

PROCESSO - A. I. Nº 442585.0025/14-4
RECORRENTE - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA. (RJ ALIMENTOS)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0032-03/16
ORIGEM - IFMT - DAT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0092-11/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Ficou comprovado que não houve recolhimento do imposto apurado, em decorrência da utilização pelo contribuinte de crédito fiscal em valor superior ao limite estabelecido no Decreto 14.213/2012. Feito o demonstrativo excluindo-se o valor do frete CIF constante do levantamento fiscal. Não há outro reparo a ser feito ao lançamento, pois o preposto fiscal nada mais fez do que cumprir a norma emanada do chefe de governo baiano. Refoge à competência deste Conselho de Fazenda afastar a aplicação de decreto emanado de autoridade superior. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0032-03/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 442585.0025/14-4, lavrado em 05/06/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$13.508,68, relativos a infração de trânsito, conforme descrição a seguir.

INFRAÇÃO 01: 54.05.08 – Falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária parcial ou total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme DANFE de número 137458, emitido em 03/06/2014. Valor do ICMS: R\$13.508,68. Multa de 60%;

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 19/02/2016 (fls. 80 a 84) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Incialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada 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.

Constatou que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Em razão disso, inexiste qualquer questionamento a ser feito, portanto, não acolho o pedido de realização de diligência ou perícia.

Relativamente à argüição de inconstitucionalidade, informo que o artigo 167, I, IV do RPAF/99, afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, motivo pelo qual não apreciarei.

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.

O 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”.

Na informação fiscal foi destacado que não procede a alegação defensiva de que não estaria sendo observado o princípio da não cumulatividade, que foi perfeitamente respeitado conforme se vê da planilha de cálculos à fl. 10, onde está claramente demonstrado que foram considerados os créditos, inclusive dos pagamentos efetuados; apenas não foi admitido no percentual pretendido pelo defensor, por força do que dispõe o Anexo único do Decreto 14.213/12.

Verifico que o autuado não impugnou os dados numéricos do levantamento fiscal. Em verdade, os questionamentos aduzidos recaem sobre princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, sobre a posição, hierarquia ou constitucionalidades das normas ou ainda que Estado da Bahia.

Constatou 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 Espírito Santo, o Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/12 estabelece o crédito fiscal no percentual de 0% sobre a base de cálculo, em face do crédito outorgado de 12% (art. 107, XXXIV, do RICMS/ES).

No caso em exame, o autuado utilizou o crédito fiscal de 12%, quando deveria ter utilizado o crédito fiscal de 0%, no cálculo do imposto a ser recolhido, conforme determinado pelo Decreto Estadual nº 14.213/12. Em face disso, deixou de recolher o imposto devido, cuja exigência foi feita mediante o lançamento de ofício em tela.

Concluo pela subsistência da autuação fiscal, haja vista que, de acordo com o levantamento fiscal, ficou comprovado que não houve recolhimento do imposto apurado, em decorrência da utilização pelo defensor de crédito fiscal em valor superior ao limite estabelecido no Decreto 14.213/2012.

Em observância ao devido processo legal, constatei que o autuante incluiu no demonstrativo o valor do frete CIF de R\$ 8.200,00. CIF significa que o frete foi pago pelo fornecedor das mercadorias, conforme informação no documento fiscal (fls. 11). Assim, ex ofício, refaço o demonstrativo expurgando o valor da base de cálculo, ficando o demonstrativo na forma abaixo:

DANFE	VALOR	MVA	BASE DE CALCULO	ALIQ ORIGEM	ALIQ INTERNA	ICMS CRED.	ICMS DEVIDO
137458	111.485,00	11,33	124.116,25	12,00	17%	0,00	21.099,75
	ICMS RECOLHIDO	Em 04/06/14					8.159,02
	SALDO DEVEDOR						12.940,73

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

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 95 a

111, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Informa que possui sua atividade empresarial voltada exclusivamente para a produção e comercialização de gêneros alimentícios e que vem se deparando com inúmeras autuações e apreensões de suas mercadorias sob a justificativa de que estaria deixando de promover o recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, face ao não reconhecimento de seu direito de se creditar integralmente das remessas interestaduais das mercadorias procedentes dos Estados do Espírito Santo, Goiás, Paraíba e Minas Gerais, nos termos do Decreto de nº 14.213 de 22 de novembro de 2012, que dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias.

Esclarece que tal conduta da fiscalização fazendária se pauta na premissa de que as remetentes da mercadoria, localizadas nos Estados mencionados, supostamente gozam de benefício fiscal ilegal concedido pelo Estado de origem destas mercadorias, razão pela qual está sendo desconsiderado pelo Estado da Bahia.

Prossegue, afirmando que, muito embora evidente a inconstitucionalidade do Decreto nº 14.213, as autoridades passaram a lavrar sucessivos autos de infrações, cobrando a 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 no ICMS-Antecipação Parcial a recolher, ou seja, um acréscimo de 12%, além de reter, também, as mercadorias pela conhecida "fiscalização de barreira".

Argumenta que, não obstante o Fisco possa se valer de uma série de procedimentos legais para a persecução dos seus objetivos arrecadatórios em benefício do interesse comum, estes procedimentos encontram sua linha limítrofe na Constituição Federal, já que os atos administrativos fiscais que não atendam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, o qual pode declará-los nulos.

Neste sentido, segue com a sua argumentação, afirmando que a imposição de medidas coercitivas pela Administração no intuito de compelir o contribuinte a efetuar o pagamento de obrigações fiscais tem sua invalidade reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, por implicar em indevida restrição aos direitos fundamentais de propriedade (artigo 5º, inciso XXII, CF/88) e de liberdade, este último quando se trata da garantia do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (artigo 5º, inciso XIII, CF/88); da garantia da livre iniciativa (artigo 170, caput, CF/88); e da garantia do livre exercício de qualquer atividade econômica (artigo 170, §º único da CF/88).

Explica que, ao longo do presente Recurso Voluntário, buscará demonstrar a ilegalidade do procedimento fiscalizatório que culminou na lavratura do presente auto.

Argúi, preliminarmente, nulidade por ofensa ao princípio da verdade material, tendo citado a legislação que o positivou, conforme art. 2º, *in fine*, do Regimento Interno deste CONSEF (Decreto de nº 7.529/99), bem como no art. 2º do RPAF (Decreto nº 7.629/99), cujos textos reproduz. Prega a realização de diligência, com base no princípio da inquisitoriedade, entendida com a única forma de o Fisco se desincumbir do seu ônus probatório, segundo defende.

Argumenta que as alíquotas aplicáveis nas operações internas são fixadas pelos governos estaduais, tendo em vista a competência constitucional, sendo 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. Reproduz julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ em apoio ao seu ponto de vista.

Assegura que é justamente o que vem ocorrendo no presente caso, em que o Estado remetente, resolve, dentro de sua competência constitucional e dos limites estabelecidos pelo Código Tributário Nacional, reduzir a alíquota das operações interestaduais para determinadas empresas e mercadorias e, por sua vez, o Estado destinatário (Bahia) através de simples decreto, determina

que não vai 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.

Por força deste entendimento, conclui ser inconstitucional o Decreto de nº 14.213 de 22 de novembro de 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, em razão da impossibilidade de tal ato normativo regulamentar matéria que não é de sua competência.

Alega que a norma citada agride o princípio constitucional da não cumulatividade, o qual, segundo a recorrente, não encerra mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderia seguir ou deixar de seguir, mas uma norma de observância obrigatória, razão pela qual o Decreto nº 14.213/12, que não reconhece o direito integral do crédito fiscal (12%) das remessas interestaduais das mercadorias procedentes do Estado do Espírito Santo, é inconstitucional.

Arremata a sua peça recursal, requerendo: "*1. Que seja dado provimento integral ao presente Recurso Voluntário, de modo que seja totalmente reformada a decisão administrativa proferida em sede de 1ª instância, decretando-se totalmente nula ou improcedente a presente autuação de nº 442585.0025/14-4 (PAF 132550/2014-2), desconsiderando-se todas as penalidades, multas e infrações constantes no mesmo, tendo em vista que quando da aquisição de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação a antecipação parcial de ICMS maior, na entrada em seu próprio território, por desconsiderar o crédito existente, fundamentado no Decreto nº 14.213/2012, que considera inconstitucional".*

Termos em que, pede e aguarda deferimento.

Como o valor do Auto de Infração é inferior a cem mil reais, não houve a necessidade de parecer da Procuradoria Geral do Estado.

VOTO

Preliminarmente, indefiro o pedido de diligência por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Quanto ao mérito, a acusação fiscal é de recolhimento a menor do ICMS antecipação tributária, fundamentada na vedação estabelecida pelo Decreto 14.213/12, conforme se depreende da descrição dos fatos à folha 01 do presente processo.

Tendo sido julgado procedente o lançamento, a empresa autuada interpôs o presente Recurso Voluntário, deduzindo argumentos que coincidem com aquele outros já trazidos ao processo quando da sua impugnação. Não negou, portanto, o fato que lhe foi atribuído pela fiscalização, tendo se limitado a questionar a compatibilidade do Decreto 14.213/12 com o ordenamento jurídico nacional.

Posta nesses termos, a questão controvertida cinge-se à aplicabilidade ou não do Decreto às operações de aquisições de mercadorias à unidade federada do Espírito Santo. É o que passo a decidir.

Examinando o documento fiscal acostado ao presente processo (nº 137.458), é possível constatar que descreve mercadorias identificadas como "PEITO C/O C/P FGO CG FP-UA 20KG MI" e "COX/SOB. FGO CG FP-UA 20KG MI", conforme se pode depreender da leitura do documento à folha 11.

Considerando que tais mercadorias se enquadram no item 4.6 do Anexo Único do Decreto 14.213/12 (Aves ou produtos resultantes do seu abate, e com suínos..), é forçoso admitir que o creditamento máximo possível a ser apropriado no destino é de 0%, nos termos do art. 1º e parágrafos, combinados com o item 4.6 do seu ANEXO ÚNICO, reproduzidos a seguir.

"Art. 1º 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 nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

§ 1º 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 Decreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial.

...

ANEXO ÚNICO

GOIÁS

ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO
...			
1.14	Carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmorada e miúdo comestível resultantes do abate de ave e suíno.	Crédito outorgado de 9% sobre a base de cálculo - Art. 11, V do Anexo IX do RICMS/GO.	3% sobre a base de cálculo
...			
..."			

Compulsando os autos e analisando o demonstrativo de apuração da base de cálculo, é possível notar que a autoridade fiscal limitou-se a aplicar o Decreto governamental citado, atribuindo o creditamento à alíquota de 0%, conforme folha 10.

Excluído o valor do crédito CIF, conforme procedeu a 3ª JJF, não há outro reparo a ser feito ao lançamento, pois o preposto fiscal nada mais fez do que cumprir a norma emanada do chefe de governo baiano.

Quanto à alegação de que o dispositivo regulamentar estaria em desconformidade com a Constituição Federal, tal matéria refoge à competência deste Conselho de Fazenda, sendo vedado a esta corte afastar a aplicação de norma advinda de órgão superior hierarquicamente, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/99, abaixo reproduzido.

"Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;
..."

Diante do exposto, NÃO DOU PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 442585.0025/14-4, lavrado contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA. (RJ INDÚSTRIA ALIMENTOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.940,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS