, deve ser afastado o entendimento pela Fiscalização, tendo em vista que a base legal utilizada para calcar o lançamento não é aplicável ao caso concreto.

Colaciona trechos do Acórdão JJF 0260-03/16, a amparar tal raciocínio.

Na remota hipótese de o Auto de Infração ser julgado procedente, o que se assume apenas para fins de argumentação, requer que ao menos, seja determinado o cancelamento da multa imposta, a qual corresponde a 60% do valor do imposto e tem fundamento no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96 (transcrito).

Alega que tal penalidade deve ser aplicada exclusivamente, nos casos em que não há qualquer valor de principal exigido pela autuação, vez ter a mesma como fato gerador a apuração indevida de créditos fiscais de ICMS, que não importem em recolhimento a menor do imposto.

Firma que no caso concreto, a Fiscalização exige valores, supostamente recolhidos a menor a título de ICMS, por conta da alegada utilização indevida de créditos presumidos do imposto, o que significa dizer, então, que o dispositivo da multa citado, simplesmente não é aplicável ao caso dos autos, tendo em vista que a penalidade prevista em tal norma deve ser aplicada apenas nos casos em que não há acusação de recolhimento a menor de ICMS, e no presente caso, se exige o pagamento de valor significativo a título do imposto.

Arremata que ainda que a Fiscalização possa vir a requerer a recapitulação da multa, essa alteração no lançamento é indevida, vez que violaria os artigos 146 do CTN, que prevê a impossibilidade de alteração, com efeitos retroativos, de critério jurídico do lançamento; e,

ainda, o 149 do CTN, que prevê a impossibilidade de revisão do lançamento sem que haja a constatação de qualquer fato novo não conhecido pela Fiscalização.

Finaliza, requerendo seja dado integral provimento à impugnação apresentada, se julgando improcedente o presente Auto de Infração, de forma que seja reconhecida a ilegitimidade da cobrança imposta e, como consequência, integralmente extinto o crédito tributário consignado na autuação, nos termos do artigo 156, inciso IX do CTN.

Acostou documentos de fls. 107 a 434.

Informação fiscal prestada pelo autuante à fl. 439, esclarece que o contribuinte comercializa produtos com tributação normal nas saídas que são os enchidos e embutidos e os que pertencem à substituição tributária, que são os *in natura*.

Diz ser o mesmo signatário do Termo de Acordo relativo ao Decreto 7.799/00 gozando do benefício fiscal previsto no artigo 2º, onde pode lançar a crédito o valor equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com qualquer mercadoria.

Aduz que o mesmo Decreto 7.799/00 diz em seu artigo 4º, que a redução da base de cálculo prevista nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Indica possuir também a empresa autuada o benefício fiscal previsto no Decreto 13.780/12, em seu artigo 268, inciso XIV, que prevê que nas saídas para outras unidades da Federação de produtos comestíveis, que são os *in natura*, pertencentes à substituição tributária, a base de cálculo será reduzida em 58,33% de forma a que a carga tributária corresponda a 7%.

Ora, se ele utiliza 58,33% nas saídas para outras unidades da federação dos seus produtos *in natura* que pertencem à substituição tributária como vai se beneficiar do crédito presumido nessas mesmas operações de saídas, questiona.

Noticia que essa infração já foi julgada procedente pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão JJF 0128-03/21-VD, sendo o que tem a informar.

Foram os autos encaminhados para instrução e julgamento em 21/02/2022 (fl. 441), recebidos no CONSEF em 23/02/2022 e distribuídos a este relator em 24/03/2022.

Presente na sessão de julgamento o Dr. Felipe Carreira Barbosa, OAB/SP 406.773, o qual em sede de sustentação oral, arguiu, após resumir a acusação formulada, que o argumento do Fisco não é procedente a partir de simples leitura do artigo 4º do Decreto 7.799/00.

Fala inexistir no mesmo o artigo 2º que prevê o crédito presumido nas saídas interestaduais, não havendo qualquer vedação, estando o aproveitamento conjunto dos benefícios plenamente correto, invocando, ainda, o artigo 111 do CTN, ou seja, a interpretação literal.

Diz inexistir fundamentos para a acusação fiscal.

Aduz que ainda que o artigo 4º em sua redação original vedava o aproveitamento conjunto, a redação foi deliberadamente alterada, para excluir o artigo 2º.

Compartilhou texto da norma em discussão (Decreto 7.799/00), no sentido de reiterar os argumentos defensivos.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, cuja ciência se deu de forma pessoal em 01/09/2021 (fl. 06).

A memória de cálculo da autuação e os documentos que a suportam se encontram às fls. 07 a 10, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 12.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Comércio atacadista de carnes bovinas e suínas e derivados”, CNAE 46.34-6-01, estabelecido no município de Salvador.

A acusação é a de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS.

O contribuinte não nega a prática de que foi acusado.

Já o autuante mantém a acusação, pugnando pela procedência do lançamento.

O deslinde da questão se resume em se verificar se havia permissivo legal que vedasse a conduta do contribuinte, e em havendo se correto o seu procedimento.

Quanto a alteração promovida pelo Decreto 14.295 no Decreto 7.799/00, esclareço ter sido a seguinte, que pode ser consultada em www.sefaz.ba.gov.br:

“Art. 4º A redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º-E não se aplica às operações:

I - sujeitas à substituição tributária;

II - já contempladas com redução de base de cálculo do ICMS ou concessão de crédito presumido, ou que, por qualquer outro mecanismo ou incentivo, tenham sua carga tributária reduzida, exceto quando for mais favorável ao contribuinte, ficando vedada a cumulação com outro benefício”.

Como o artigo 1º do Decreto 7.799/00 determina que “nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento...”.

Vemos que os artigos 1º e 4º do Decreto tratam de operações internas, o que não vem a ser o caso, diante das informações do autuante, bem como documentação trazida com a impugnação, quando da constituição do crédito tributário.

A questão se resume, pois, na possibilidade de acumulação de benefícios fiscais, como é o caso presente, onde a autuada aplica simultaneamente a redução de base de cálculo e apropriação de crédito fiscal presumido, e neste ponto o artigo 2º do Decreto 7.799/00 prevê:

“Art. 2º O contribuinte inscrito sob um dos códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com qualquer mercadoria”.

Acaso fosse intenção do legislador estabelecer trava ou limite para a cumulação dos benefícios, deveria fazê-lo de forma expressa e explícita, tal como realizado no seu parágrafo único “o tratamento previsto no caput só se aplica nas operações interestaduais cuja alíquota incidente seja igual ou superior de 12 %” e no artigo 2-A “excluem-se do tratamento tributário previsto nos arts. 1º e 2º as operações com papel higiênico”.

O que não pode é se intentar limitação a tributação, sem que a norma permita ou explicita, havendo de vigorar, pois, a máxima de que “o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido”.

A respeito, pertinente mencionar trecho de monografia encontrada no endereço eletrônico da rede de computadores www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?n=20818, consulta em 06/04/2022:

“De uma maneira geral, legislação e o costume são consideradas as duas fontes principais do Direito. Entretanto, a expressão ‘fontes de direito’, por ser ampla, pode englobar muitas significações conforme a explicação jurídica com a qual se lida. Assim, podem ser consideradas ‘fontes do direito’, além das duas já citadas, a norma fundamental, que valida, por exemplo, uma constituição; decisões judiciais, que validam deveres e direitos, e o próprio Direito, que valida a si mesmo. Kelsen cita também outras fontes não-jurídicas, como, por exemplo, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas e os pareceres de especialistas.

(...)

A decisão judicial tem caráter constitutivo no sentido de que cria uma norma. O juiz não simplesmente ‘descobre’ ou ‘declara’ um direito existente; ele julga, enquadra em uma norma geral e assim cria uma norma individual. A decisão judicial é, portanto, uma continuação do processo de criação jurídica. Um ato natural é transformado em ato jurídico ao ser levado ao tribunal, tornando-se passível de enquadramento na lei. Nesse caso, a pena será imputada somente por decisão judicial. Pode haver recurso da decisão judicial até o tribunal de última instância, cuja decisão será definitiva e irrefutável. Após o caso ter transitado em julgado a decisão não poderá ser anulada em qualquer outro processo e será assumida como ‘o fato em si’.

A decisão judicial pode ser pela condenação ou pela absolvição do réu. A absolvição ocorre quando o réu foi acusado injustamente ou quando não há norma geral que ligue seu ato a uma sanção. O que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido”.

Ainda segundo Hans Kelsen, “A ordem jurídica regula a conduta humana não só positivamente, prescrevendo uma certa conduta, isto é, obrigando a esta conduta, mas também negativamente, enquanto permite uma determinada conduta pelo fato de a não proibir. O que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido”.

Se tal regra vale para o particular, para a Administração Pública há de ser obedecido o princípio da legalidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, sendo, pois, imperativa a completa submissão da Administração às leis. Michel Stassinopoulos esclarece que a Administração só pode agir *secundum legem*, isto é, só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza, o que não é o caso presente quanto a glosa realizada neste aspecto.

Ou seja, inexistindo vedação a cumulação de benefícios fiscais, como aliás já existiu no próprio Decreto 7.799/00, norma já derogada, consoante, inclusive, mencionado na impugnação apresentada, o contribuinte poderia, em tese, agir em tal sentido.

A autuação, entretanto, deve ser vista sob outro aspecto, qual seja, frente a possibilidade de concomitância de aplicação do tratamento tributário previsto no artigo 268, inciso XIV do RICMS/12, e artigo 2º do Decreto 7.799/00 de forma simultânea.

A respeito, ressalto que tal matéria de idêntico teor, e conteúdo, em lançamento efetuado pelo mesmo autuante contra a mesma empresa, foi apreciada recentemente pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal em 17/03/2022, o que resultou no Acórdão CJF 0069-12/22-VD, do qual extraio os seguintes trechos do voto condutor, acompanhado à unanimidade pelos demais pares, ao qual adiro e incorporo ao presente, sem qualquer ressalva ou reparo:

“O recorrente sustenta que, nas operações tributadas de vendas interestaduais de produtos derivados de carne, incidem dois benefícios fiscais concedidos pelo Estado da Bahia, sendo o primeiro através do aproveitamento de créditos presumidos de ICMS, com base no art. 2º do Decreto nº 7799/00, e o segundo através da redução da base de cálculo do imposto, conforme art. 268 do RICS/BA.

Da análise de tais razões recursais, há de registrar que o recorrente se equivoca ao considerar como “benefício fiscal” crédito fiscal presumido de ICMS equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizou, como estabelece o art. 2º do Decreto nº 7799/00.

Na verdade, o aludido crédito presumido não se trata de um “benefício fiscal”, mas de um estorno parcial de débito do imposto incidente nas operações interestaduais de saídas, com carga tributária correspondente à alíquota de 12%, em decorrência da limitação dos créditos fiscais a 10% do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias, conforme previsto no art. 6º do Decreto nº 7.799/00, cuja limitação decorreu em razão do benefício fiscal que reduz, nas operações de saídas internas, a base de cálculo das mercadorias em 41,176%, de modo que a carga tributária corresponda à alíquota de 10%.

(...)

Logo, ao incidir carga tributária de 12% nas operações de saídas interestaduais, de forma equânime, se concede crédito presumido equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nestas operações, de modo a restabelecer a carga tributária de 10%, a qual limitou os créditos fiscais nas aquisições. Porém, obviamente, tal estorno de débito ou crédito presumido só ocorrerá se, efetivamente, a carga tributária da operação interestadual for igual ou superior a 12%, de modo a se restabelecer aquela de 10%, prevista no benefício fiscal, como ínsito no aludido art. 2º do Decreto nº 7.799/00.

(...)

No caso presente, constatou-se que o contribuinte realizava operações interestaduais de produtos derivados de carnes (enchidos e embutidos) com redução da base de cálculo para 58,33%, o que resulta na carga tributária equivalente a 7%, conforme previsto no art. 268, XIV do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), o que já se comprova a incompatibilidade de se proceder qualquer crédito fiscal de ICMS, equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizou, como estabelece o art. 2º do Decreto nº 7799/00, eis não ‘O tratamento previsto no caput só se aplica nas operações interestaduais cuja alíquota incidente seja igual ou superior de 12%’.

Em suma, nestas operações interestaduais com redução de base de cálculo com carga tributária corresponde a 7% não há crédito presumido de 16,667% para que se restabeleça a carga tributária do crédito de 10%, uma vez que tal direito só ocorre quando a tributação na saída incida a alíquota de 12%, cujo percentual de 16,667% corresponde, justamente, a diferença de 2% (12% para 10%)”.

Ou seja: a impossibilidade de cumulação entre os benefícios não decorre de vedação legal, mas sim, da sistemática regulamentar que determina obrigação que se mostra incompatível com a operação realizada pela autuada, o que determina a procedência da autuação.

Em relação ao argumento defensivo de que a penalidade imposta pela Fiscalização não é aplicável ao caso concreto, tendo em vista que a multa prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/1996, deve incidir exclusivamente nas situações em que não há valor de principal exigido pela autuação, e que eventual recapitulação da multa seria indevida, uma vez que violaria os artigos 146 e 149 do CTN, esclareço que, de fato, assim dispõe tal comando legal:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal”.

De fato, analisando a acusação se percebe com clareza solar o equívoco perpetrado pelo autuante, uma vez que o presente Auto de Infração versa acerca da cobrança de imposto e multa, por ter havido repercussão financeira na prática do sujeito passivo tida como violadora da legislação.

O enquadramento mais correto seria o contido no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal”.

Assim, nos termos contidos no artigo 142 do CTN, que fala acerca de “*Compete privativamente à autoridade administrativa...propor a aplicação da penalidade cabível*” e 155 do RPAF/99 em que “*a decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência...do pedido do contribuinte*”.

Como visto, o autuante apenas propõe a aplicação da multa, a qual é imposta pelo julgador. Assim, de ofício, reenquadro a penalidade a ser aplicada àquela prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea “f”, e contrariamente ao entendimento externado na impugnação, não vejo óbice para que tal multa sugerida pelo autuante seja reenquadrada, bem como nego ter havido mudança de critério jurídico ou violação a dispositivos do CTN, especialmente os artigos 146 e 149, diante dos motivos acima expostos.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, por completo impedimento legal, em atenção ao princípio da legalidade anteriormente invocado, vez que os termos do artigo 42, § 8º da Lei 7.014/96 foram devidamente revogados daquele diploma legal, através da Lei 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Por fim, quanto ao requerimento para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo na forma e no endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido

no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico, a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato de o processo judicial eletrônico já ser corriqueiramente adotado por diversos órgãos do Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0030/21-7**, lavrado contra a empresa **BRF S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 196.378,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2022.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/ RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR