

A. I. Nº - 210412.0313/14-6
AUTUADO - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS FRISSE
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 22/10/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-03/14

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO. 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, 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, de 07/01/75. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/03/2014, refere-se à exigência de R\$15.336,96 de ICMS, acrescido da multa de 60% em decorrência da falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Consta na descrição dos fatos, que não foi admitido crédito fiscal, conforme previsto no Anexo Único do Decreto 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, de 07/01/1975.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 25 a 38, alegando que a autuação fiscal não merece prosperar, porque a fiscalização efetuou o presente lançamento com base numa interpretação equivocada do texto legal contido no Anexo Único do Decreto 14.213/2012, ao afirmar equivocadamente que a indústria fornecedora da mercadoria gozara de benefício fiscal tão somente por estar sediada no estado do Espírito Santo.

Alega que foi utilizada multa com efeito confiscatório, quando foi aplicada a multa de 60% sobre o valor do débito apurado. Transcreve ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho e Bernardo Ribeiro de Moraes e diz que, sendo vedada a instituição de tributo confiscatório, a multa tributária confiscatória é do mesmo modo ilegal. Que não é razoável nem proporcional uma multa com a do presente Auto de Infração, cujo valor é consideravelmente superior ao que deveria ser arbitrado, constituindo verdadeiro confisco. Cita a jurisprudência pátria em relação às multas confiscatórias e registra que a multa de 60% mais os juros são suficientes para desestabilizar qualquer grande empresa, principalmente a empresa de pequeno e médio porte.

Requer seja acolhida a preliminar suscitada, reconhecendo e decretando a nulidade do Auto de Infração. Diz que em razão do nosso ordenamento jurídico acolher o princípio da eventualidade, tece considerações acerca do mérito.

Comenta sobre as presunções no Direito Tributário e ressalta que no caso em tela, o autuante baseou-se na suposição de que a indústria, de onde foram adquiridas as mercadorias, gozara de benefício fiscal, interpretando e aplicando erroneamente o dispositivo legal estabelecido no Decreto 14.213/2012 para lavrar o presente Auto de Infração. Diz que esse posicionamento não é adotado por outros fiscais do Posto, os quais analisam cada situação isolada para apurar se o

fornecedor, que vendera a mercadoria, efetivamente obteve benefício por parte do fisco, diferentemente do que ocorrera, acarretando uma enorme insegurança jurídica para os Contribuintes recolherem corretamente o ICMS.

Frisa que todo e qualquer benefício fiscal que seja concedido ao fornecedor deve constar expressamente no rodapé do DANFE, nos termos do RICMS-BA, Decreto 13.780/2012. Como a presunção da fiscalização é meramente relativa, o defendente diz que apresenta elementos probantes capazes de elidir o argumento da fiscalização, salientando que o documento de aquisição da mercadoria, objeto do Auto de Infração, consta o efetivo pagamento do valor relativo ao ICMS por antecipação tributária, razão pela qual entende que a cobrança do imposto é indevida.

Ressalta que o Contribuinte pode se creditar de parte do valor pago a título de ICMS, conforme disposição expressa no RICMS. Junta aos autos cópia da decisão liminar concedida em sede de Mandado de Segurança, determinando a liberação das mercadorias apreendidas. Reproduz o art. 322 do RICMS-BA/2012, elencado pelo autuante para fundamentar a lavratura do Auto de Infração e afirma que não existe subsunção da conduta do Contribuinte com a infração descrita no Auto de infração, porque os dispositivos da Lei 7.014/96, utilizados para justificar o procedimento fiscal, tão somente abordam o dever do Contribuinte de recolher o imposto, fato este realizado pelo defendente, conforme cópia do DAE que acostou aos autos.

Entende que, pela fundamentação jurídica que embasa a autuação, o defendente nada deve aos cofres públicos estaduais, afirmando que já fora recolhido o imposto devido, razão pela qual a cobrança deve ser considerada indevida.

Por fim, o defendente pede a improcedência do presente lançamento e, por amor ao debate, na eventual hipótese de ser julgado procedente, que os julgadores reduzam a multa aplicada para 30%, conforme vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores.

O defendente apresentou nova petição de impugnação às fls. 60 a 69 dos autos. Informa que possui atividade empresarial voltada exclusivamente para a produção e comercialização de gêneros alimentícios. Diz que a conduta da fiscalização fazendária se pauta na premissa de que os remetentes supostamente gozam de benefício fiscal ilegal, concedido pelo Estado de origem das mercadorias, razão pela qual os créditos de ICMS veiculados nas Notas Fiscais estão sendo desconsiderados pelo Estado da Bahia.

Frisa que embora seja evidente a inconstitucionalidade do Decreto 14.213, as autoridades passaram a lavrar sucessivos autos de infração, cobrando diferença entre o valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais de Entrada (12%) e o valor que elas consideram ter sido efetivamente recolhido, acarretando, consequentemente, um aumento do ICMS antecipação tributária a recolher, além de reter indevidamente mercadorias pela conhecida “fiscalização de barreira”.

O defendente comenta sobre o princípio da verdade material, ressaltando que este CONSEF, por meio dos membros que compõem suas Juntas e Câmara, tem mostrado o bom hábito de converter processos em diligência quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito. Ressalta que, na busca da verdade material, cabe ao Fisco provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo, e somente deve haver inversão do ônus da prova ao contribuinte na hipótese de haver disposição expressa da norma legal nesse sentido.

Também comenta sobre o princípio da inquisitorialidade e apresenta o entendimento de que há necessidade da realização de perícias ou diligência, bem como a resposta a quesitos feitos pelo sujeito passivo, que visem esclarecer os fatos conectados com o lançamento do crédito tributário.

Quanto aos fundamentos jurídicos, afirma que houve ofensa ao art. 155, inciso II da Constituição Federal e inconstitucionalidade do Decreto 14.213/2012. Comenta sobre a competência para a instituição e cobrança do ICMS e diz que a fixação de alíquotas interestaduais é delegada pelo art.

155, § 2º, inciso 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 com as regiões Sul e Sudeste para os contribuintes das Regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e do Espírito Santo, que é de 7%.

Ressalta que as alíquotas aplicáveis nas operações internas são fixadas pelos Governos Estaduais, tendo em vista a competência constitucional, sendo 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. Neste sentido transcreve julgado do STJ.

Reitera a alegação de que é inconstitucional o Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, afirma que há impossibilidade de tal ato normativo regulamentar matéria que não é de sua competência. Reproduz ensinamento de Vittorio Cassone, quanto ao princípio da não-cumulatividade e afirma que o mencionado princípio leva em consideração o ciclo produtivo como um todo e tem por função distribuir, de maneira eqüitativa, a carga tributária.

Quanto ao direito ao crédito do ICMS reproduz ensinamento de Roque Antônio Carrazza e diz que a Constituição Federal, ao determinar que o ICMS será não-cumulativo, permite concluir que o direito ao crédito não pode constituir mera faculdade conferida ao contribuinte, bem como não pode ficar ao talante do Poder Público.

Requer a insubsistência do presente Auto de Infração e que seja determinado o arquivamento do PAF. Também requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos autuantes, bem como outras que se façam necessárias para o deslinde das questões suscitadas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 87 a 91 dos autos, dizendo que a tese de inconstitucionalidade do Decreto 14.213 não merece ser acolhida, uma vez que este não é o fórum adequado para tratar destas questões. Transcreve o art. 167 e incisos do RPAF/BA e diz que neste órgão julgador, a matéria aventada já foi por diversas vezes apreciada e rechaçada, sendo pacífico o entendimento no sentido da incompetência para apreciação da matéria, por força do dispositivo supracitado. A título de exemplo cita decisões do CONSEF por meio dos Acórdãos CJF Nº 0395-12/05 e CFJ Nº 0234-11/07.

Informa que se trata de decisões recorrentes, não sendo estas decisões as únicas da espécie, e deixa de colacionar as demais, dado o seu caráter reiterativo, todas no sentido de repulsa de pretensão semelhante à do autuado. Requer sejam tais alegações julgadas improcedentes.

No mérito, ressalta que o Decreto 14.213/2012, está em plena vigência, e o autuado, preferindo ignorá-lo, mantém sua forma de apuração do ICMS devido por substituição tributária, sem levar em conta o quanto disciplinado na referida norma. Diz que é perfeitamente plausível que o autuado não se conforme com a previsão de glosa inserta no citado decreto, pelo que, deveria buscar os meios competentes para garantia do que entende ser seu direito. Que é inadmissível que o autuado simplesmente ignore o quanto contido numa norma afeita à operação por ele realizada, deixando de proceder como determina o decreto em vigor.

Também entende que não procede a alegação defensiva de que estaria sendo desrespeitado o princípio da não cumulatividade. Afirma que esse direito legal do contribuinte foi perfeitamente respeitado conforme se vê da planilha de cálculos à fl. 06, apenas não foi admitido no percentual pretendido pelo defendente, por força do que dispõe o anexo único do dec. 14.213/12, não restando outra alternativa ao autuante, senão a lavratura do presente auto de infração, obedecendo todas as normas aplicáveis à matéria.

Frisa que a matéria aqui tratada já foi objeto de decisão deste Conselho, sendo em todas as oportunidades rechaçadas as alegações semelhantes às do defendente no presente caso,. Cita como exemplos os Acórdãos CJF Nº 0524-12/13 e CJF Nº 0377-11/13

Ressalta que, apesar do seu arrazoadado, o contribuinte não traz aos autos nenhum elemento apto a contrariar a acusação fiscal. Diante da argumentação apresentada, bem como todas as peças carreadas aos autos, pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O defendente requer seja acolhida a preliminar suscitada relativamente à multa aplicada, e que seja reconhecida e decretada a nulidade do Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência ou perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção do demonstrativo elaborado pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência ou perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, consta no presente Auto de Infração, que se trata da exigência de ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Na descrição dos fatos consta a informação de que não foi admitido crédito fiscal, conforme previsto no Anexo Único do Decreto 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, de 07/01/1975.

O referido Decreto nº 14.213/2012 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, estando previsto no art. 1º que “fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo”.

Em seguida, o § 1º do referido Decreto estabelece que “o crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem”, conforme estabelecido no Anexo Único deste mesmo Decreto.

Por outro lado, o disposto no caput do artigo 1º do mencionado Decreto também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial (§ 2º). Como se trata de imposto exigido no presente lançamento, referente a mercadoria oriunda do Estado do Espírito Santo, enquadrada na substituição tributária, aplica-se as regras constantes no Decreto nº 14.213/2012. Neste caso o Anexo Único do referido Decreto não prevê utilização de crédito fiscal, como ressaltou o autuante, devido à 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, de 07/01/1975.

Quanto aos fundamentos jurídicos, apresentados nas razões de defesa, o impugnante alegou que houve ofensa ao art. 155, inciso II da Constituição Federal e inconstitucionalidade do Decreto 14.213/2012. Comentou sobre a competência para a instituição do ICMS e em relação à não-cumulatividade, afirmou que o mencionado princípio leva em consideração o ciclo produtivo como um todo e tem por função distribuir, de maneira eqüitativa, a carga tributária.

Observo que, efetivamente, o art. 155, inciso II da Constituição Federal, estabeleceu a competência dos Estados e Distrito Federal para instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

O § 2º prevê que o referido imposto será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Entretanto, no inciso II traz uma limitação ao direito de crédito, relativamente às operações isentas e com não incidência, ou seja, nestes casos, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações seguintes ou acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Vale salientar que essa limitação tem como finalidade a garantia da efetividade do direito à não-cumulatividade, haja vista que impede a utilização de crédito fiscal inexistente. Com base nessa regra de vedação de crédito fiscal considerado ilegítimo é que o Estado destinatário não se sentiu obrigado a assumir o ônus do benefício fiscal oferecido pelo Estado remetente.

No presente caso, em relação às mercadorias objeto da autuação (partes de aves abatidas) oriundas do Estado do Espírito Santo, o Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/12 não prevê aplicação de crédito fiscal, embora conste na Nota Fiscal que acompanhava a mercadoria o destaque do crédito fiscal à alíquota de 12%. Em face disso, o autuado deixou de recolher uma parcela do imposto devido, cuja exigência foi feita mediante o lançamento de ofício em tela.

O defendente afirmou que nada deve aos cofres públicos estaduais, e que já fora recolhido o imposto devido, razão pela qual a cobrança deve ser considerada indevida. Sobre o valor recolhido, houve dedução quando da apuração do imposto exigido no Auto de Infração, conforme demonstrativo à fl. 06.

O autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, haja vista que apresentou questionamentos apenas sobre princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, alegando que as alíquotas aplicáveis nas operações internas são fixadas pelos Governos Estaduais, tendo em vista a competência constitucional, sendo 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.

Quanto a estas alegações, observo que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Vale salientar que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, independentemente do contribuinte.

O defendente também contestou a multa aplicada, alegando que foi utilizada multa com efeito confiscatório, quando foi aplicado o percentual de 60% sobre o valor do débito apurado. Diz que, sendo vedada a instituição de tributo confiscatório, a multa tributária confiscatória é do mesmo modo ilegal. Que não é razoável nem proporcional uma multa com a do presente Auto de

Infração, cujo valor é consideravelmente superior ao que deveria ser arbitrado, constituindo verdadeiro confisco.

Observo que a aplicação da mencionada multa no percentual de 60% está conforme previsão constante do art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210412.0313/14-6**, lavrado contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.336,96**, 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, 14 de outubro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA