

A. I. N° - 279459.0012/22-7
AUTUADO - BRF S.A.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/07/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-01/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Os materiais arrolados na planilha elaborada pelo autuante não se enquadram como produtos intermediários, haja vista que o estabelecimento autuado exerce a atividade de comércio atacadista e não de industrial, sendo indubioso que se trata de materiais para uso ou consumo do próprio estabelecimento. Infração subsistente. **b)** CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO. CONTRIBUINTE SIGNATÁRIO DE TERMO DE ACORDO. Nas operações interestaduais, com redução de base de cálculo com carga tributária correspondente 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, haja vista a efetiva carga tributária de 12%, conforme previsto no art. 2º do Decreto nº 7.799/00. Alegações defensivas não elidem a autuação. Infração subsistente. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/02/2022, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 105.476,88, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 – 001.002.002 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 15.902,68, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 001.004.006 – Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 89.574,20, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls. 28 a 35 dos autos). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre a autuação. Sustenta que o Auto de Infração é improcedente.

No tocante à infração 01, afirma que os bens arrolados na autuação são materiais intermediários utilizados pela empresa em seu processo produtivo, o que lhe permite aproveitar créditos correspondentes ao imposto incidente nas respectivas aquisições.

Alega que mesmo que se entenda que os bens foram adquiridos para uso e consumo, o que assume apenas para fins de argumentação, há que se reconhecer que a vedação ao crédito do ICMS nas aquisições de bens destinados ao uso ou consumo impõe pelo art. 29, § 1º, inciso II, da Lei n. 7.014/96, viola o princípio constitucional da não-cumulatividade, haja vista que pretende vedar a utilização do crédito em hipótese não prevista na CF, no caso entradas isentas ou não tributadas.

Quanto à infração 02, alega que o artigo 4º do Decreto 7.799/00, utilizado como fundamento para a

autuação, determina apenas, que às reduções de base de cálculo previstas nos artigos 1º, 3º-B e 3º-E do mesmo decreto (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.

Afirma que a confirmar seu entendimento, a redação original do artigo 4º do Decreto 7.799/00, que produziu efeitos até 31.7.06 (muito antes da ocorrência dos fatos geradores autuados) determinava a vedação acima referida, ou seja, as alterações promovidas pelo Decreto nº 10.066/06 e pelo Decreto nº 13.339/11, na redação do artigo 4º do Decreto n. 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 art. 268, XIV, do RICMS/BA.

Alega, ainda, que a penalidade imposta não é aplicável ao caso concreto, tendo em vista que a multa prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei n. 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.

Assevera que por tais razões o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Reporta-se sobre o que denomina de “MOTIVOS DETERMINANTES PARA CANCELAMENTO DA AUTUAÇÃO FISCAL.”

Assinala que a acusação fiscal é de aproveitamento indevido de créditos fiscais sobre aquisições de bens supostamente destinados para uso e consumo do estabelecimento, contudo, os itens listados na autuação são bens intermediários utilizados no seu processo produtivo, cuja admissibilidade de creditamento tem como fundamento o art. 20, *caput*, da LC n. 87/96.

Observa que o STJ já consolidou o entendimento de que os produtos intermediários geram direito a crédito de ICMS, conforme julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 471.109.

Diz que no caso concreto realiza atividades de produção de produtos alimentícios. Alega que para produção de alimentos é necessária uma série e equipamentos e bens essenciais para garantir os padrões de qualidade e de esterilidade dos produtos das marcas BRF, conforme se observa da lista de bens adquiridos pela empresa e de suas respectivas destinações dentro do processo produtivo (doc. 05). A título de exemplo menciona o “GÁS FREON R22” que abastece os aparelhos de acondicionamento da unidade da empresa com os gases responsáveis pelo seu funcionamento, inexistindo dúvida que se trata de bem intermediário do seu processo produtivo. Acrescenta que de forma similar os pallets são imprescindíveis no seu processo produtivo, pois utilizados para compor a própria embalagem do produto final, sem os quais seria impossível concretizar a venda.

Salienta que o direito ao aproveitamento dos créditos nas aquisições de bens intermediários decorre do próprio princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, nos artigos 19 e 20 da Lei Complementar n. 87/96 e, ainda, nos artigos 28 e 29, da Lei nº 7.014/96. Acrescenta que o seu direito de crédito fiscal possui amparo no artigo 309, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA.

Assevera que assim sendo, os créditos aproveitados são legítimos, já que decorrem de aquisições de produtos intermediários e de materiais de embalagem, todos utilizados no processo produtivo e indispensáveis para fabricação de alimentos das marcas BRF.

Prosseguindo, diz que caso não se entenda que os itens adquiridos são indispensáveis para o seu processo produtivo, o que assume apenas para fins de argumentação, ainda assim o Auto de Infração deve ser cancelado, haja vista que segundo o princípio da não-cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, inciso I, da CF, também a aquisição de bens de uso e consumo deve ser passível de creditamento do ICMS.

Alega que de acordo com a CF, apenas as entradas isentas e não tributadas não dão direito a crédito fiscal.

Tece considerações sobre a limitação temporal para exercício do direito de crédito fiscal previsto pelo art. 33, I, do LC 87/96, dizendo que é uma verdadeira afronta ao princípio da não-cumulatividade, sendo inconstitucional.

Sustenta que a vedação ao crédito fiscal nas aquisições de bens destinados a uso ou consumo imposta pelo art. 29, § 1º, inciso II, da Lei n. 7.014/96 viola o princípio da não-cumulatividade, pois pretende vedar a utilização do crédito fiscal em hipótese não prevista na CF.

Conclusivamente, afirma que diante do exposto, a infração 01 deve ser cancelada na íntegra.

No que tange à infração 02, alega inaplicabilidade da regra do art. 4º do Decreto n. 7.799/00.

Aduz que a justificativa utilizada é o de que o artigo 4º do Decreto Estadual nº 7.799/00 vedaria o aproveitamento do crédito presumido do ICMS previsto pelo artigo 2º do mesmo Decreto 7.799/00 em relação a operações sujeitas ao regime de substituição tributária e/ou sujeitas a outros benefícios fiscais.

Assevera que esse entendimento adotado pela Fiscalização está equivocado, tendo em vista que o artigo 4º do Decreto 7.799/00, determina apenas, que às reduções de base de cálculo previstas nos artigos 1º, 3º-B e 3º-E do mesmo Decreto não são aplicáveis às operações sujeitas à substituição tributária e/ou já contempladas com outros benefícios. Ou seja, de maneira contrária ao que alega a Fiscalização, as restrições estabelecidas pelo art. 4º do Decreto n. 7.799/00 não são aplicáveis ao aproveitamento de créditos presumidos previstos pelo art. 2º do referido Decreto, de forma a não existir no Decreto n. 7.799/00 qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos presumidos previstos em seu artigo 2º pela empresa. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 111 do CTN.

Alega que a Fiscalização deixou de considerar é que desde 01/11/2011, com o início da vigência do Decreto n. 13.339/11, a menção ao benefício fiscal previsto no art. 2º do Decreto n. 7.799/00, no caso aproveitamento do crédito presumido, foi excluída do texto do art. 4º. Ou seja, o próprio Estado da Bahia deliberadamente optou por excluir o benefício fiscal previsto pelo art. 2º do Decreto n. 7.799/00 da vedação ao aproveitamento de benefícios fiscais cumulativos prevista no art. 4º do mesmo Decreto n. 7.799/00.

Assinala que em caso idêntico ao presente, por ter a Fiscalização inicialmente entendido que esse benefício não poderia ser utilizado cumulativamente com outros benefícios fiscais, as próprias Autoridades Fiscais revisaram a autuação fiscal, para reconhecer que, após 01.11.2011, as restrições impostas pelo artigo 4º do Decreto 7.799/00, não são aplicáveis para o aproveitamento de créditos presumidos do artigo 2º do mesmo Decreto 7.799/00, tendo a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual ratificado esse entendimento. Reproduz o Acórdão nº 0260-03/16.

Observa que a 3ª Junta de Julgamento Fiscal ratificou o entendimento “revisado” da Fiscalização de que, após 01/11/2011, o artigo 4º, do Decreto nº 7.799/00 não traz qualquer vedação para o aproveitamento do crédito presumido previsto no artigo 2º do referido Decreto.

Conclusivamente, diz que desse modo, com base também na jurisprudência do CONSEF, resta demonstrada a improcedência da infração 02.

Continuando, diz que na remota hipótese de o Auto de Infração ser julgado procedente deve ser ao menos, 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.

Alega que a penalidade prevista nessa norma deve ser aplicada exclusivamente, nos casos em que não há qualquer valor de principal exigido pela autuação. Ou seja, essa multa tem como fato gerador a apuração indevida de créditos fiscais de ICMS, que não importe em recolhimento a menor do imposto.

Afirma 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. Diz

que isso 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 caso dos autos, se exige o pagamento de valor relevante a título do imposto).

Assevera que ainda que a Fiscalização possa vir a requerer a recapitulação da multa, essa alteração no lançamento é indevida, uma vez que (i) violaria o artigo 146 do CTN, que prevê a impossibilidade de alteração, com efeitos retroativos, de critério jurídico do lançamento; e, ainda, (ii) violaria o artigo 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 a peça defensiva pleiteando que seja dado integral provimento a Impugnação, para que seja julgado improcedente o lançamento tributário, de forma que seja reconhecida a ilegitimidade da cobrança imposta e, como consequência, extinto o crédito tributário consignado na autuação, nos termos do artigo 156, inciso IX, do CTN. Subsidiariamente, caso o pedido não seja acolhido, pleiteia que a Impugnação seja parcialmente provida, ao menos para que seja cancelada a multa exigida, tendo em vista que a penalidade prevista pelo artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96, não é aplicável ao caso concreto. Por fim, indica o endereço para recebimento de intimações relativas ao processo administrativo, no caso Lobo & de Rizzo Advogados, Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados de Marcelo Bez Debatin da Silveira.

O autuante prestou Informação Fiscal (fl. 392). No tocante à infração 01, observa que se trata de aquisição de material de uso e consumo, no caso óleo diesel a granel, GLP a granel e pallet de madeira, sendo indevido o crédito fiscal.

Destaca que essa infração já foi julgada procedente conforme o Acórdão CJF Nº. 0314-12/17.

Quanto à infração 02, diz que o Contribuinte insiste no acúmulo de dois benefícios fiscais. Indaga como vai utilizar a redução de 58,33% nas saídas para outras unidades da federação dos seus produtos *in natura* que pertencem à substituição tributária e também, como vai se beneficiar do crédito presumido nessas mesmas operações de saídas.

Destaca que essa infração já foi julgada procedente pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal conforme o Acórdão JJF Nº. 0128-03/21-VD.

Finaliza mantendo na íntegra a autuação.

Presente na sala virtual desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal o ilustre patrono do autuado, o advogado Dr. Felipe Carreira Barbosa OAB/SP nº.406.773.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações a legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo a infração 01 atinente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e a infração 02 relativa à utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS.

Inicialmente, cabe consignar que não acolho o pedido formulado pelo impugnante no sentido de realização de diligência/perícia, haja vista que a matéria de que cuida o presente Auto de Infração é de pleno conhecimento dos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, sendo os elementos constantes dos autos suficientes para apreciação e decisão da lide, portanto, descabendo a participação de diligenciador ou perito técnico.

Assim sendo, com fundamento no art. 147, I, “a” e II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, indefiro o pedido de realização e diligência/perícia.

No mérito, o impugnante alega que os bens arrolados na infração 01 são materiais intermediários utilizados pela empresa em seu processo produtivo, o que lhe permite aproveitar créditos

correspondentes ao imposto incidente nas respectivas aquisições.

Alega ainda, que mesmo que se entenda que os bens foram adquiridos para uso e consumo, o que assume apenas para fins de argumentação, há que se reconhecer que a vedação ao crédito do ICMS nas aquisições de bens destinados ao uso ou consumo imposta pelo art. 29, § 1º, inciso II da Lei n. 7.014/96, viola o princípio constitucional da não-cumulatividade, haja vista que pretende vedar a utilização do crédito em hipótese não prevista na CF, no caso entradas isentas ou não tributadas.

Verifico que o autuado se encontra cadastrado na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia nas seguintes atividades econômicas: atividade principal: 4634601 – *Comércio atacadista de carnes bovinas, suínas e derivados*; - atividades secundárias: 4631100 – *Comércio atacadista de leite e laticínios*; 4635499 – *Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente*.

Significa dizer que não exerce o estabelecimento autuado qualquer atividade industrial, e desse modo, inexiste a admissibilidade de utilização de crédito fiscal conforme procedeu.

Na realidade, os materiais arrolados na planilha elaborada pelo autuante, acostada às fls. 08/09 dos autos, assim como no CD acostado à fl. 13, no caso Gás Freon, pallet de madeira, Gás GLP a granel, aparelho telefone, cavalete, etc., não se enquadram como produtos intermediários, haja vista que, reitere-se, o estabelecimento autuado exerce a atividade de comércio atacadista e não de industrial, sendo indubioso que se trata de materiais para uso ou consumo do próprio estabelecimento.

Relevante assinalar que o artigo 29, § 1º, inciso II da Lei nº 7.014/96, estabelece que o uso do crédito fiscal ocorrerá a partir da data prevista na Lei Complementar nº 87/96, tratando-se de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento adquirente, sendo que a mencionada Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 33, inciso I, teve a data de admissibilidade do crédito fiscal de material de uso/consumo prorrogado para 1º de janeiro de 2033.

Assim sendo, a glosa dos créditos fiscais conforme a autuação se apresenta correta.

O impugnante alega ainda, que a vedação prevista pelo artigo 29 da Lei nº 7.014/96, afronta o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, matéria que não pode ser apreciada por esta Junta de Julgamento Fiscal, em face da existência de um óbice intransponível à sua apreciação, no caso, a determinação contida no artigo 167, inciso I do RPAF/BA, no sentido de que não se inclui na competência do órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária vigente.

A título ilustrativo, cabe registrar que a matéria atinente a este item da autuação é recorrente no âmbito deste CONSEF, sendo que este mesmo Contribuinte já figurou no polo passivo em outras autuações, sendo os Autos de Infração julgados procedentes, a exemplo do recente Acórdão JJF Nº 0188-04/21-VD de 21/09/2021, cujo voto proferido pelo ilustre Julgador/Relator, reproduzo excertos abaixo:

[...]

Dito isto, vejo que a infração 01, onde foi exigido ICMS no valor de R\$ 9.825,68, se encontra assim posta: "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte se creditou indevidamente de ICMS destacado nas aquisições de material de uso e consumo, tais como: Gás GLP, Pallet de madeira, telefone celular, entre outros.

[...]

O argumento defensivo é no sentido de que faz jus à utilização dos créditos fiscais que foram glosados, em razão de que os materiais objeto da autuação se enquadram como produtos intermediários que são utilizados em seu processo produtivo, e por esta razão, considerando o princípio da não-cumulatividade do imposto, tem direito à utilização dos mesmos.

[...]

A citada planilha indica que tais aquisições se referem a GLP a granel, pallet de madeira, gás, cabo silicone, cortina de PVC, fluido de corte, telefone celular, antiembaçante para óculos, cancela, micro chave e fluido. Analisando o tratamento tributário a ser dado a estas aquisições, em se tratando de estabelecimento inscrito na condição de comércio atacadista, considero que tais materiais, em nenhuma hipótese podem ser enquadrados como produtos intermediários, já que o estabelecimento autuado nada industrializa, apenas comercializa, tendo, portanto, todos eles, a característica de materiais para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento, até porque, não se constituem em materiais para embalagem destinada ao consumidor final.

Nesta condição o Art. 29, § 1º, inciso II da Lei nº 7.014/96, estabelece que o uso do crédito fiscal ocorrerá a partir da data prevista na Lei Complementar nº 87/96, tratando-se de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento adquirente, enquanto a referida LC, em seu Art. 33, I, fixa esta data a partir de 1º de janeiro de 2033.

Portanto, a glosa dos créditos levada a efeito na infração 1 está correta e deve ser mantida. [...] Infração 01 subsistente.

Diante do exposto, a infração 01 é subsistente.

No que tange à infração 02, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS.

Segundo a acusação fiscal, o autuado, signatário do Termo de Acordo relativo ao Decreto nº 7799/00, utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, previsto no art. 2º, equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizou no período de janeiro a dezembro de 2020, cumulativamente, com a redução da base de cálculo de 58,33%, prevista no art. 268, inciso XIV do RICMS/12, de modo que a carga tributária resultasse em 7%.

O impugnante sustenta que o entendimento adotado pela Fiscalização está equivocado, tendo em vista que o artigo 4º do Decreto 7.799/00, determina apenas que às reduções de base de cálculo previstas nos artigos 1º, 3º-B e 3º-E do mesmo Decreto, não são aplicáveis às operações sujeitas à substituição tributária e/ou já contempladas com outros benefícios. Ou seja, de maneira contrária ao que alega a Fiscalização, as restrições estabelecidas no art. 4º do Decreto n. 7.799/00 não são aplicáveis ao aproveitamento de créditos presumidos previstos pelo art. 2º do referido Decreto, de forma a não existir no Decreto n. 7.799/00 qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos presumidos previstos em seu artigo 2º pela empresa.

Alega que a Fiscalização deixou de considerar é que desde 01/11/2011, com o início da vigência do Decreto n. 13.339/11, a menção ao benefício fiscal previsto no art. 2º do Decreto n. 7.799/00, no caso aproveitamento do crédito presumido, foi excluída do texto do art. 4º. Ou seja, o próprio Estado da Bahia deliberadamente optou por excluir o benefício fiscal previsto pelo art. 2º do Decreto n. 7.799/00 da vedação ao aproveitamento de benefícios fiscais cumulativos, prevista no art. 4º do mesmo Decreto nº 7.799/00.

Do mesmo modo consignado na infração 01, registro que a matéria atinente a este item da autuação é recorrente no âmbito deste CONSEF, sendo que este mesmo Contribuinte já figurou no polo passivo em outras autuações, sendo os Autos de Infração julgados procedentes, a exemplo do Acórdão JJF 0128-03/21 VD, cuja decisão foi mantida pela Segunda Instância deste CONSEF, nos termos do Acórdão CJF N° 0069-12/22-VD de 17/03/2022, cujo excerto do voto reproduzo abaixo:

Acórdão CJF N° 0069-12/22-VD.

[...]

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.

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.

Parágrafo único. O tratamento previsto no caput só se aplica nas operações interestaduais cuja alíquota incidente seja igual ou superior de 12 %.

Tal conclusão, além de obvia e lógica, ainda é corroborada através do art. 4º, II do Decreto nº 7.799/00, no qual determina que:

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.

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 haver a efetiva carga tributária de 12%, logo, em consequência, a impossibilidade de crédito fiscal, a título de estorno parcial de débito, como previsto no parágrafo único do mesmo art. 2º do Decreto nº 7.799/00 que determina: "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%).

Quanto à alegação recursal de ser improcedente o reenquadramento de ofício da penalidade prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96, uma vez que viola o art. 146 do CTN, que prevê a impossibilidade de alteração, com efeitos retroativos, de critério jurídico do lançamento e ainda viola o art. 149 do CTN, que prevê a impossibilidade de revisão do lançamento sem que haja a constatação de qualquer fato novo não conhecido pela fiscalização, do que requer o cancelamento integral da penalidade, devo consignar que, nos termos do art. 142 do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Portanto, no caso em espécie, a penalidade a ser aplicada é apenas proposta pela autoridade administrativa, cabendo ao órgão julgador adequar o fato concreto à hipótese legal, inexistindo qualquer alteração de critério jurídico ou de revisão do lançamento como alega o recorrente.

Assim, acertadamente o Juízo de Primeira Instância entendeu que o correto enquadramento da multa sugerida pelo autuante seria a prevista no art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96, cuja aplicação da penalidade é apenas proposta pelo autuante, nos termos do art. 142 do CTN.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Verifica-se que o Conselheiro/Relator brilhantemente discorreu sobre os tópicos que infirmam o entendimento do impugnante, no sentido de utilização cumulativa de créditos presumidos de ICMS previsto no art. 2º do Decreto nº 7799/00, com a redução da base de cálculo prevista no art. 268 do RICMS/BA.

Certamente que incorre em equívoco o impugnante quando sustenta tal possibilidade, conforme muito bem apreciado no voto acima reproduzido, o qual acolho para fazer parte integrante do meu voto.

Diante do exposto, a infração 02 é procedente.

Quanto à alegação defensiva de que em caso idêntico ao presente, por ter a Fiscalização inicialmente entendido que esse benefício não poderia ser utilizado cumulativamente com outros benefícios fiscais, as próprias Autoridades Fiscais revisaram a autuação fiscal, para reconhecer que após 1º.11.2011, as restrições impostas pelo artigo 4º do Decreto 7.799/00, não são aplicáveis para o aproveitamento de créditos presumidos do artigo 2º do mesmo Decreto 7.799/00, tendo a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual ratificado esse entendimento, nos

termos do Acórdão nº 0260-03/16, a análise do referido Acórdão permite concluir que não se trata da mesma matéria tratada no presente caso, na realidade, trata-se de matéria totalmente distinta.

No tocante à alegação do impugnante 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 nº 7.014/1996, incide exclusivamente nas situações em que não há valor de principal exigido pela autuação, o que não é o caso dos autos, certamente assiste razão ao impugnante, haja vista que a multa aplicável ao caso é a prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei n. 7.014/96, porém, no mesmo percentual de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Entretanto, o entendimento manifestado pelo impugnante atinente à impossibilidade de recapitulação da multa aplicada, não pode ser acolhido, haja vista que cabe ao órgão julgador, quando necessário, proceder a devida retificação da multa aplicada, descabendo falar-se em alteração de critério jurídico ou de revisão do lançamento, conforme alegado pelo impugnante.

Assim sendo, cabe a retificação de ofício da multa aplicada para a prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei n. 7.014/96.

No respeitante ao pedido do impugnante de redução da multa por ter um valor que entende excessivo, cumpre consignar que este Órgão Julgador não possui competência para cancelar ou reduzir multas por descumprimento de obrigação tributária. A penalidade ora aplicada, é a prevista na Lei nº 7.014/96, para a infração apurada, falecendo competência a esta JJF para apreciar aspectos referentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF/99.

Por derradeiro, no tocante ao pedido do impugnante para que todas as intimações referentes ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço constante na sua peça defensiva, sob pena de nulidade. Saliento que nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente da repartição fazendária, contudo o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação do contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279459.0012/22-7, lavrado contra **BRF S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 105.476,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR