

PROCESSO - A. I. Nº 269358.0050/09-1
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0004-03/13
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 10/10/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0290-11/13

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA SUJEITA AO INCENTIVO FISCAL. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LEITE IN NATURA SEM COMPROVAÇÃO DO REPASSE DO BENEFÍCIO FISCAL AO PRODUTOR RURAL. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa, nos termos do art. 117 do RPAF/99. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Reduzido o débito originalmente apurado, mediante revisão efetuada pelo autuante. Não demonstrado o pagamento tempestivo. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Refeitos os cálculos pela autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Não comprovado o pagamento integral do imposto devido por antecipação parcial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Análise **PREJUDICADA** em relação às infrações 1, 2 e 3. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF que, através do Acórdão 3ª JJF nº 0004-03/13, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 07/12/2009, referente à exigência de R\$ 6.335.197,96 de ICMS, para imputar ao sujeito passivo o cometimento de oito infrações, sendo objeto do presente Recurso as infrações 1, 2, 3, 5, 7 e 8, assim descritas:

INFRAÇÃO 1: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia. DESENVOLVE. Perda do incentivo fiscal Desenvolve pela falta de recolhimento do ICMS parcela não-incentivada no prazo regulamentar, conforme o disposto no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002. Consta, ainda, a informação de que existe pendência judicial entre o contribuinte e o Estado da Bahia no que se refere à aplicabilidade ou não do piso a partir do qual opera o incentivo fiscal, conforme disposto na Resolução Desenvolve nº 47/2003. Foi esclarecido, ainda, que esta infração não se relaciona com este fato, já que desconsidera o incentivo fiscal pelo inadimplemento de outra condição, qual seja, falta de recolhimento

tempestivo da parcela não incentivada. Exigência do imposto no período de março de 2006 a fevereiro de 2007. Valor do débito: R\$321.379,09. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2: *Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Parcelas não incentivadas não recolhidas no prazo legal, determinando a aplicação do disposto no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, quanto às parcelas incentivadas. Período de outubro a dezembro de 2005 e de março de 2006 a fevereiro de 2007. Valor do débito: R\$228.711,34. Multa de 50%.*

INFRAÇÃO 3: *Utilização indevida de crédito fiscal relativo às aquisições de leite “in natura” de produtor rural. Consta, ainda, que o contribuinte se beneficiou do crédito presumido previsto no art. 93, inciso XI, do RICMS/BA, sem comprovação do repasse do benefício para o produtor rural no documento fiscal ou equivalente. Meses de fevereiro de 2006 e de janeiro de 2007 a dezembro de 2008. Valor do débito: R\$688.786,57. Multa de 60%.*

INFRAÇÃO 5: *Utilização indevida de crédito fiscal relativo às aquisições de leite “in natura” de produtor rural. O contribuinte adquiriu leite “in natura” de produtores rurais sediados no Estado de Minas Gerais, emitindo Nota Fiscal de Entrada sem a comprovação do efetivo recolhimento do ICMS àquele Estado nas respectivas operações. Além disso, o contribuinte não comprovou ser detentor de Regime Especial concedido pelo Estado de Minas Gerais que o autorize a tanto, bem como sua averbação junto à DITRI/SEFAZ/BA. Meses de janeiro a agosto de 2005 e de novembro de 2008 a julho de 2009. Valor do débito: R\$237.600,85. Multa de 60%.*

INFRAÇÃO 7: *Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. O contribuinte recebeu em transferência produtos acabados de outras unidades da Federação e não promoveu ou recolheu a menos o ICMS devido por antecipação parcial, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Valor do débito: R\$114.757,71. Multa de 60%.*

INFRAÇÃO 8: *Recolhimento do ICMS antecipação parcial efetuado a menos, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação para fins de comercialização. O contribuinte recebeu em transferência produtos acabados de outras unidades da Federação e não efetuou o recolhimento ou recolheu a menos o ICMS devido por antecipação parcial. Período de março de 2004 a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$518.843,57. Multa de 60%.*

Da apreciação dos argumentos defensivos, apresentados pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 3ª JJJ, por unanimidade, decidiu pela Procedência em Parte da autuação com os argumentos que abaixo transcrevo:

O autuado requereu a realização de diligência à ASTEC, visando quantificar corretamente as bases de cálculo do imposto antecipado. Fica indeferido o pedido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99, tendo com vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, tendo sido efetuada revisão pelo autuante, acatando parte das alegações defensivas, sendo fornecidas ao defendente as cópias do novo levantamento fiscal referente às infrações 7 e 8.

Infração 1: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia. DESENVOLVE.

Infração 2: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Parcelas não incentivadas não recolhidas no prazo legal, determinando a aplicação do disposto no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, quanto às parcelas incentivadas. Período de outubro a dezembro de 2005 e de março de 2006 a fevereiro de 2007.

Infração 3: Utilização indevida de crédito fiscal relativo às aquisições de leite “in natura” de produtor rural. Consta, ainda, que o contribuinte se beneficiou do crédito presumido previsto no art. 93, inciso XI, do RICMS/BA, sem comprovação do repasse do benefício para o produtor rural no documento fiscal ou equivalente.

Quanto às infrações 1 e 2, o defendente informou que a matéria relativa a estas infrações encontra-se em discussão judicial, inclusive com antecipação de tutela concedida pelo Poder Judiciário em seu favor.

Em relação à infração 3 o defendente informou que a matéria tratada nesta infração também se encontra em discussão judicial entre o autuado e o Estado da Bahia. Informa que a ação em referência é a de nº 1727430-6/2007, cuja classe é AÇÃO ORDINÁRIA CONDENATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Seu estágio atual no Poder Judiciário baiano também apresenta situação favorável ao defendente, estando a matéria sob a

concessão de tutela antecipada à ILPISA, garantindo-lhe o direito de não efetuar o repasse aos produtores rurais, na forma do art. 93, inc. XI, do RICMS/BA.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente PAF em diligência à PGE/PROFIS, solicitando manifestação acerca da identidade das postulações administrativas e judiciais em torno do objeto envolvendo o tema constante no processo administrativo (infrações 1, 2 e 3) e o processo judicial, proporcionando a aplicação do disposto no art. 122, inciso IV, do RPAF/BA.

Em atendimento ao solicitado, foi informado no Parecer à fl. 1239, que ao se examinar o conteúdo da matéria postulada na Justiça, foi constatado que a ação proposta pelo autuado visa o reconhecimento do direito no sentido de que seja desconsiderado o piso estabelecido para fins de gozo do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE. Na conclusão, o opinativo é no sentido de que, em relação às infrações 1 e 2, se deve aplicar o disposto no art. 117 do RPAF, englobando todas as infrações.

O art. 117 do RPAF/BA estabelece que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto.

Quanto à infração 3, conforme PARECER PGE/PROFIS à fl. 1289, vieram aos autos cópias da Ação Judicial nº 1727430-6/2007 através das quais foi constatado que a matéria em discussão na esfera judicial é o suposto direito do contribuinte em creditar-se nas operações sujeitas ao diferimento, contestando o limite imposto pelo Fisco estadual através do art. 117, parágrafo 4º, combinado com o Anexo 98 do RICMS/97. Foi apresentado o entendimento de que a infração 3 também está sob análise do Poder Judiciário, ao qual caberá decidir sobre a regularidade ou não da exigência fiscal, cabendo para esta infração as mesmas orientações constantes no Parecer de fls. 1239/1242.

Diante das respostas constantes nos citados Pareceres da PGE/PRIFIS, conclui pela extinção do processo administrativo em relação às infrações 1, 2 e 3, considerando que a escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa, nos termos do art. 117 do RPAF/99.

De acordo com as alegações defensivas, em relação às cobranças descritas nas infrações 4 e 6, o autuado reconheceu como devidas e disse que solicitou parcelamento débito à Inspetoria Fiscal. Dessa forma, considero procedentes os itens não impugnados, tendo em vista que inexiste lide a ser decidida.

Infração 5: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às aquisições de leite “in natura” de produtor rural, conforme Anexo IV do Auto de Infração, às fls. 36 a 41 do PAF. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte adquiriu leite “in natura” de produtores rurais sediados no Estado de Minas Gerais, emitindo Nota Fiscal de Entrada sem a comprovação do efetivo recolhimento do ICMS nas respectivas operações, nem comprovou ser detentor de Regime Especial no Estado de Minas Gerais.

Quanto ao direito de utilizar créditos fiscais, a Lei nº 7.014/96 estabelece:

Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

O defensor alega que 100% dos documentos fiscais relacionados no levantamento fiscal (Anexo III – 29/30) foram conferidos pelo Fisco. Como não obteve a comprovação do recolhimento do ICMS a favor de Minas Gerais, o Fisco glosou os créditos fiscais das entradas do leite no estabelecimento da ILPISA, procedimento este sem amparo legal. O defensor reitera o seu posicionamento de que não é seu papel verificar se houve ou não o recolhimento do ICMS por parte de seus fornecedores, cabendo essa função à administração tributária de cada unidade federada.

As notas fiscais objeto da autuação indicam que o defensor adquiriu as mercadorias de produtores rurais do Estado de Minas Gerais sem obrigatoriedade de manter inscrição estadual, por isso, foram emitidas as notas fiscais de entrada, indicando o fornecedor. Neste caso, a emissão dos documentos fiscais pelo autuado está amparada no art. 229, inciso I do RICMS/BA. Foram emitidas Notas Fiscais para documentar as entradas, houve o destaque do imposto nos referidos documentos fiscais, que serviram para acompanhar o transporte das mercadorias até o estabelecimento do emitente, o autuado.

De acordo com o art. 6º, inciso VIII da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o adquirente em relação às mercadorias recebidas de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas a emissão de documento fiscal.

Neste caso, o autuado deveria comprovar o recolhimento do imposto em relação às mercadorias adquiridas de produtores rurais, devido à sua responsabilidade por solidariedade, prevista na Lei nº 7.014/96.

Embora o art. 93 do RICMS preveja a utilização do crédito fiscal do valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de mercadorias, em razão da não-cumulatividade do ICMS, não há como aplicar o mencionado dispositivo regulamentar, por falta de comprovação do recolhimento do imposto, conforme foi apurado pelo autuante. Assim, concluo pela procedência deste item do presente Auto de Infração.

Infração 7: Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. O contribuinte recebeu em transferência produtos acabados de outras unidades da Federação e não promoveu ou recolheu a menos o ICMS devido por antecipação parcial, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2008.

O art. 42, inciso II, alínea “d” do RICMS/97 prevê a aplicação da multa de sessenta por cento do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial. Não se trata de exigência de imposto, e sim, aplicação de penalidade por falta de cumprimento da obrigação principal, relativamente ao recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, estando a multa exigida de acordo com a legislação em vigor.

Por outro lado, o parágrafo 1º do mencionado artigo prevê que “no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Infração 8: Recolhimento do ICMS antecipação parcial efetuado a menos, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação para fins de comercialização. O contribuinte recebeu em transferência produtos acabados de outras unidades da Federação e não efetuou o recolhimento ou recolheu a menos o ICMS devido por antecipação parcial. Período de março de 2004 a dezembro de 2007.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

Quanto às infrações 7 e 8, o autuado alegou que os cálculos deveriam ser objeto de revisão independente por parte da Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC. Disse que, ao analisar os Anexos VI e VII do presente Auto de Infração, constatou que os autuantes tomaram como base para autuação o Código Fiscal de Operação relativo às transferências interestaduais, qual seja, o CFOP 2.152, sem verificar quais os produtos que o compõem, o que afirma ser imprescindível para a correta apuração do valor devido. O defendente transcreve o § 2º do artigo 352-A do RICMS/BA, que trata da antecipação parcial do ICMS e diz que o Fisco jamais poderia utilizar como base para autuação o CFOP 2.152, haja vista que diversos produtos transferidos da fábrica de Alagoas para Bahia possuem base de cálculo reduzida no Estado, e que esse percentual de redução deveria ser contemplado nos cálculos constantes dos Anexos VI e VII.

O autuante reconheceu que assiste razão em parte ao defendente. Informou que reexaminando os cálculos com base no arquivo magnético apresentado ao Fisco, referente às operações efetuadas pelo autuado; verificou que o único produto transferido com carga tributária interna de 7% é o leite em pó, conforme disposto no art. 87, inciso XXI do RICMS, que transcreveu. Elaborou novo demonstrativo apurando que o débito referente à infração 7 ficou alterado de R\$114.757,71 para o valor total de R\$110.136,82. Quanto à infração 8, foi elaborado novo demonstrativo, ficando reduzido o débito originalmente apurado, de R\$518.843,57 para R\$496.728,12.

Na manifestação apresentada após a revisão efetuada, o defendente alegou que o autuante reconheceu parte da improcedência da autuação e reformulou os Anexos VI e VII, porém, desprezou o aspecto mais relevante da defesa. Diz que os períodos abrangidos pelas infrações 7 e 8, se referem a antecipações do imposto, cujo principal já foi totalmente liquidado na ação judicial relativa às Infrações 1 e 2, como mostra o laudo pericial vinculado a esta ação.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que na infração 7 não foi exigido imposto e sim aplicação de penalidade por falta de cumprimento da obrigação principal, relativamente ao recolhimento do ICMS por antecipação tributária parcial, estando a multa exigida de acordo com o § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, já reproduzido neste voto.

Quanto à infração 8, somente poderia deixar de ser exigido o ICMS a título de antecipação parcial se ficasse comprovado o recolhimento do imposto na operação ou operações de saída posteriores em relação às

mercadorias objeto da autuação. Neste caso, seria dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação parcial, aplicando-se, a multa prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Como não houve tal comprovação, de forma inequívoca, não cabe aplicar o referido dispositivo legal, dispensando-se o pagamento do imposto. Inclusive, não há qualquer comprovação nos autos de que as operações objeto das infrações 1 e 2 incluem todas Notas Fiscais e mercadorias adquiridas, que foram objeto da infração 8.

Mantida parcialmente a exigência fiscal nestes dois itens da autuação fiscal, de acordo com a revisão efetuada pelo autuante às fls. 1185 a 1191 (infração 7) e 1192 a 1212 (infração 8)

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO N°	CONCLUSÃO	IMPOSTO	IMPOSTO	MULTA
01	DEFESA PREJUDICADA	2.321.379,09	-	-
02	DEFESA PREJUDICADA	1.228.711,34	-	-
03	DEFESA PREJUDICADA	1.688.786,57	-	-
04	PROCEDENTE		224.391,46 -	-
05	PROCEDENTE		237.600,85 -	-
06	PROCEDENTE		727,37 -	-
07	PROCEDENTE EM PARTE			110.136,82
08	PROCEDENTE EM PARTE		496.728,12-	-
TOTAL		5.238.877,00	959.447,80	110.136,82

Cientificado da Decisão de 1º grau, o sujeito passivo, inconformado com a mesma, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 1318 a 1335, visando elidir parte das infrações, visto que já acatou as infrações 4 e 6, bem como, no presente Recurso, acata parte das infrações 7 e 8.

O Recurso Voluntário, portanto, se restringe a insurgência do sujeito passivo relativa às infrações 1, 2, 3 e 5 e parte das infrações 7 e 8.

Em relação às Infrações 1 e 2, afirma que, conforme já dito, estão sendo discutidas judicialmente cujo tema da discussão é o Programa DESENVOLVE.

Explica que, quando da habilitação do recorrente no Programa DESENVOLVE, através da Resolução nº 47, de 11 de setembro de 2003, foi fixado um piso de R\$ 192.057,65, onde o gozo do benefício da dilação do prazo de pagamento somente se daria sobre o saldo devedor de ICMS que excedesse este piso e não mais sobre a integralidade do saldo devedor mensal do imposto estadual. Na prática, este piso implicou em significativa redução do montante do benefício que a Impugnante esperava obter, em face da legislação vigente quando da formulação do seu pedido.

Aduz que, apesar do sacrifício do recorrente, foi impossível prosseguir com o pagamento do ICMS exigido, o que gerou a sua exclusão do Programa DESENVOLVE em 21/12/2006, após uma série de autuações fiscais.

Não conformada com a sua injusta exclusão do DESENVOLVE, afirma ter ingressado com uma ação judicial em março/2007 pleiteando não apenas o seu retorno ao referido programa, mas também a eliminação do piso inicialmente estipulado. Essa ação judicial já foi julgada em última instância pelo Tribunal de Justiça da Bahia, com ganho de causa para o recorrente. Trata-se da Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007 e a Procuradoria do Estado já possui plena ciência deste resultado.

Durante a tramitação do processo no judiciário baiano, mais precisamente em agosto/2007, alude que essa ação foi objeto de perícia judicial, cujo objetivo era o de apurar se o recorrente efetivamente devia ao Estado da Bahia, e caso positivo, qual seria este valor, considerando nestes cálculos a exclusão do malfadado piso citado anteriormente e abatendo todos os recolhimentos de ICMS feitos pelo recorrente ao Estado da Bahia, desde o início da sua habilitação ao Programa DESENVOLVE.

Consigna que o resultado desta perícia, que pode ser confirmado pela Procuradoria do Estado da Bahia, aponta que os recolhimentos efetuados pelo recorrente não só foram suficientes para cobrir todo o débito apurado até março/2007, mês da petição inicial, mas também para compensar

débitos futuros, pois no exame pericial foi detectado um crédito a favor do recorrente, que poderá ser utilizado para futuros recolhimentos de ICMS, oriundos do DESENVOLVE.

Conclui que, de acordo com os cálculos constantes no laudo pericial contábil, que compõe a ação judicial, o período autuado nas infrações 1 e 2, deste Auto de Infração, pode estar totalmente liquidado na própria ação judicial, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado.

Relata que no julgamento em 1^a Instância, o ilustre relator da 3^a JJF encaminhou o PAF em diligência à PGE/PROFIS, onde este órgão emitiu Parecer no sentido de que, em relação às infrações 01 e 02, se deveria aplicar o disposto no artigo 117 do RPAF, que estabelece que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto.

Complementa que a Decisão da 3^a JJF em relação a tais infrações foi que ocorreu, por parte do recorrente, a desistência da discussão administrativa, ficando, porém, suspensa a exigibilidade do crédito tributário em relação às infrações 1 e 2 até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

O recorrente concorda com essa Decisão da 3^a JJF, porém ressalta que a PGE/PROFIS, até a presente data, ainda não havia alterado no sistema operacional o status das referidas infrações 1 e 2 para o de “exigibilidade suspensa”, o que poderá lhe causar problemas futuros.

Pelo exposto, requer a este Conselho de Fazenda a ratificação de que as infrações 1 e 2 se encontram com a exigibilidade suspensa até a Decisão final pelo Poder Judiciário.

No que alude a infração 3, trata da utilização de crédito fiscal de ICMS nas aquisições de leite ‘in natura’ de produtor rural.

Informa que esse assunto, na ocasião da Impugnação, encontrava-se em discussão judicial, onde o recorrente questionava basicamente o percentual utilizado para a apropriação dos referidos créditos e a necessidade de efetuar o repasse dos créditos aos produtores rurais. Segue abaixo em breve resumo dessa demanda judicial.

Afirma utilizar como matéria-prima principal o leite ‘in natura’ adquirido, na maioria das vezes, de produtores rurais, os quais não são equiparados a comerciantes ou a industriais, razão pela qual fica a operação, nesta primeira etapa, sujeita ao diferimento do ICMS, previsto nos artigos 343 e 466 do atual Regulamento do ICMS do Estado da Bahia em vigor naquela época.

Segundo o sujeito passivo, com o diferimento da tributação do ICMS devido pelos produtores rurais, de um lado, estes deixam de se creditar do ICMS incidente sobre os insumos que utilizam na produção do leite ‘in natura’, e, de outro lado, os industriais também ficam impedidos de se aproveitarem desse crédito.

Após apresentar o presente quadro, assegura que os industriais, tal como o recorrente, que adquirem leite ‘in natura’ dos produtores rurais não equiparados a comerciantes ou a industriais, para utilizá-lo como matéria-prima nos seus processos produtivos, acabam por assumir a integralidade do ônus relativo ao tributo estadual incidente sobre os insumos adquiridos pelos seus fornecedores, uma vez que, além de estes valores comporem o preço do produto vendido, cujo ICMS será integralmente arcado pelo industrial por força do diferimento acima mencionado, este último se encontra obrigado a repassar aos produtores o valor do crédito presumido aleatoriamente previsto no art. 93, XI, do RICMS vigente àquela época como forma de resarcimento do imposto incidente sobre os insumos aplicados para obtenção do leite ‘in natura’.

Não conformada com esta determinação contida no malfadado inciso XI do artigo 93, afirma que ingressou no poder judiciário justamente para tentar afastar tal obrigação de repassar o crédito presumido para os produtores rurais, já que o ônus do ICMS já foi arcado pelo recorrente quando da aquisição do leite ‘in natura’, portanto, o crédito presumido tomado pelo recorrente já possui a natureza de resarcimento.

Além disso, argui que questionou judicialmente o percentual de crédito estipulado pela legislação estadual baiana, tendo sido apresentado na ação judicial, um estudo técnico elaborado por empresa internacional especializada no assunto, demonstrando que o percentual de crédito equivalente ao ICMS que incidiu nas etapas anteriores à produção rural seria de 2,22%, tendo sido utilizada esta alíquota pelo recorrente para quantificar seus créditos, procedimento rechaçado pelo Fisco.

Acrescenta que o fato novo trazido ao PAF pelo recorrente é que a referida ação judicial transitou em julgado no Poder Judiciário, não cabendo mais Recursos à PGE/PROFIS.

Afirma apresentar em anexo (DOC.3), a respectiva Certidão de Trânsito em Julgado, que põe fim a discussão judicial e garante o seu direito de utilizar o percentual de 2,22% sobre as aquisições de leite ‘in natura’ de produtor rural dos últimos 10 anos, além de não efetuar o repasse deste valor ao produtor rural, afinal, o ônus dessa tributação já foi arcado pelo recorrente quando da aquisição do leite.

Em decorrência dessa Decisão, o recorrente requer a este egrégio órgão julgador, a total improcedência da infração 3, deste Auto de Infração.

Quanto à infração 5, o Fisco autuou o recorrente por ter se creditado do ICMS sobre aquisições interestaduais de leite “in natura”, diretamente de produtores rurais situados em Minas Gerais, sem, contudo, ter provado o recolhimento do imposto a favor daquele Estado.

Argumenta ter alegado em sua impugnação, basicamente que o Fisco baiano não poderia glosar um crédito de ICMS de matéria-prima, destacado em nota fiscal, em função da falta de recolhimento do imposto ao Fisco de origem.

Além disso, aduz que não é seu papel verificar se houve ou não o recolhimento do ICMS por parte de seus fornecedores, cabendo essa função à administração tributária de cada unidade federada, reitera seu posicionamento ao afirmar que se o imposto é devido ao Estado de Minas Gerais, cabe a este Estado efetuar a sua cobrança, seja ao produtor rural mineiro, seja o recorrente, se assim ele entender.

Na Decisão de 1ª Instância, aduz que foi no sentido de que o creditamento só seria possível se fosse comprovado o recolhimento do imposto em relação às mercadorias adquiridas dos produtores mineiros, devido a sua responsabilidade por solidariedade.

Consigna que o entendimento insistentemente colocado pelo recorrente foi “*validado*” pelo Fisco mineiro, que, em ação fiscal, passou a cobrar este mesmo imposto dos produtores rurais situados em Minas Gerais. Em outras palavras, aquele mesmo imposto cobrado pelo Fisco baiano que resultou na Infração 5, deste Auto ora combatido, foi também cobrado aos produtores de leite situados em Minas Gerais, pelo Fisco local.

Afirma apresentar em anexo, a título de exemplo, uma amostragem de 5 (cinco) intimações lavradas pelo Fisco mineiro a produtores rurais locais, cobrando justamente o ICMS não recolhido no período do Auto de Infração, nas vendas efetuadas para o recorrente.

Entende que se a tese do Fisco prosperar e a infração for mantida, seria o equivalente aos créditos de ICMS sobre aquisições de embalagens, por exemplo, só serem validados caso o fornecedor da embalagem fizer prova de que recolheu o imposto ao Fisco de origem, o que seria catastrófico sob o ponto de vista operacional.

Diante do exposto, o recorrente requer a este egrégio órgão julgador, a total improcedência da infração 5, deste Auto de Infração.

Quanto às infrações 7 e 8 se referem ao mesmo objeto, qual seja, a falta de recolhimento do ICMS antecipado nas entradas neste Estado das transferências de produtos acabados da sua fábrica situada em Alagoas para a sua unidade fabril baiana.

Argumenta que a Infração 7 se refere às transferências efetuadas no período de janeiro a dezembro de 2008, onde a legislação baiana prevê apenas a cobrança de uma multa sobre a parcela do imposto que deixou de ser recolhido (no caso, 60% sobre 5%). Já a Infração 8 se refere ao período de março de 2004 a dezembro de 2007, onde o Regulamento do ICMS da Bahia prevê a cobrança da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, acrescida da multa (no caso, 5% + 60% sobre 5%).

Na impugnação apresentada, alude que apresentou basicamente duas alegações defensivas, sendo a primeira a de que ocorreram erros nos cálculos de algumas mercadorias autuadas, que possuem alíquota interna inferior a 17%, sendo, portanto, descabida a cobrança do ICMS antecipado.

Relata que os fiscais autuantes reconheceram os erros alegados e promoveram a alteração dos valores já na informação fiscal, procedimento acatado pela 3ª JJF na ocasião do julgamento de 1ª Instância.

Sobre essa primeira alegação, o recorrente concorda com os cálculos efetuados pela fiscalização. Já em relação à segunda alegação, o recorrente reitera o seu posicionamento de que as infrações 7 e 8 possuem relação direta com as infrações 1 e 2, que estão em discussão judicial e cujo julgamento de 1ª Instância concluiu pela suspensão da exigibilidade da cobrança até o trânsito em julgado da ação judicial. Essa relação das infrações 7 e 8 com as infrações 1 e 2 será justificada pela explicação dada a seguir.

Explica que o imposto antecipado é, na verdade, um adiantamento do ICMS incidente na operação. Na prática, as mercadorias transferidas para o estabelecimento do recorrente foram, posteriormente, vendidas. Ora, se o ICMS incidente nessas saídas subsequentes faz parte de um saldo devedor que, por sua vez, é reduzido em função do Programa DESENVOLVE, é lógico que a ação judicial tratada nas infrações 1 e 2 e que se referem a este programa causa uma influência direta neste cálculo.

Em outras palavras, consigna que, como estamos falando de um '*adiantamento do imposto*' cujo total já se encontra liquidado na ação judicial a que se refere às Infrações 1 e 2, o entendimento do recorrente é o de que não há mais que se falar de cobrança do imposto antecipado.

Caso esse argumento não seja suficiente para que este Conselho de Fazenda decrete a improcedência das infrações 7 e 8, o recorrente apresenta a seguir um novo argumento trazido ao PAF, que, segundo ele, caso seja apreciado, resultará na improcedência dessas infrações.

Alinha que as infrações 7 e 8 foram geradas em função das transferências de produtos acabados da fábrica de Alagoas para a da Bahia, onde o Fisco alega que, neste caso, caberia a cobrança da antecipação parcial do ICMS, prevista no art. 12-A da lei nº 7.014/96, e regulamentada pelo art. 352-A, do Decreto nº 6.284/97, vigente àquela época.

Complementa que, ao analisar os diplomas legais acima indicados, observa-se que a Lei Estadual nº 7.014/96, ao criar esta obrigação (fruto da Lei Estadual nº 8.967/03), se referiu apenas às operações de aquisições interestaduais de mercadorias, não se referindo, em nenhum momento às operações de transferências de mercadorias de contribuintes de mesma titularidade, conforme transcrição abaixo:

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.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento.

Entende que no texto da Lei Estadual nº 7.014/96, a exigência legal gira em torno das operações de aquisições de mercadorias, e não de transferências interestaduais entre contribuintes da mesma titularidade.

Destaca que, estranhamente, ao regulamentar a matéria no Decreto nº 6.284/97, o Poder Executivo alterou o texto da Lei a quem deve obediência, ampliando a sua abrangência ao incluir a expressão “entradas interestaduais de mercadorias”, no art. 352-A, do RICMS/BA.

Observa que o § 2º do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, prevê que o regulamento poderá fazer “exclusões” da sistemática de antecipação parcial do imposto, mas nunca “inclusões”, como assim fez o RICMS/BA no seu artigo 352-A, que, por sua conta e ordem, incluiu no rol das operações sob as quais se aplica a sistemática, não somente as aquisições de mercadorias, prevista em Lei, mas também as transferências interestaduais.

Argui que a situação é de flagrantemente inconstitucionalidade, pois não é de competência do Executivo ampliar a abrangência dos fatos geradores para que a norma alcance um maior número de contribuintes, cabendo este papel ao Poder Legislativo.

Afirma que, por não possuir previsão legal na Lei Estadual nº 7.014/96, não teria que efetuar o recolhimento do ICMS antecipado nas operações de entradas de mercadorias transferidas da sua fábrica de Alagoas, e que realmente não o fez, o que acabou ensejando a lavratura das infrações 7 e 8 do presente Auto de Infração.

Por todo o exposto, requer o recorrente a total improcedência das infrações 7 e 8, por não estar configurada nenhuma infração à legislação estadual baiana.

Pede:

Diante de todo exposto, o recorrente requer a este Conselho, inicialmente, a ratificação de que as infrações 01 e 02 se encontram com a exigibilidade suspensa até a Decisão final pelo Poder Judiciário, inclusive com a alteração do status no sistema operacional para o de ‘exigibilidade suspensa’.

Posteriormente, o recorrente requer a total improcedência da Infração 03, em função do trânsito em julgado a seu favor da matéria objeto dessa infração.

Além disso, requer também a total improcedência da Infração 05, por entender que os créditos fiscais apropriados nas aquisições de leite de produtores mineiros são legítimos.

Finalmente, requer o recorrente a improcedência das infrações 07 e 08, por considerar que o art. 12-A, da Lei Estadual nº 7.014/96, não possui previsão expressa de cobrança da antecipação parcial do ICMS nas operações de transferências entre contribuintes de mesma titularidade.

Caso a Infração 07 seja julgada procedente, requer o recorrente esta Câmara de Julgamento possa deliberar pela dispensa total da multa por infração ao apelo de equidade, conforme artigo 159, do RPAF.

A PGE-PROFIS, às fls. 1372 e 1373, apresenta seu Parecer opinativo, afirmando que não cabe apreciar argumentos de mérito relativos às infrações 1, 2 e 3, uma vez que foi encerrada a lide administrativa neste particular. O resultado da contenda judicial não terá que ser apreciado pelo CONSEF.

Quanto à infração 5, afirma que o argumento recursal apenas reforça a exigência fiscal, uma vez que revelado que de fato não houve recolhimento do ICMS na origem pra que o crédito pudesse ser utilizado.

Para as infrações 7 e 8, afirma não haver guarda a tese recursal, pois a antecipação parcial não tem reflexo com as saídas subsequentes tributadas ou não em razão do PROGRAMA DESENVOLVE, pois o recolhimento na entrada, que ora se exige, é da diferença de alíquota entre operação interestadual e interna, própria, e não posterior.

Aduz que a antecipação parcial é devida nas operações interestaduais ainda que entre empresa do mesmo grua, face ao princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Por fim, conclui que não há como acolher o pedido de exclusão da multa da infração 7, uma vez que os fatos estão devidamente esclarecidos e comprovados.

Diante do exposto, opina pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

O presente Recurso Voluntário se restringe a insurgência do sujeito passivo quanto à Decisão de primeira instância, relativa à totalidade das infrações 4 e 6 e parte das infrações 7 e 8, pois no que tange as infrações 1, 2 e 3, a matéria que é o Programa DESENVOLVE (infrações 1 e 2), está sendo discutida judicialmente, além de crédito fiscal relativo às aquisições de leite “*in natura*” de produtor rural (infração 3), conforme Decisão da Primeira Instância, com base no Parecer da PGE/PROFIS, cabendo a extinção do Processo Administrativo em relação às infrações 1, 2 e 3, considerando que a escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa, nos termos do art. 117 do RPAF/99.

Quanto à infração 5, não há o que modificar na Decisão de primeira instância, pois o recorrente adquiriu as mercadorias de produtores rurais do Estado de Minas Gerais sem obrigatoriedade de manter inscrição estadual, emitindo notas fiscais de entradas e indicando os respectivos fornecedores do produto e destaque do imposto, que acompanharam a circulação da mercadoria. Assim, para utilizar os aludidos créditos fiscais, por ele mesmo, destacados nas notas, o sujeito passivo deveria comprovar o recolhimento do imposto relativo às mercadorias, alvo da emissão das aludidas notas fiscais de entradas das mercadorias adquiridas dos produtores rurais.

No presente caso, cabe, conforme alinhado na Decisão de primeira instância, a aplicação do art. 6º, inciso VIII da Lei nº 7.014/96, ao regrer que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, o adquirente em relação às mercadorias recebidas de pessoas físicas ou jurídicas não obrigadas à emissão de documento fiscal.

O fato de haver por parte do Fisco de Minas Gerais intimações aos remetentes, não significa que o imposto foi efetivamente recolhido pelos respectivos esses, não havendo elementos probatórios do recolhimento do imposto, portanto, cabendo a manutenção da Decisão de Primeira Instância que foi a procedência da infração 5.

Argumenta o recorrente, quanto às infrações 7 e 8, que foram impugnadas em função das transferências de produtos acabados da fábrica de Alagoas para a da Bahia, onde o Fisco alega que, neste caso, caberia a cobrança da antecipação parcial do ICMS, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, e regulamentada pelo art. 352-A, do Decreto nº 6.284/97, vigente àquela época.

No presente Recurso, alega o recorrente, que os diplomas legais, acima indicados, constantes da Lei Estadual nº 7.014/96, ao criar esta obrigação (fruto da Lei Estadual nº 8.967/03), se referiu apenas às operações de aquisições interestaduais de mercadorias, não se referindo, em nenhum momento, às operações de transferências de mercadorias de contribuintes de mesma titularidade, conforme texto que reproduziu, acima já relatado.

Entende que no texto da Lei Estadual nº 7.014/96, a exigência legal gira em torno das operações de aquisições de mercadorias, e não de transferências interestaduais entre contribuintes da mesma titularidade. Destaca que, estranhamente, ao regulamentar a matéria no Decreto nº 6.284/97, o Poder Executivo alterou o texto da Lei a quem deve obediência, ampliando a sua abrangência ao incluir a expressão “entradas interestaduais de mercadorias”, no art. 352-A, do RICMS/BA.

As infrações 7 e 8 tratam, respectivamente, da multa por descumprimento da obrigação acessória por não cumprimento da obrigação principal devida através da antecipação parcial e pelo não

cumprimento integral da obrigação principal devida na antecipação parcial. O fato de ter havido modificação da redação do art. 12-A da Lei nº 7014/96 de “*aquisições interestaduais de mercadorias*” para “*entradas interestaduais de mercadorias*”, não significa dizer que não há imposto devido por antecipação parcial nas transferências interestaduais, pois ai deve ser preservada a autonomia entre os estabelecimentos, conforme destaca o Parecer da PGE/PROFIS, consagrado na ocorrência do fato gerador do ICMS nas transferências de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, conforme previsto no art. 12, I da Lei Complementar nº 87/96, e o art. 4º, I da Lei nº 7014/96, que asseguram a ocorrência do fato gerador nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, conforme o art. 2º, I do Regulamento ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 *in verbis*:

“*Art.2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:*

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;”

Em consonância com a Lei nº 7.014/96, em seu art. 12-A, segue o RICMS/97, em seu art. 352-A, determinando a ocorrência da antecipação parcial do ICMS **nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização**. Dispositivo esse, acrescentado pela Alteração nº 52, Decreto nº 8968 de 12/02/2004, portanto, antes e na vigência dos fatos geradores em tela, *verbis*:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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 IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Cabe ainda ressaltar que, no que tange a infração 7, se trata de multa por descumprimento da obrigação acessória por pagamento intempestivo do imposto devido por antecipação tributária, não havendo como a alegação de pagamento do imposto concernente às infrações 1 e 2, e seus respectivos questionamentos judiciais, elidirem a acusação de que houve pagamento intempestivo da antecipação parcial ora imputada. Na mesma toada, não consta nos autos elementos trazidos pelo impugnante, que confirmem o pagamento integral da antecipação parcial, exigida na infração 8, inclusive através das infrações 1 e 2.

Diante do exposto, considero inalterada a Decisão de Primeira Instância que manteve a Procedência Parcial das infrações 7 e 8, conformem modificações que resultaram na redução de suas exigências e, também, não coube o Recurso de Ofício, por não ultrapassar os valores que lhe dessem origem.

Assim, não merece reparo a Decisão recorrida.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

VOTO DIVERGENTE (Infrações 7 e 8)

Peço *vênia* para discordar do entendimento do Nobre Relator quanto à necessidade de antecipar parcialmente o ICMS nas operações de transferências de mercadorias destinadas à revenda entre estabelecimentos do mesmo titular.

No meu sentir, assiste razão ao Recorrente quando afirma que no período autuado a antecipação parcial do ICMS não se aplica às operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular. Senão vejamos:

Assim dispunha o referido artigo 12-A, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores objeto do lançamento de ofício:

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. (grifos meus)

Como se verifica da leitura do dispositivo transrito, o legislador ordinário estabeleceu como operações sujeitas à antecipação parcial as aquisições de mercadorias advindas de outras unidades da Federação com o fim de comercialização, isto é: as operações de compra.

Não há no texto da Lei nenhuma referência ou vocábulo que possa conduzir ao interprete à conclusão no sentido de que nas operações de transferências também restaria configurada a obrigação de antecipar parcialmente o ICMS.

Ocorre que ao exercer sua função regulamentadora, o artigo 352-A do Decreto nº 6.284/97 que aprovou o Regulamento do ICMS no Estado, inovando o comando legal a quem deve obediência, trouxe em seu texto o vocábulo entrada que se constitui em gênero do qual tanto as aquisições, quanto às transferências são espécies. *In verbis.*

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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 IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Em outras palavras, a interpretação isolada do RICMS/BA leva o interprete à conclusão no sentido de que o contribuinte deve proceder ao recolhimento da antecipação parcial também em relação às operações de transferências.

Como cediço, é função precípua do decreto regulamentar a lei, ou seja, descer às minúcias necessárias em relação a pontos específicos, criando os meios necessários para a fiel execução da lei, sem, contudo, contrariar qualquer das suas disposições ou inovar o Direito nela posto. Admitir, raciocínio contrário implica afronta ao quanto previsto no artigo 99 do Código Tributário Nacional – CTN, o que não se pode conceber.

Art. 99 – O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei.

Longe de se configurar em meras assertivas, outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode verificar da Ementa do recente julgado a seguir reproduzida a título de exemplo dos inúmeros julgados no mesmo sentido.

RESP 897513 / RS – RECURSO ESPECIAL – 2006/0121127-2 – T2 SEGUNDA TURMA – DATA DO JULGAMENTO 18/12/2012.

ROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 142 DO CTN. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE LEGITIMIDADE DA CDA. REEXAME DE PROVA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DECORRENTES DO BENEFÍCIO DO "NÃO ESTORNO", ORIGINADOS EM OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE ISENÇÃO. APROVEITAMENTO. EXIGÊNCIA DE QUE A COMPENSAÇÃO OCORRA ENTRE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS DA MESMA ESPÉCIE DA QUE ORIGINOU O RESPECTIVO NÃO ESTORNO. NORMA ESTADUAL (RICMS/RS) QUE VIOLA O ART. 20, § 6º, DA LC 87/96.

Omissis.....

5. Nos termos do art. 99 do CTN, "o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei". Como bem observa Roque Antônio Carrazza, "os regulamentos, no Brasil, sujeitam-se ao princípio da legalidade, só podendo surgir para dar plena aplicabilidade às leis, aumentando-lhes o grau de concreção", razão pela qual "os regulamentos executivos devem limitar-se a estabelecer os pormenores normativos de ordem técnica que viabilizam o cumprimento das leis a que se referem".

6. Cumpre registrar que a presente conclusão não implica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, conforme pacífico entendimento daquela Corte, "quando um decreto executivo vai além de regular a lei que lhe dá fundamento de validade, não se tem um problema de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, sendo incabível sua análise em recurso extraordinário, o qual só admite o exame de ofensa direta à Constituição federal" (AgR no AI 608.661/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 17.9.2012), ou seja, "se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional" (AgR no RE 455.817/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 30.9.2005; AgR no RE 349.307/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 3.12.2004).

7. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Grifos meus*

Assim é que, no presente caso, o único caminho para conferir legalidade ao quanto previsto no artigo 352-A é o de dar-lhe interpretação conforme o texto do artigo 12-A da Lei n.º 7.014/97, para reduzir o conteúdo da expressão entradas a aquisições de mercadorias por compra.

Nestes termos, concluo pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário quanto às exigências consubstanciadas nos itens 7 e 8 do Auto de Infração, relativamente às operações de transferências.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269358.0050/09-1, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A – ILPISA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$959.447,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$958.700,43 e 150% sobre R\$727,37, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, VII, “a” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa pecuniária no valor de **R\$110.136,82**, prevista no art. 42, II, “d”, da mesma Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário em relação aos itens 1, 2 e 3 no valor total de **R\$5.238.877,00** até o trânsito em julgado pelo Poder Judiciário, acrescidas das multas 60% sobre R\$4.010.165,66 e 50% sobre R\$1.228.711,34, previstas nos incisos I, “a”, II, “f” e VII, “a”, conforme o mesmo diploma legal citado, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infrações 7 e 8) – Conselheiros: Angelo Mario de Araújo Pitombo, Raisa Catarina Oliveira Alves, Eduardo Ramos de Santana, Oswaldo Ignácio Amador e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Infrações 7 e 8) – Conselheira: Rosany Nunes de Mello Nascimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – VOT DIVERGENTE
(Infrações 7 e 8)

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS