

PROCESSO - A. I. N° 152701.1630/16-6
RECORRENTE - JBS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0157-03/17
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0112-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ACUSAÇÃO INCOMPATÍVEL COM ENQUADRAMENTO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. Acusação no lançamento de ofício de “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial ...*”, sob código *Infração – 54.05.08*, não coaduna com os fatos ocorridos e não aplica às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, como dubiamente consignado no campo “Descrição dos Fatos”, cujo vício na constituição do crédito tributário não cabe adequação/inovação da imputação neste lançamento de ofício, sob pena de mudança de fulcro da acusação. Acatada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração *Nulo*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3^a JJF, através do Acórdão nº 0157-03/17, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, modelo 4, lavrado para exigir o ICMS de R\$ 29.008,09, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

Em complemento, consta a informação de que:

O contribuinte acima qualificado, na qualidade de substituto tributário, deixou de efetuar a retenção do ICMS observando o determinado no Anexo Único do Decreto 14213/2012, referente às remessas de mercadorias (cortes de frango congelados, coxa, peito e filé) oriundas do Estado de Minas Gerais para comercialização no Estado da Bahia. Admitindo o crédito de 3%, 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 7 de janeiro de 1975.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes razões de mérito:

VOTO

[...]

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação tributária, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação.

[...]

Vale salientar que 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”.

[...]

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 de Minas Gerais, 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 integral de crédito fiscal, 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 à Constituição Federal e inconstitucionalidade do Decreto 14.213/2012. Comentou sobre a competência para a instituição do ICMS e em relação à não-cumulatividade.

Observo que 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.

O autuante afirmou que não procede a alegação defensiva de que estaria sendo desrespeitado o princípio da não cumulatividade. Trata-se de direito legal do contribuinte e que foi perfeitamente respeitado conforme se vê da planilha de cálculos à fl. 12, onde está claramente demonstrado que foram considerados os créditos, apenas não foi admitido no percentual pretendido pelo defendant, por força do que dispõe o anexo único do Decreto nº 14.213/12.

Concordo com o posicionamento do autuante de 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, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF0-BA/99. Portanto, a exigência fiscal é subsistente.

Quanto à multa aplicada, 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 tem competência para apreciar somente pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação acessória, consoante o art. 158 do RPAF/99.

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

Não se conformando com a Decisão, o sujeito passivo, às fls. 152 a 184 dos autos, apresentou Recurso Voluntário pelo qual alega, dentre outras razões, nulidade do lançamento fiscal por ter sido pautado em mera presunção, diante da fundamentação da Decisão recorrida de que o “Decreto não prevê a utilização integral de crédito fiscal, devido à utilização de benefício fiscal relativo ao ICMS concedido de forma unilateral, não autorizado ...”, como também o apelante alega inexistir a infração ao RICMS/BA, no que tange à concessão do benefício fiscal que não lhe trouxe qualquer proveito econômico, pois suportou o encargo do imposto destacado no documento fiscal, calculado à alíquota de 12%, assim como da impossibilidade de o Estado da Bahia desconsiderar a validade do crédito presumido, do que, ao final, pede a nulidade da autuação, ante as inúmeras irregularidades apontadas nos tópicos das preliminares e, quanto ao mérito, a improcedência do Auto de Infração.

Por decisão desta 2ª CJF, em Pauta Suplementar de 29/08/2023, considerando que o referido Decreto nº 14.213/12 não admitia o uso de crédito fiscal integral na operação de aquisição interestadual, contudo, com o advento da Lei Complementar nº 160/17, culminada com o Convênio ICMS 190/17, ficou determinado que todos os Estados e Distrito Federal passam a poder convalidar os benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelos mesmos. E, com a convalidação

regulamentada, ficou garantida a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, às empresas, desde que cumprido o estabelecido no Convênio ICMS 190/17 (autorizado na LC 160/17 e no art. 1º, § 2º, II da Lei nº 14.033/18), dentre os quais que as empresas desistam de qualquer ação administrativa ou judicial interposta contra o lançamento de ofício decorrente do uso de créditos inerentes a aquisição de mercadorias oriundas destes Estados concedentes, fato este que se coaduna ao caso concreto, o contribuinte foi intimado a manifestar se deseja aderir à remissão prevista no art. 1º, § 2º, II da Lei nº 14.033/18, condicionada à desistência da impugnação e recurso apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo, tendo o sujeito passivo, através de seu advogado devidamente habilitado, às fls. 214 a 219 dos autos, dentre outras considerações, requerido “... a adesão a remissão prevista no art. 1º, § 2º, II da Lei nº 14.033/18, renunciando dos recursos apresentados e a respectiva extinção dos créditos tributários correspondentes, tendo em vista que restou cumprida todas cláusulas do Convênio ICMS 190/17, conforme se demonstrará ...”.

Registrada a presença de Dr. Lucas Moreno Andrade na sessão de videoconferência, que exerceu o seu direito regimental de sustentação oral em defesa do contribuinte.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que, através do Acórdão nº 0157-03/17, julgou Procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$ 29.008,09, acrescido da multa de 60%, sob acusação de “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal*”, tendo a infração sido enquadrada no art. 332, III, “b” do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), c/c os artigos 12-A; 23, III; 32 e 40 da Lei nº 7.014/96.

Válido ressaltar que os dispositivos legais: art. 332, III, “b” do Decreto nº 13.780/12 e os artigos 12-A e 23, III da Lei nº 7.014/96, acima citados, dizem respeito à antecipação parcial, conforme a seguir:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

[...]

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

[...]

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

[...]

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

Portanto, indubitável que a acusação fiscal e o enquadramento legal dizem respeito a exigência do ICMS antecipação parcial. Contudo, tal clareza restou prejudicada ao conviver com o fato

narrado no campo “Descrição dos Fatos”, insito na própria peça vestibular, no qual consigna:

O contribuinte acima qualificado, na qualidade de substituto tributário, deixou de efetuar a retenção do ICMS observando o determinado no Anexo Único do Decreto 14213/2012, referente às remessas de mercadorias (cortes de frango congelados, coxa, peito e filé) oriundas do Estado de Minas Gerais para comercialização no Estado da Bahia. Admitindo o crédito de 3%, 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 7 de janeiro de 1975.

Tal dubiedade ocorre por ser incompatível coexistir uma acusação que trata de antecipação parcial, com enquadramento legal correspondente, cuja legislação determina que a exigência do ICMS antecipação parcial não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação (art. 12-A, § 1º, III da Lei nº 7.014/96), e, simultaneamente, a descrição dos fatos consigna que se trata de contribuinte, na qualidade de substituto tributário, que deixou de efetuar a retenção do ICMS.

E o pior, para efeito do valor do imposto a ser exigido, o “Demonstrativo da Base de Cálculo e do ICMS”, às fls. 12 dos autos, agrega a MVA de 24,76%, consoante item 11.31.1, do Anexo I do RICMS vigente, numa prova inequívoca de que os produtos: coxa, peito e filé de peito, constantes da Nota Fiscal nº 797.615 (DANFE à fl. 6), efetivamente, se tratam de itens sujeitos ao regime de substituição tributária, os quais a antecipação parcial, objeto da acusação fiscal, não se aplica (art. 12-A, § 1º, III da Lei nº 7.014/96).

Parece-me que a intenção da autoridade autuante seria de exigir a falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária, como consignou no campo “Descrição dos Fatos”. Porém, ao efetivar a acusação, equivocou-se ao descrever como “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial ...*”, Infração – 54.05.08, a qual não se coaduna com os fatos ocorridos e também não cabe adequação ou inovação neste mesmo lançamento de ofício, sob pena de mudança de fulcro da acusação.

Sendo assim, em que pese a renúncia do sujeito passivo do Recurso Voluntário para adesão à remissão prevista no art. 1º, § 2º, II da Lei nº 14.033/18, em decorrência da diligência desta 2ª CJF neste sentido, vislumbro, diante do vício insanável na constituição do crédito tributário, *ser inapropriada a aplicação à referida remissão e consequente renúncia*, como também que cabe razão aoapelante ao arguir, a título de preliminar de nulidade do Auto de Infração, cerceamento ao direito de defesa quando aduz:

Ocorre que, diferentemente do posicionamento adotado pela I. 3ª Junta de Julgamento Fiscal, o Auto de Infração em questão merece ser declarado nulo, pois: (i) os dispositivos legais apresentados são genéricos à tributação por substituição tributária; e (ii) há nulidade por insegurança na determinação específica da infração.

Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração desde o seu nascedouro, eis a não identidade dos fatos infracionais descritos no lançamento aos fatos ensejadores da imputação infracional, além da dubiedade entre a acusação fiscal e o campo “Descrição dos Fatos”, o que por si só já causaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a” do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, tendo em vista que a acusação relativa à “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial ...*”, sob código de Infração – 54.05.08, não se coaduna com os fatos ocorridos, não cabendo adequação ou inovação da imputação neste mesmo lançamento de ofício, sob pena de mudança de fulcro da acusação, o que acarretaria prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma insegurança jurídica, cuja nulidade, nos termos previstos no art. 20 do RPAF, “... será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato”.

Do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, quanto à preliminar de nulidade da constituição do crédito tributário, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de

Infração, **deixando** de representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF, por se tratar de nulidade material e, em consequência, ter decorrido o prazo decadencial para restaurar novo procedimento fiscal relativo ao fato gerador sob análise, ocorrido em novembro de 2016.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 152701.1630/16-6, lavrado contra **JBS S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS