

A. I. N° - 206891.0014/13-2
AUTUADO - LOJAS RIACHUELO S/A
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO DA S. CARNEIRO, PAULO CESAR DA SILVA BRITO e
EUZIANE GOUVEIA DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02/12/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0296-03/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotada a base de cálculo apurada de acordo com o valor da entrada mais recente no estabelecimento remetente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/06/2013, refere-se à exigência de R\$1.052.551,31 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009.

Consta, na descrição dos fatos, que em consonância com reiteradas decisões do CONSEF, foi utilizado como fundamento para a lavratura do Auto de Infração o disposto no art. 13, § 4º, inciso I da Lei Complementar 87/96, isto é, o valor da entrada mais recente da mercadoria, que corresponde à data imediatamente anterior à data de saída em transferência para a filial localizada neste Estado. Quanto da ocorrência de mais de uma entrada na mesma data, adotou-se a entrada de menor valor, pois mais benéfico para o contribuinte. Retirou-se o ICMS e o PIS/COFINS da operação da última entrada, porque se referem a tributos recuperáveis, e incluiu-se o ICMS, à alíquota interestadual de 7% ou 12%, a depender da origem da mercadoria.

O autuado, por meio de advogado com procuração às fls. 131/132, apresentou impugnação às fls. 112 a 130 do PAF. Discorre acerca da autuação, transcreve dispositivos considerados infringidos e da multa aplicada e comenta sobre a tempestividade da defesa apresentada. Preliminarmente, alega que a exigência fiscal se refere a períodos iguais e autuações pelo mesmo objeto. Diz que reiteradamente é fiscalizado por esta Autoridade Fazendária para períodos iguais. Que em 2011 foi fiscalizado (OS 507505/11) para o período compreendido entre 01/01/2007 e 31/12/2010, e após, foi Autuado (Auto de Infração n° 206.891.0016/12-7, lavrado em 26/06/2012) em relação ao exercício de 2007, pela mesma infração ora impugnada, ou seja, *“que a base de cálculo do ICMS deve corresponder ao valor da entrada mais recente da mercadoria e que esta equivale ao valor da entrada atinente à data imediatamente anterior àquela referente à saída em transferência para este Estado.”*

Ressalta que no Auto de Infração n° 206.891.0016/12-7 consta *“Auto de Infração/Termo de Encerramento”*, subentendendo-se que o período fiscalizado (2007 a 2010) teve sua verificação definitivamente concluída. No entanto, no presente Auto de Infração consta como período fiscalizado: 01/01/2008 a 31/12/2009 e período autuado: 2008 e 2009. Diz que a Autoridade Fazendária fiscaliza novamente os mesmos períodos, ainda que em cada auto de infração contenha a expressão: *“Termo de Encerramento”*.

O defendente transcreve o art. 40 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA e observa que na redação anterior do art. 40 o legislador baiano teve a cautela de descrever em quais situações seria permitido à Autoridade Fazendária fiscalizar períodos iguais e lavrar mais de um auto de infração para o mesmo período. Diz que na legislação baiana anterior, a faculdade de lavrar diversos autos de infração para um mesmo período ocorria “*em casos especiais e mediante justificativa*”.

Salienta que não obstante a empresa impugnante respeite o Fisco baiano e cumpra com todas as suas obrigações fiscais, os Agentes Fiscais têm aplicado tal faculdade indiscriminadamente. Reproduz o art. 28 do RPAF/BA e pergunta: Qual é a plausibilidade da Autoridade Fazendária descrever que ocorreu o término da fiscalização “*Termo de Encerramento*” se contribuinte volta a ser fiscalizado pelos mesmos períodos e até pelo mesmo objeto? O defendente afirma que tais fiscalizações (períodos iguais e mesmos objetos) estão em total desacordo com nosso ordenamento jurídico.

Em relação ao mérito da autuação, alega que o cerne do Auto de Infração consiste na base de cálculo utilizada pelo Impugnante ao efetuar transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de mercadorias adquiridas de terceiros. Diz que a Fiscalização alega que o Impugnante alterou a base de cálculo do imposto no momento em que não expurgou o ICMS, o PIS e a COFINS da base de cálculo da última entrada.

O autuado afirma que em nenhum momento alterou os valores utilizados para a base de cálculo. Que a Autoridade Fiscal do Estado da Bahia, no presente Auto de Infração, cria um novo conceito ao “valor da entrada” ao entender que o “valor da entrada mais recente” seria o “valor da mercadoria” subtraindo-se o ICMS, o PIS e a COFINS, conceito este que não pode prosperar. Que não há qualquer plausibilidade que em todas as operações de transferência seja retirado ou expurgado o ICMS, PIS e COFINS da mercadoria, uma vez que o valor da entrada corresponde ao valor pago pela mercadoria e indubitavelmente, estes tributos compõem o valor da mercadoria.

Assegura que realizou exatamente o que está disposto na Lei Complementar 87/96 no artigo 13, inciso I, do parágrafo 4º, ou seja, o Impugnante efetuou transferências interestaduais utilizando o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

Diz que nos artigos 93, § 5º, inciso II e 97, inciso VIII e 124 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, não há qualquer menção à transferência de mercadorias utilizando o valor da entrada mais recente com obrigação de retirar o ICMS, PIS e COFINS desta base de cálculo, ou seja, não há qualquer menção ao expurgo dos tributos do valor da última entrada. Por isso, afirma que o presente Auto de Infração está respaldado em legislação na qual não há qualquer descrição de que a conduta do Impugnante tenha sido equivocada.

Entende que de acordo com o artigo 13, inciso I, parágrafo 4º da Lei Complementar 87/96, fica cristalino que a base de cálculo do imposto foi definida considerando-se a atividade de cada Contribuinte, ou seja, o Inciso I é aplicável ao comerciante; o Inciso II é aplicável ao industrial; e por fim, o Inciso III é aplicável ao produtor. Nessa linha de raciocínio, entende que não há que se punir a conduta do Impugnante porque atua no ramo do comércio varejista, sua atividade subsume-se ao Inciso I da Lei Complementar 87/96, ou seja, para o Impugnante, a base de cálculo do imposto é o valor da última entrada.

Considera que no RICMS da Bahia não há qualquer menção a expurgo de ICMS, de PIS e COFINS para o cômputo da base de cálculo do imposto nas transferências interestaduais, por isso, afirma que verificou a legislação do Estado remetente (Rio Grande do Norte) para constatar qual é o procedimento correto e encontrou na legislação, cujo comando determina que a base de cálculo para estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular corresponde ao valor da entrada mais recente, também sem qualquer menção ao expurgo de ICMS.

O defendente transcreve o art. 69 do RICMS/RN, e afirma que o presente Auto de Infração não merece prosperar na medida em que não há na Lei Complementar, nem na legislação do Estado

da Bahia e tampouco na legislação do Estado do Rio Grande do Norte qualquer previsão de expurgo de ICMS, PIS e COFINS da base de cálculo da última entrada.

Informa que a operação realizada consiste em receber a mercadoria na Filial CD RN (Centro de Distribuição de Natal) e transferir tal mercadoria para a Filial Bahia e nesta operação ocorreu regularmente o pagamento do imposto devido. Diz que o Estado da Bahia poderia alegar que o Impugnante recolheu mais impostos para o Estado de origem (FILIAL/CD/RN) do que para o Estado Baiano. Entende que tal argumento não deve subsistir, pois, através do Pacto Federativo, os Estados se comprometem a atuar de forma autônoma e mediante suas prerrogativas e competências atuar em favor da Federação.

Informa que não obstante toda a legislação trazida nas razões de defesa para comprovar que não houve qualquer prática equivocada, e inconformado com a lavratura do Auto de Infração, o defendente realizou consulta junto à FISCODATA para apurar qual seria a base de cálculo do imposto nas transferências interestaduais e obteve a seguinte resposta: *“Em relação a base de cálculo do ICMS utilizada na transferência de estabelecimento da mesma empresa, a empresa utiliza com regra geral o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria”*

Cita exemplos e outras respostas à consulta realizada e diz que em todas as consultas e em toda a legislação pesquisada, o Impugnante não encontrou nenhum comando que a obrigue ao expurgo de ICMS, PIS e COFINS nas transferências interestaduais. Afirma que o procedimento utilizado pela Autoridade Fiscal é arbitrário em razão da falta de liquidez e certeza da autuação por não possuir previsão legal, devendo ser considerado o Auto de Infração nulo, tornando-o conseqüentemente, inexigível o crédito tributário dele decorrente.

Em relação ao Auto de Infração nº 206891.0016/12-7 lavrado em 27/06/2012 para o mesmo Impugnante (Filial 104 – CNPJ 33.200.056/0354-49), transcreve o teor da acusação fiscal e diz que ambas as autuações tratam do mesmo objeto, isto é, a “base de cálculo de ICMS. Entrada mais recente. Expurgo do ICMS”. Uma das diferenças entre as autuações é o período autuado. No caso em comento a autuação ocorre para 2008 e 2009 enquanto para a autuação anterior, o período é 2007. Diz que o referido Auto de Infração foi julgado improcedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, conforme Acórdão JJF nº 0112/01-13.

Entende que não há qualquer plausibilidade na presente autuação visto que a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual já rechaçou autuação praticamente idêntica. Destaca pontos da mencionada decisão e diz que as diferenças entre as autuações são (período autuado e abatimento dos tributos no “custo de aquisição”. Que no presente Auto de Infração os autuantes inovaram mais uma vez, extirpando do “custo de aquisição” o PIS e a COFINS.

Salienta que o mecanismo de apuração de “custo de aquisição” é completamente equivocado visto que o legislador não se refere a “custo” no caso de transferência de estabelecimento comercial. O legislador utiliza a expressão “valor da entrada mais recente”.

Prosseguindo, o defendente comenta sobre uma Consulta feita ao Estado do Paraná e conclui que, sob todos os aspectos que se analise o caso em tela, esta autuação não merece prosperar. Em relação às decisões utilizadas pela Autoridade Fiscal para respaldar o Auto de Infração, afirma que os autuantes trazem uma ficção jurídica quando autuam o Impugnante em razão deste não ter estornado o ICMS, PIS e COFINS da base de cálculo da entrada mais recente. Diz que o presente Auto de Infração traz diversos julgados com o escopo de comprovar, inutilmente, que o valor da base de cálculo utilizado pelo Impugnante nas transferências interestaduais seria um valor “a maior” (valor da entrada + ICMS), mas o defendente entende que a partir da análise de cada julgado apontado pela Autoridade Fiscal restará comprovado que tais decisões não se aplicam ao caso em tela.

Entende que o caso da Nestlé, citado pelos autuantes, não se subsumem, em hipótese alguma, às operações praticadas pelo Impugnante na medida em que, há na decisão mencionada a constatação de que a empresa Nestlé teria majorado o valor do custo de produção, bem como que

o inciso aplicável a este caso é Inciso II do §4º, do artigo 13 da Lei Complementar 87/96, e no caso do Impugnante há que se aplicar o Inciso I do §4º, do artigo 13 da Lei Complementar 87/96 e não o Inciso II.

Comenta sobre outros julgados do CONSEF e conclui que não há dúvidas de que os julgados trazidos pela Autoridade Fiscal não cumprem o papel de comprovar que o Impugnante tenha praticado qualquer operação irregular e por isso, o Auto de Infração deve ser julgado nulo, tornando inexigível o crédito tributário.

Em relação à multa aplicada, alega que a multa constante no Auto de Infração é totalmente abusiva e excessiva (60%), configura verdadeiro abuso do poder fiscal, na exata medida em que seu montante é excessivo e despropositado. Ainda que se pudesse falar em autuação, o percentual aplicado a título de multa punitiva sobre o valor supostamente devido é totalmente absurdo, uma vez que se deixou de levar em consideração a natureza tributária dessa multa e seu conseqüente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento.

Neste sentido, reproduz ensinamentos de Sacha Calmon Navarro e diz que não restam dúvidas de que uma multa desproporcional, além de caracterizar confisco, de tão distante do caráter educativo e punitivo que deveria ter, pode causar prejuízos irreparáveis ao contribuinte. Diz que as multas e penalidades também podem ser consideradas confiscatórias, quando aplicadas por descumprimento de normas fiscais e forem exorbitantes. Transcreve artigos da legislação e jurisprudência pertinentes à matéria, concluindo ser imprescindível que o Fisco realize profunda análise relativamente às multas confiscatórias que estão sendo cobradas, sob pena de tornar os débitos fiscais, muitas vezes, impagáveis, acarretando inclusive no fechamento de estabelecimentos dos contribuintes.

Por fim, o defendente pede a nulidade e improcedência do presente Auto de Infração e, caso não seja julgado improcedente, que seja reduzida a multa.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 138 a 162 dos autos. Nas considerações iniciais, dizem que procuraram identificar e quantificar a base de cálculo do ICMS na hipótese de transferência de produtos industrializados para filiais localizadas em outras unidades da Federação, de modo a se compreender os lindes da controvérsia instalada na esfera administrativa. Transcrevem o art. 155, § 2º, XII, “i” e o art. 146, III, “a” da Constituição Federal, além do art. 13, § 4º, I da Lei Complementar 87/96, afirmando que a referida lei complementar definiu que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao valor da entrada mais recente da mercadoria. Que se pode concluir, sem resquício de dúvidas, que a lei complementar definiu que a base de cálculo deve ter uma correspondência com o valor da entrada mais recente e essa correspondência nós encontraremos nas normas contábeis que definem como deve ser o valor do custo de aquisição da mercadoria que será integrada ao estoque da empresa para posterior transferência para as suas filiais.

Quanto à alegação na preliminar de que houve fiscalizações para períodos iguais e autuações pelo mesmo objeto, informam que está registrado no próprio Auto de Infração à fl. 07, que enquanto não extinto o prazo decadencial, a Fazenda Estadual tem o direito de realizar quantas auditorias forem necessárias, independentemente de possuir ou não período e/ou objeto. Também informam que foi expedido o Termo de Prorrogação de Fiscalização e autorizada a continuidade das auditorias pelo Inspetor Fazendário em exercício.

No mérito, dizem que o cerne da questão é saber identificar o que seria o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, visto que o legislador federal assim não procedeu, pois não fez constar esse conceito na lei complementar que tem a competência de definir a base de cálculo do ICMS. Afirmam que se deve colher o que existe na doutrina e nas normas gerais de Direito Tributário (em especial nos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional), com o fito de

construir a melhor exegese quanto ao conceito de valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

Em seguida, citam ensinamentos de Luciano Amaro, Hugo de Brito Machado, Aliomar Baleeiro, e Sacha Calmon Navarro Coelho. Também mencionam o que está normatizado pelo Conselho Federal de Contabilidade e indicam como fundamento para a lavratura deste Auto de Infração o disposto no art. 13, § 4º, inciso I da LC 87/96, isto é, a inteligência de que o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria deve ser equivalente ao valor da mercadoria que consta da nota fiscal de entrada nos estoques, na data imediatamente anterior à data de saída em transferência para a filial localizada neste Estado (BAHIA). Quando da ocorrência de mais de uma entrada na mesma data, deve-se adotar a entrada de maior valor, por ser mais benéfico para o contribuinte. Informam que excluíram apenas o PIS e a COFINS da operação da última entrada (pois se referem a tributos recuperáveis), tudo de acordo com os demonstrativos analíticos acostados aos autos.

Nas considerações finais, os autuantes dizem que a questão a ser debatida neste PAF consiste em saber se é lícito a um Estado ampliar a base de cálculo do ICMS, utilizando-se de interpretações, via legislação tributária, exclusiva do ente político interessado em obter mais recursos e imposto (ICMS) em detrimento das demais unidades da Federação. Dizem que é vedado às legislações ordinárias dos Estados via Decisão Normativa e Decreto ampliarem a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência de produtos industrializados para outras unidades da Federação, porque violam o disposto no art. 155, § 2º, XII, “I”, bem como o art. 146, III, “a” ambos da Constituição Federal, combinado com o art. 13, § 4º, I e II da Lei Complementar 87/96. Entendem que está demonstrado ao longo da informação fiscal o acerto da autuação e pedem a procedência total do presente Auto de Infração.

VOTO

O autuado apresentou preliminar, alegando que em 2011 foi fiscalizado (OS 507505/11) para o período compreendido entre 01/01/2007 e 31/12/2010, e após, foi Autuado (Auto de Infração nº 206.891.0016/12-7 lavrado em 26/06/2012) para o exercício de 2007, pela mesma infração ora impugnada, ou seja, *“que a base de cálculo do ICMS deve corresponder ao valor da entrada mais recente da mercadoria e que esta equivale ao valor da entrada atinente à data imediatamente anterior àquela referente à saída em transferência para este Estado.”*

Ressalta que no Auto de Infração nº 206.891.0016/12-7 consta *“Auto de Infração/Termo de Encerramento”*, subentendendo-se que o período fiscalizado (2007 a 2010) teve sua verificação definitivamente concluída. No entanto, no presente Auto de Infração consta como período fiscalizado: 01/01/2008 a 31/12/2009 e período autuado: 2008 e 2009. Diz que a Autoridade Fazendária fiscaliza novamente os mesmos períodos, ainda que em cada auto de infração contenha a expressão: *“Termo de Encerramento”*.

Observo que na parte final de cada Auto de Infração consta a ressalva quanto ao “direito da Fazenda Estadual de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias”, e que “todos os livros, documentos fiscais e todos os demais documentos relacionados com o imposto deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial”.

Não acato a alegação defensiva, quando mencionou o art. 40 do RPAF/BA, haja vista que em relação ao presente Auto de Infração, bem como ao outro lançamento citado pelo defendente, ambos foram efetuados sob o comando de diferentes Ordens de Serviço, e não se constatou motivo para se entender que houve cobrança em duplicidade.

No caso específico do presente PAF, entendo que não houve prejuízo ao defendente, porque os demonstrativos elaborados pelos autuantes indicaram os dados relativos às notas fiscais, o código e descrição do produto, valor do produto, base de cálculo, alíquota, ICMS, etc., além de constar nota de rodapé com as devidas explicações.

Entendo que deve ser superada a preliminar apresentada, e não ser decretada a nulidade da autuação, haja vista que a lavratura de mais de um Auto de Infração não trouxe prejuízo à defesa; o autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas razões defensivas; a separação da autuação não dificultou a defesa, e o contribuinte tem acompanhado normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação aos procedimentos fiscais.

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 compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, 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. 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.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo.

Conforme a descrição dos fatos, foi efetuado estorno de crédito de ICMS na forma da LC 87/96, em virtude de a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência de produtos industrializados para filiais localizadas neste Estado, ser maior que a prevista na mencionada LC (art. 13, § 4º, Inciso I); período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. A base de cálculo deve ser correspondente ao valor da entrada mais recente das mercadorias, nas saídas em transferência interestadual para a filial situada neste Estado.

De acordo com o art. 155, § 2º, XII, “i” da Constituição Federal, cabe à lei complementar fixar a base de cálculo do ICMS, de modo que o montante do imposto a integre. Neste caso, a Constituição Federal atribui à lei complementar o papel importante na apuração dos valores do ICMS, estando previsto no art. 13, § 4º, I, da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

Como se trata de crédito fiscal relativo às operações interestaduais envolvendo produtos transferidos para a filial localizada neste Estado, aplica-se o disposto no art. 13, § 4º, inciso I da Lei Complementar 87/96, acima reproduzido. Portanto, observo que o levantamento fiscal foi realizado no sentido de apurar se a base de cálculo estava de acordo com o estabelecido no citado art. 13, § 4º, inciso I da Lei Complementar 87/96, ou seja, o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria

Vale ressaltar, que a autuação foi efetuada com base nas notas fiscais apresentadas pelo próprio contribuinte, constando discriminadamente os valores apurados pelos autuantes para efetuar os estornos dos créditos, conforme CD-R e demonstrativo às fls. 11 a 39 do PAF. A partir dos cálculos, foi efetuado “Estorno de Crédito”, encontrando-se o valor do crédito utilizado a mais pelo contribuinte.

Da análise efetuada a partir do texto constitucional, passando pela Lei Complementar, que traça as linhas gerais, compatibilizadas pelas diversas leis estaduais, em estrita obediência à unidade e à coerência do ordenamento jurídico nacional, entendo que a base de cálculo das operações de saídas de mercadorias por transferências está disposta no art. 13, § 4º, da LC 87/96, cujo teor é reproduzido no Estado da Bahia através do art. 17, § 8º, inciso I da Lei nº. 7.014/96:

Art. 17. *A base de cálculo do imposto é:*

(...)

§ 7º Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é:

I - o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; ou

A questão a ser decidida consiste em saber quais as parcelas que compõem o valor da entrada mais recente da mercadoria, conforme estabelecido na legislação. Se o PIS e a COFINS integram esse valor.

O PIS e a COFINS são tributos não-cumulativos, têm como fato gerador o faturamento mensal da empresa, o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. No caso das transferências não há que se falar em venda de mercadoria nem receita auferida na operação realizada, considerando que a transferência é caracterizada pela saída de mercadorias existentes no estoque do estabelecimento remetente para o estoque de outro estabelecimento pertencente ao mesmo titular.

Na informação fiscal, os autuantes esclareceram que a autuação fiscal foi embasada na orientação da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA e também em julgamentos anteriores proferidos pelo CONSEF, de forma que é correta a exclusão das parcelas dos tributos recuperáveis (ICMS, PIS e COFINS).

Efetivamente, o posicionamento que prevalece no âmbito da SEFAZ/BA, em relação às transferências interestaduais de mercadorias, nos termos da Lei Complementar 87/96, é no sentido de que, na formação da base de cálculo o remetente não deverá computar a carga de tributos recuperáveis (ICMS, PIS e COFINS), incidentes na entrada mais recente da respectiva mercadoria no estabelecimento.

Vale salientar, que foi editada, recentemente, a Instrução Normativa nº 52/2013, estabelecendo a base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias, nos termos da Lei Complementar 87/96 e o crédito fiscal admitido ao estabelecimento da mesma empresa localizado no Estado da Bahia, destinatário da mercadoria.

Na referida Instrução Normativa consta a orientação de que “na formação da base de cálculo o remetente não deverá computar a carga de tributos recuperáveis (ICMS, PIS e COFINS) incidente na entrada mais recente da respectiva mercadoria no estabelecimento”, o que confirma o acerto da autuação. Como as Instruções Normativas não podem transpor, inovar ou modificar o texto da norma que complementam, não se pode afirmar que a mencionada Instrução Normativa nº 052/2013 criou novas regras para a situação em comento.

Observo que ao apurar a base de cálculo referente às transferências de forma não prevista na Lei Complementar 87/96, o autuado assumiu a responsabilidade pelo imposto e o conseqüente ônus financeiro, tendo em vista a concepção de que nas transferências interestaduais deve ser considerado como expressamente definido no art. 17, § 7º, I, da Lei nº. 7.014/96.

Quanto ao julgamento proferido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, citado pelo defendente, tal decisão não reflete o posicionamento que prevalece no CONSEF.

Constato que a exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração está lastreada nos dispositivos legais citados neste voto, encontrando-se em consonância com os princípios constitucionais, inclusive em relação à não-cumulatividade do ICMS. Assim, concluo pela subsistência da autuação, tendo em vista que foi apurado que o estabelecimento remetente proporcionou ao destinatário (autuado) um crédito fiscal a ser utilizado, maior do que o previsto na legislação, o que constitui um crédito fiscal indevido.

O defendente contestou a multa aplicada, alegando que a exigência da multa em percentuais elevados, representa um verdadeiro excesso de exação, porque, pune confiscatoriamente o contribuinte. Diz que o percentual cobrado sobre o valor do suposto crédito tributário é absolutamente aviltante em relação ao fato considerado como eventual infração. Requer, alternativamente, a redução da multa imposta por revestir-se de caráter nitidamente confiscatório,

Em relação ao argumento do autuado de que a multa indicada é confiscatória, saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0014/13-2**, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.052.551,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA