

**PROCESSO** - A. I. N° 281508.0001/16-5  
**RECORRENTE** - ATACADO S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1<sup>a</sup> JJF n° 0189-01/16  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 14/07/2017

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0219-12/17**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO. O Decreto n° 14.213/12 veda o uso 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 n° 24/75. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2016, referente à exigência de R\$995.312,21 de ICMS, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos (01.02.23), ocorrida no mês de dezembro de 2012, e nos meses de janeiro a dezembro de 2013, acrescida de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei n° 7.014/96.

O autuante complementa informando que se trata da utilização de créditos fiscais do ICMS a maior nas aquisições de mercadorias oriundas dos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba sem observância dos limites de créditos fiscais do ICMS admitidos no Decreto n° 14.213/12.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1<sup>a</sup> JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que a infração em lide é Procedente, nos termos do voto abaixo transcrito:

**VOTO**

*Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto n° 7.629/99.*

*Afastamos toda discussão acerca da constitucionalidade das multas aplicadas no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei n° 7.014/96.*

*No mérito, a autuação decorre da utilização indevida 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 n° 24/75. Em consonância com o disposto na lei complementar, o Decreto n° 14.213/12 tratou da vedação de créditos fiscais, identificando em seu anexo único as mercadorias, por Estado de origem, com os respectivos percentuais de crédito admitidos pelo Estado da Bahia. Assim, a admissibilidade do crédito fiscal pelo Estado da Bahia está adstrita ao valor do ICMS efetivamente cobrado na unidade federada de origem.*

*Não procede a argumentação do autuado de que consta na exigência fiscal estorno de créditos decorrentes de devolução de mercadorias por ele vendidas. A relação anexada das fls. 153 a 156 corresponde à planilha apresentada pelo autuante das fls. 51 a 57, em que ele calculou os créditos decorrentes de devolução de mercadorias vendidas, cujo total foi transportado para o demonstrativo de débito (fls. 07 a 50) para abatimento na apuração do valor devido, conforme linha denominada “ICMS estornável mercadorias devolvidas”, na*

*última linha de totalização de cada período de apuração.*

*Convém destacar que a matéria em questão tem sido recorrente no âmbito deste CONSEF, conforme reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão CJF nº 0177-11/15.*

*Os créditos glosados no presente auto de infração decorrem das remessas constantes em notas fiscais emitidas por fornecedores do autuado, localizados nos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba, e foram observados os limites de admissibilidade de uso do crédito para cada mercadoria, nos termos do Anexo único do Decreto nº 14.213/12.*

*Desse modo, como não ficou comprovado pelo autuado que o valor do imposto foi efetivamente cobrado no Estado de origem das mercadorias, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Irresignado, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário tempestivo, aduzindo, de início, que a matéria discutida nos autos é gravada pela sistemática da Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, através do RE 628.075/RS, pelo que requer a suspensão do processo até o julgamento final do *leading case*.

Avançando, após descrição dos fatos, assevera que não concorda com os entendimentos adotados no Acórdão recorrido, motivo pelo qual interpôs Recurso Voluntário com o fim de demonstrar que a exigência fiscal deve ser integralmente cancelada.

Aduz que parte das notas fiscais que foram objeto da autuação por suposto crédito indevido consistem em notas fiscais de devolução de mercadorias aos seus fornecedores. Diz que apresentou cópia das notas fiscais, por amostragem, na impugnação, que evidenciam a natureza das operações referida.

Evoca e discorre sobre o princípio da não-cumulatividade, afirmando que para as demais operações objeto de autuação, adquiriu mercadorias de outros Estados da Federação e que é indiscutível o seu direito à manutenção integral dos créditos de ICMS. Nessa linha, aduz que as disposições do Decreto Estadual nº 14.213/2012 – vedação ao direito aos créditos de ICMS nas hipóteses de aquisição de mercadorias de determinados Estados da Federação -, ofendem a Constituição Federal, sendo certo que não recolhe ao Fisco todo o ICMS debitado sobre suas saídas tributadas, mas apenas a diferença apurada entre os créditos e os débitos apurados no respectivo período de apuração. Cita a jurisprudência e afirma que o Decreto Estadual nº 14.213/2012 é inconstitucional e ilegal, também afirmando que no caso dos autos, agiu de acordo com as normas constitucionais e legais ao proceder ao crédito integral do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas por seus fornecedores localizados nos Estado do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba, não merecendo prosperar a exigência fiscal.

Mencionando “guerra fiscal”, entende que o fisco da Bahia se utilizou de via inadequada e inadmissível para discutir incentivos fiscais concedidos pelos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba, certo que foram criadas normas que visam punir, com limitações ao aproveitamento de créditos do ICMS, o contribuinte que recebe produtos de empresas que se beneficiem daqueles incentivos. Registra que tal matéria deve ser submetida ao STF antes de serem adotadas medidas que se alinhem ao decisum de piso. Discorre sobre o tema.

Destaca jurisprudência do STJ no sentido de que “... o contribuinte tem direito ao crédito do valor integral do ICMS incidente em operação interestadual, ainda que incentivada, vez que (i) a CF/88 apenas prevê restrição ao crédito em casos de isenção e de não-incidência; e (ii) cabe ao Ente Federado que se sinta lesado reclamar ao STF a inconstitucionalidade do benefício”, novamente ressaltando que a questão deve ser dirimida pelo STF, não sendo admitida a adoção unilateral de procedimentos tendentes a obstar a aplicabilidade do ato do outro Estado.

Assevera que o mesmo STJ vem reconhecendo de forma reiterada que os contribuintes têm direito ao crédito do valor integral do ICMS incidente em operações interestaduais, ainda que haja a concessão de benefícios fiscais no Estado de origem das mercadorias. Transcreve a jurisprudência, aduzindo que “a glosa de créditos de ICMS relativos a operações com mercadorias provenientes de Estados cujas legislações preveem incentivos fiscais é inconstitucional e ilegal, não merecendo prosperar”.

Quanto às multas cominadas às infrações, afirma que são abusivas e desproporcionais.

Concluindo, pede que o processo seja sobreestado até decisão do incidente de Repercussão Geral e, no mérito, pede a reforma da decisão recorrida para cancelar o Auto de Infração.

Pugna pelo Provimento do seu Recurso Voluntário para que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

## 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 JJF deste CONSEF, Acórdão nº 0189-01/16, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Pesa sobre o contribuinte a acusação de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos.

A tese recursal que visa combater a decisão que julgou procedente o Auto de Infração, preliminarmente, tem assento na necessidade de sobreestado do presente PAF até o julgamento do RE 628.075/RS, recurso este em trâmite no STF em sede de repercussão Geral. No mérito a discussão travada tem cerne na suposta inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 14.213/2012, que no entender o Sujeito Passivo afronta o princípio da não-cumulatividade.

Relativamente à preliminar suscitada, verifico que não existe, ainda, Decisão Judicial definitiva relativa à matéria em comento, tendo em vista que a modelação dos seus efeitos pode vir a consagrar decisão que não gere efeitos no período considerado nesta autuação.

Assim, não acolho a preliminar suscitada pelo Recorrente, pois considero que o presente Recurso deve ser apreciado.

No mérito, constato que, conforme destacou a Decisão de piso, “*os créditos glosados no presente auto de infração decorrem das remessas constantes em notas fiscais emitidas por fornecedores do autuado, localizados nos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais e Paraíba, e foram observados os limites de admissibilidade de uso do crédito para cada mercadoria, nos termos do Anexo único do Decreto nº 14.213/12.*”

E, como a discussão proposta pelo Sujeito Passivo apenas discute matéria afeita à eventual inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 14.213/2012, nada mais sendo tratado.

Considerando que o art. 167, do Decreto Nº 7.629/1999 – RPAF/BA, assim determina:

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

- I - a declaração de inconstitucionalidade;**
- II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.**
- III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.**

Observados os termos da norma insculpida no art. 167, acima transcrito, vê-se que foge à competência deste colegiado e dos seus julgadores a apreciação e decisão em matéria que envolva a declaração de inconstitucionalidade.

Do mesmo modo, em relação às multas supostamente em desalinho com os comandos constitucionais, também fogem da competência deste Colegiado.

Ainda com relação às multas, há que se registrar que têm previsão legal expressa na Lei nº 7.014/96.

Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal, mantendo a decisão de piso tal qual prolatada.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** Auto de Infração nº **281508.0001/16-5**, lavrado contra **ATACADO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$995.312,21**, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS