

PROCESSO	- A I Nº 441449.0015/14-7
RECORRENTE	- RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0164-01/14
ORIGEM	- IFMT SUL
INTERNET	- 04.11.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0331-12/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DESTAQUE DO IMPOSTO A MENOS. ERRO QUANTO AO CRÉDITO UTILIZADO. O Decreto Estadual nº 14.213/12, com efeitos a partir de 01.12.2012, estabelece a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar 24, de 07.01.75. Para as mercadorias carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmorada e miúdo comestível resultantes do abate de ave e suíno, oriundas do Estado de Goiás, o Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/12 prevê o crédito fiscal no percentual de 3% sobre a base de cálculo, em face do crédito outorgado de 9% (art. 11, VI, do Anexo IX, do RICMS/GO). Inexistência de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Rejeitadas as nulidades arguidas. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou procedente o Auto de Infração, para exigir da Recorrente imposto no valor de R\$13.825,79, acrescido da multa de 60% o que perfaz R\$22.121,26, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 13/03/2014 decorre de uma infração que acusa o Sujeito Passivo de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

Na descrição dos fatos o autuante fez consignar que:

“o contribuinte fez o recolhimento do ICMS a menor, referente à aquisição interestadual de mercadorias, destinadas a comercialização, conforme DANFE nº 001.271, emitido em 11/03/2014.

O crédito admitido é de 3%, conforme previsto no Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012, tendo em vista a utilização de benefício fiscal relativo ao ICMS concedido de forma unilateral não autorizado por acordo firmado entre as unidades da Federação, portanto, em desacordo com as normas da Lei Complementar nº 24.”

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcreto, que é procedente o Auto de Infração, *in verbis*:

VOTO

O Auto de Infração em exame imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS decorrente de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária - parcial ou total, conforme o caso – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido. Consta na "Descrição dos Fatos" do Auto de Infração que o contribuinte fez o recolhimento do ICMS a menor, referente à aquisição interestadual de mercadorias, destinadas a comercialização, conforme DANFE na 001.271, emitido em 11/03/2014. Consta ainda que o crédito admitido é de 3%, conforme previsto no Anexo Único do Decreto na 14.213/2012, tendo em vista a utilização de benefício fiscal relativo ao ICMS concedido de forma unilateral não autorizado por acordo firmado entre as unidades da Federação, portanto, em desacordo com as normas da Lei Complementar na 24/75.

Inicialmente, cabe-me consignar que este Órgão Julgador de Primeira Instância administrativa não tem competência para apreciar arguição de constitucionalidade, assim como para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, no caso o Decreto nº 14.213/2012, consoante determina o art. 167, I, III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto na 7.629/99.

Quanto às preliminares de nulidades arguidas pelo autuado, verifico que inexiste no lançamento de ofício em exame ofensa aos princípios da verdade material e inquisitoriedade, conforme suscitado na peça defensiva. Em verdade, os elementos comprobatórios da ilicitude apontada na autuação, materialmente, afastam qualquer dúvida sobre a ocorrência do fato infracional. Em razão disso, inexiste qualquer questionamento a ser feito, portanto, necessidade de realização de diligência.

Quanto ao princípio da não-cumulatividade, não vislumbro que tenha ocorrido qualquer ofensa a este princípio, haja vista que, no presente caso, foi feita a compensação entre o crédito fiscal e o débito apurado, tendo a fiscalização respeitado o limite de creditamento determinado pelo Decreto na 14.213/2012.

Diante do exposto, não acoelho as preliminares de nulidade arguidas.

No mérito, constato que a Fiscalização fundamentou a exigência no Decreto Estadual nº 14.213/12, com efeitos a partir de 01.12.2012, que dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar 24/75.

Consoante o referido decreto, o crédito fiscal do ICMS relativo a tais entradas somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme consta no seu Anexo Único e que o disposto se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e antecipação parcial.

Para as mercadorias carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmorada e miúdo comestível resultantes do abate de ave e suíno, oriundas do Estado de Goiás, o Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/12 estabelece o crédito fiscal no percentual de 3% sobre a base de cálculo, em face do crédito outorgado de 9%(art. 11, VI, do Anexo IX, do RICMS/GO).

No caso em exame, o autuado utilizou o crédito fiscal de 12%, quando deveria ter utilizado o crédito fiscal de 3%, no cálculo do imposto a ser recolhido, conforme determinado pelo Decreto Estadual nº 14.213/12. Em face disso, deixou de recolher uma parcela do imposto devido, cuja exigência foi feita mediante o lançamento de ofício em tela.

Verifico que o autuado não impugnou os dados numéricos do levantamento fiscal. Em verdade, os questionamentos aduzi os recaem sobre princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, sobre a posição, hierarquia ou constitucionalidades das normas ou ainda que Estado da Bahia, ao impor a alíquota de 3% para os seus créditos fiscais, usurpou a competência do Senado Federal, prevista no art. 155, II, § 2º, IV, da Constituição.

No que tange a tais alegações, vale reiterar que a Fiscalização fundamentou a autuação na legislação do ICMS, particularmente, no Decreto Estadual nº 14.213/12.

Diante do exposto, considero correta a autuação, haja vista que o autuado aplicou incorretamente o crédito fiscal na apuração do imposto devido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Devidamente intimado, a Autuada interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 81 a 90.

Após breve relato dos fatos e irresignada com o julgamento de primeiro grau a Recorrente vem aos autos dizendo da necessidade de reforma do julgado.

Por primeiro, discorrendo derredor do princípio da verdade material e aduzindo que é ônus do fisco fazer prova da ocorrência do fato gerador ou da infração que se pretende imputar ao Sujeito Passivo, assevera que apenas se admite a inversão do ônus da prova nas hipóteses em que haja disposição legal.

Dizendo do princípio da inquisitoriedade, aduz que as autoridades devem atentar para as normas que regulamentam o processo administrativo fiscal no tocante à busca de novas provas, determinando, a pedido do sujeito passivo ou de ofício, a realização de perícias ou diligências necessárias, bem como a resposta de quesitos feitos pelo sujeito passivo, que visem a esclarecer os fatos conectados com o lançamento do crédito tributário.

Assevera que há ofensa ao art. 155, II, da Constituição Federal em razão da inconstitucionalidade do Decreto nº 14.213/12. Diz das competências dos estados na cobrança do ICMS, também aduzindo que “*a competência para a fixação de alíquotas interestaduais é delegada pelo art. 155, § 2º, IV, da Constituição Federal ao Senado Federal, que, através da Resolução do Senado nº 22/1989, fixou em 12%, exceto em relação a operações e prestações realizadas pelos contribuintes das Regiões Sul e Sudeste para os contribuintes das Regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo, que é de 7%*”.

Na esteira do que informa, registra que “*as alíquotas aplicáveis nas operações internas são fixadas pelos governos estaduais, tendo em vista a competência constitucional. Dessa forma, é absolutamente defeso ao Poder Executivo do Estado Destinatário, por meio de simples Decreto, desconsiderar unilateralmente a alíquota aplicada no Estado de Origem e exigir, relativamente a certos produtos, nas operações interestaduais, o pagamento do valor quase que integral, quando do ingresso dos produtos em seu território*”. Transcreve decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Consigna que no caso dos autos o Estado remetente, dentro de sua competência constitucional e dos limites estabelecidos pelo Código Tributário Nacional, decidiu reduzir a alíquota das operações interestaduais para determinadas empresas e mercadorias, enquanto que o Estado da Bahia, destinatário, por simples decreto, resolve que não deve considerar a redução da alíquota do Estado de origem, vedando o crédito fiscal, e cobrando a antecipação parcial da suposta diferença, além da alíquota interna, o que se mostra inconstitucional.

Derredor do princípio da não-cumulatividade, diz que é princípio consagrado pela Carta Maior, por força do art. 155, §2º, que transcreve, também tecendo comentários e citando a doutrina, tudo no sentido de afirmar que o direito ao crédito é garantia constitucional de eficácia plena.

Para a multa cominada à infração, diz que é confiscatória, abusiva, violando os princípios do não-confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Cita a doutrina.

Para concluir, requer a declaração de nulidade da decisão recorrida, para que retornem os autos à primeira instância para que sejam apreciadas as questões omitidas quando do julgamento, esgotando-se a busca pela verdade material. Alternativamente, requer que seja declarada a ilegalidade do lançamento tributário impugnado, determinando a imediata extinção do Processo Administrativo Fiscal.

Como último pedido, para a hipótese de procedência da autuação, pede que seja desconsiderada a multa aplicada no percentual de 60%.

Em razão do valor julgado em primeiro grau, não há Parecer da PGE/PROFIS.

É o relatório.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente recurso à apreciação das razões recursais atinentes à decisão de primo grau que julgou procedente a acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

A tese recursal aduz, em apertada síntese, que: a) não foi perseguida a verdade material, o que inquinaria de nulidade a decisão recorrida; b) que houve ofensa ao texto constitucional, aí entendido que o Estado da Bahia legislou sobre tema que lhe foge a competência; c) que houve afronta ao princípio da não-cumulatividade; e d) no tocante à multa, entendo ofendidos os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entendo que não assiste razão à Recorrente. Por primeiro, compulsando os autos, vejo que a peça acusatória foi lavrada em obediência ao regramento próprio, tudo no sentido de preservar o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Referentemente à suscitada nulidade da decisão recorrida, vejo que do mesmo modo, não assiste razão à Recorrente. Mais uma vez, da compulsão dos autos, resta de clareza solar que não há elementos que possam suscitar dúvidas quanto ao lançamento, merecendo destaque que os julgadores de piso cuidaram de fundamentar a decisão que proferiram na legislação em vigor no Estado da Bahia, o que torna a decisão de piso, no seu aspecto construtivo, absolutamente irretocável.

Quanto à questão de competência para legislar sobre o ICMS e de tributar, matéria de cunho constitucional, há que se esclarecer que a rigor do que preceitua o RICMS/Ba, especificamente em seu art. 167, I, III, falece competência a este Conselho apreciar ou deliberar sobre arguições de constitucionalidade, motivo pelo qual não apreciarei as ditas arguições.

Especificamente sobre suposta ofensa ao princípio da não-cumulatividade, a rigor do que propala a legislação, a conduta da fiscalização foi correta, bem como a decisão da Junta de Julgamento Fiscal que manteve a autuação, conquanto o Decreto Estadual nº 14.213/12, estabelece que o crédito fiscal do ICMS relativo às operações que deram azo à autuação, somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, o que guarda lógica simples, pois, de outra maneira, poderia o contribuinte creditar-se de valor superior ao efetivamente possível, ou seja, por exemplo, poderia creditar-se de 17% numa operação em que o imposto tem alíquota de 12%.

No caso dos autos, conforme consignado no voto da decisão de piso, para as mercadorias carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmorada e miúdo comestível resultantes do abate de ave e suíno, oriundas do Estado de Goiás, o Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/12 estabelece o crédito fiscal no percentual de 3% sobre a base de cálculo, em face do crédito outorgado de 9% (art. 11, VI, do Anexo IX, do RICMS/GO).

Quanto à multa aplicada, em que pese todo o esforço da recorrente no sentido de demonstrar o caráter confiscatório, desproporcional e abusivo da penalidade inicialmente aplicada, com o qual pessoalmente concordo, vejo que em verdade, mais uma vez, pretende a recorrente adentrar à

discussão de constitucionalidade da legislação que estatui as multas por descumprimento de obrigação principal – Lei 7.014/96. Nesta seara, como dito acima, determina o Regulamento de Processo Administrativo Fiscal em seu art. 167, que não se incluem na competência do CONSEF a declaração de constitucionalidade, motivo pelo qual deixo de apreciar a matéria. Há que se pontuar que apesar de prever percentuais extremamente elevados, as multas que motivaram a insurgência da Recorrente estão previstas em Lei, o que impede que este julgador, *in casu*, possa analisar o pleito do Sujeito Passivo. Entretanto, a rigor do art. 159 do RPAF, pode a Recorrente, ao apelo da equidade, dirigir à Câmara Superior do CONSEF pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal.

Ante ao exposto, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal, mantendo a integralidade da decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 441449.0015/14-7, lavrado contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.825,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2014

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS