

A. I. N° - 269352.0020/11-0
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTES - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 06/02/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0001-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelos autuantes, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nos termos do art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, consequentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em relação a estas infrações. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, refere-se à exigência de R\$6.881.500,93 de ICMS, acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas na substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$3.491.563,71. Multa de 60%.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas

omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2009 e 2010. Valor do débito: R\$1.202.307,02. Multas de 70% e 100%.

Infração 03: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2009 e 2010). Valor do débito: R\$145.515,28. Multa de 60%.

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, nos exercícios de 2009 e 2010. Valor do débito: R\$464.913,21. Multas de 70% e 100%.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saída de mercadorias em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo abaixo do valor da entrada mais recente. Valor do débito: R\$1.577.201,71. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 275 a 287). Após fazer uma síntese da autuação, informa que “procedeu ao recolhimento de parte da multa referente ao item 1 do Auto de Infração”, destacando que o mencionado pagamento se refere a algumas notas fiscais indicadas no levantamento fiscal. Requer o reconhecimento da extinção parcial do crédito tributário indicado no item 1, pelo pagamento do débito, nos termos do inciso I do art. 156 do CTN.

Quanto à parte não recolhida do item 01 do Auto de Infração, o defensor comenta sobre o regime da Substituição Tributária, cita artigos do RICMS/97 pertinentes ao referido regime e diz que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais em que houve recolhimento do ICMS-ST pelo fornecedor, por se tratarem de operações previstas em Convênio ou Protocolo, por isso não se encontram sujeitas ao recolhimento do ICMS por antecipação, encontrando-se nessa hipótese 112 notas fiscais, demonstrando a incorreção da análise da fiscalização. Ressalta que em relação à NF 8485, emitida pela Usina São Francisco S/A, localizada no Estado da São Paulo, relativa a uma operação de venda de açúcar orgânico, a operação é amparada pelo Protocolo ICMS nº 21/1991, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com açúcar da cana entre os Estados signatários, incluindo os Estados de São Paulo e Bahia. Cita outros exemplos e diz que se observa em todas 112 Notas Fiscais que houve destaque do ICMS-ST pelo fornecedor, inclusive nos casos em que este não completou adequadamente o campo dos “dados adicionais” das Notas Fiscais emitidas por omissão da indicação do Convênio ou Protocolo ICMS aplicável. Entende que não resta outra alternativa no que se refere às 112 Notas Fiscais referidas, estando demonstrado que as operações constantes nestas Notas Fiscais não se sujeitam ao recolhimento por antecipação.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, o autuado alega que o levantamento quantitativo foi realizado sem levar em conta a sistemática das operações e diversos fatores inerentes ao fluxo de movimentação dos estoques, como as quebras, extravios, devoluções e erros entre as quantidades efetivamente enviadas e o escriturado nas Notas Fiscais. Salienta que esses fatores são inerentes à atividade de qualquer empresa, principalmente as de grande porte, que manuseiam grandes volumes de mercadorias por dia. Diz que a fiscalização demonstrou total desconhecimento acerca da natureza das operações realizadas pelo impugnante, e que sequer buscou entender a atividade exercida pelo autuado, de forma a verificar se haveria alguma peculiaridade no caso concreto que justificasse a existência de suposta diferença nos estoques. Afirma que o lançamento em questão não foi precedido de qualquer investigação aprofundada, e não se

atentou a nenhuma das particularidades envolvidas nas operações realizadas pelo impugnante, violando o art. 112 do CTN. Também alega que não há demonstração de que a legislação foi observada no que se refere à apuração do imposto, sendo esta mais uma razão de nulidade da autuação, por atentado à ampla defesa. O defendanté comenta sobre as quebras e informa que de acordo com o estudo da ABRAS, em torno de 32,8% das perdas ocorrem por causas puramente operacionais, o que considerando o índice de 2,28%, representa 0,75% de perdas classificadas como operações, ou seja, decorrentes do próprio manuseio de mercadorias. Assegura que mesmo considerando um piso mínimo de perda, não há como negar como razoável um índice de quebra do estoque de 0,5% do faturamento. Cita uma decisão do CONSEF quanto a esta matéria e diz que outra questão a ser considerada se refere a erros verificados entre as quantidades efetivamente enviadas e o escriturado nas Notas Fiscais. Cita exemplo e conclui que a fiscalização desconsiderou elementos relevantes da operação, o que aponta para nulidade dos referidos itens da autuação, em face da adoção de valores e premissas que não representam a realidade dos fatos.

Em relação à infração 05, o defendanté alega que a apuração de recolhimento efetuado a menos se deve a suposta desobediência à metodologia de cálculo prevista no art. 56, inciso V, alínea “a” do RICMS/BA, o qual regulamenta o valor a ser utilizado na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação. Transcreve o mencionado dispositivo e aponta a diferença existente entre a metodologia adotada pelo impugnante e pela fiscalização, citando exemplos relacionados à parcela do PIS e COFINS, dizendo que é incontroverso que uma transferência de mercadorias entre filiais não configura fato gerador do PIS e da COFINS, por não representar ingresso de receita. Salienta que não é porque o PIS e a COFINS compõem a base de cálculo do ICMS que as autoridades fiscais estaduais estão autorizadas a ignorar as regras aplicáveis a esse tributo federal, com a finalidade de majorar artificialmente o imposto que lhes é devido.

Por fim, o defendanté pede a extinção parcial do crédito tributário objeto da infração 01 e que sejam cancelados os créditos remanescentes. Protesta pela juntada posterior de quaisquer provas admitidas em direito.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 559 a 567 dos autos. Quanto à infração 01, disse que o autuado apresentou cópias de Notas Fiscais ou DANFE's (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) às fls. 377 a 486, emitidas pelos fornecedores, comprovando que em relação às mercadorias procedentes dos citados fornecedores foi realizada a retenção do ICMS – Substituição Tributária. O autuante acata a alegação defensiva, por entender que os produtos referentes a estas notas fiscais não deveriam ter sido incluídos no levantamento fiscal, por isso, conclui que o débito referente à infração 01 deve ser reduzido para R\$438.132,00, conforme demonstrativo de débito que elaborou à fl. 561 do PAF. Informa que os detalhamentos dos valores estão discriminados por nota fiscal, item a item, através de duas planilhas EXCEL, referentes aos exercícios de 2009 e 2010, inseridas em CD-R anexado à fl. 553 deste PAF. Quanto às demais notas fiscais constantes do demonstrativo relativo a esta infração, disse que o defendanté concorda com a autuação e informa que já efetuou recolhimento parcial desta infração no valor de R\$ 2.930.051,78, conforme fl. 328. De posse deste valor já recolhido pela empresa, e adicionados do valor anteriormente citado (R\$ 438.132,00), o débito total é de R\$ 3.368.183,78. Informa que resta ainda uma diferença a recolher de ICMS histórico desta infração no valor de R\$ 123.379,93.

Infrações 02, 03 e 04 (Levantamento Quantitativo de Estoques): Informa que o defendanté apenas tece comentários subjetivos e superficiais, sem embasamento legal. Em relação às devoluções, esclarece que todas foram contempladas, já que as mesmas interferem na movimentação dos estoques, tanto que o CFOP 6202 pode ser claramente visto nos relatórios de Notas Fiscais de Saídas que estão contidos no DVD anexado à fl. 270, não sendo procedente esta afirmação do defendanté.

Quanto às quebras e extravios, informa que existe um CFOP destinado para este fim, que é o de número 5927 – “Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”, e simplesmente a empresa não o faz uso. Nos casos de perda, roubo ou deterioração diz que a empresa deve lançar saídas com este CFOP específico, de forma a ajustar seus estoques, e estornar seus créditos correspondentes, o que a empresa não fez, e não comprova no momento estas perdas, quebras e extravios. Transcreve o art. 100, V do RICMS/BA, e diz que através dos relatórios constantes das fls. 554 a 559 percebe-se, claramente, que na discriminação dos CFOP’s utilizados pela empresa durante os exercícios de 2009 e 2010, não há lançamentos com o CFOP 5927, restando provado que a empresa não procedeu aos corretos lançamentos, em casos de perda, roubo ou extravio, alegados nas razões de defesa. Em relação aos erros em quantidades, diz que o autuado apenas argumenta, sem trazer nenhum exemplo de prova. Conclui que as infrações 02, 03 e 04 devem mantidas integralmente.

Quanto à Infração 05 informa que em relação à metodologia utilizada para a execução da Auditoria desta infração, a mesma se baseou nos comparativos entre os valores dos produtos de saída (interestadual) em relação ao valor da entrada mais recente, para o mesmo produto. Informa que foram levados ao demonstrativo desta infração os valores de saída inferiores aos da entrada mais recente, pois nestes casos houve prejuízo ao Estado, por ter sido admitido créditos maiores do que os débitos realizados, em desacordo com o que determina o art. 56, V, ‘a’, do RICMS/BA e o Art. 17, da Lei 7.014/96.

Também esclarece que foi feita a equalização da carga tributária do ICMS, ou seja, no caso dos valores de entrada de itens que foram realizados com a carga tributária de 7 ou 17%, estas cargas foram transformadas em 12%, de forma a equalizá-las com as saídas interestaduais, em que todas foram realizadas com esta alíquota, com o intuito de se comparar valores homogêneos, retirando qualquer possibilidade de interferência do imposto na composição do preço, tendo em vista que o mesmo deve ser neutro, neste caso.

Em relação ao efeito do PIS e COFINS na composição dos valores dos produtos, informa que as contribuições do PIS e COFINS, atualmente, estão regidas pela Lei 9.718/98, com as alterações subsequentes. As duas contribuições, apesar de originarem-se de diferentes legislações, têm uma relativa semelhança na base de cálculo, pois em sua formação devem ser somadas todas as receitas auferidas, com as exceções e exclusões previstas em lei. Faz uma análise da legislação pertinente e informa que o PIS/COFINS, por ter como fato gerador e base de cálculo as receitas operacionais e não-operacionais, incidindo principalmente sobre o faturamento, não têm incidência direta na composição do preço dos produtos elencados numa nota fiscal, não tendo assim interferência na Infração 05. Informa que está sendo computado nesta Infração 05 é o valor da entrada mais recente em relação às suas saídas subsequentes para fora do Estado, de forma a se verificar se estas últimas estão sendo feitas com valor equivalente às primeiras. Se não estiverem, sendo feitas com valores menores, estão gerando prejuízos à arrecadação do Estado, pois estaríamos suportando mais créditos que os débitos correspondentes.

Afirma que, quando é analisado o *leiaute* de uma Nota Fiscal, seja no Modelo 1, 1-A, ou Nota Fiscal Eletrônica (através do DANFE – documento auxiliar da nota fiscal eletrônica), disponível para verificação fartamente neste PAF, se percebe que não há nenhum campo destinado ao PIS/COFINS na composição do valor de cada item ou no valor total dos produtos, bem como no valor total da nota fiscal, mostrando que estas contribuições não têm nenhuma interferência na composição do preço, não interferindo assim nesta infração 05. Mantém integralmente esta Infração 05.

O autuante finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração, com exceção da redução da Infração 01, anteriormente detalhada.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 571 a 578 dos autos, alegando que demonstrará que a informação fiscal é parcialmente improcedente, e que o auto de infração não tem mínimas razões de prosperar.

Quanto ao item 1 do auto de infração alega que conforme demonstrado em sede de impugnação, foram incluídas Notas Fiscais para as quais o impugnante demonstrou o efetivo recolhimento do ICMS-ST pelo fornecedor, por se tratarem de operações objeto de Convênio ou Protocolo, e que, portanto, não se encontram sujeitas ao recolhimento do ICMS por antecipação pelo impugnante. Disse que a prova juntada pelo defendant neste processo (por amostragem) evidencia a manifesta precariedade da ação fiscal que precedeu o lançamento, haja vista que a fiscalização não deixou de proceder à correta subsunção dos fatos à norma; não verificou se efetivamente as notas fiscais de que trata o lançamento tinham ou não sido objeto de pagamento de ICMS por antecipação. O defendant entende que existe prova cabal da precariedade do presente Auto de Infração e a evidência de que a fiscalização, ao efetuar este lançamento, sequer se deu ao trabalho de analisar a fundo os documentos da empresa. Ressalta que, à luz do art. 142 do CTN, o trabalho investigativo do Fisco e o seu dever de instrução probatória devem ocorrer antes do lançamento, e a fiscalização se limitou a analisar as Notas Fiscais apresentadas na impugnação, deixando de analisar e constatar que as demais notas fiscais também foram objeto de recolhimento antecipado do imposto. Assegura que todas as Notas Fiscais objeto do lançamento foram disponibilizadas à fiscalização para sua análise e verificação da existência de convênio ou protocolo entre o Estado de origem das mercadorias e a Bahia, mas mesmo de posse de todas as informações necessárias, o autuante computou no lançamento Notas Fiscais relativas à operação interestadual objeto de Convênio ou Protocolo, cujo recolhimento antecipado do ICMS está a cargo do fornecedor e não do defendant. Diz que o reconhecimento pelo autuante de que está cobrando ICMS com relação a Notas Fiscais com destaque do ICMS-ST comprova que o auto de infração não foi precedido de uma análise minuciosa da operação, resultando em um auto de infração manifestamente nulo.

Infrações 2, 3 e 4 (Levantamento Quantitativo de Estoque): Alega que na informação fiscal o autuante repete o que já está dito no auto de infração e diz que os registros fiscais da empresa não justificariam as diferenças encontradas, se analisados os CFOPs das operações. O defendant entende que qualquer levantamento que considere tão somente a relação existente entre entradas e saídas, tendo por única referência os CFOPs de cada operação, necessariamente, apresentará distorções, que devem ser precisamente analisadas e não simplesmente presumidas como falta de registro de entradas e saídas. Diz que neste sentido, a precariedade da fiscalização é manifesta por ter a fiscalização demonstrado total desconhecimento acerca da natureza das operações realizadas pelo impugnante, acarretando a realização de lançamento por mera presunção.

Entende que restou claro, pela metodologia de cálculo utilizada no levantamento dos itens 2, 3 e 4, que o autuante desconsiderou por completo elementos relevantes da operação, o que comprova mais uma vez a insubsistência do auto de infração.

Infração 5 (Erro na determinação da base de cálculo nas transferências): O autuado alega que na impugnação foi demonstrado que a diferença existente entre a base de cálculo considerada pela empresa e aquela considerada pelo autuante se justifica pela não inclusão do PIS e da COFINS no valor das mercadorias que serão remetidas para outros estabelecimentos, salientando que PIS e COFINS não são devidos nas transferências realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa. Diz que a fiscalização constrói seu entendimento com base na premissa de que o PIS e a COFINS não compõem o preço da mercadoria, e, portanto, não afetariam os valores das mercadorias transferidas. Afirma que tal entendimento não merece prosperar, o PIS e a COFINS são contribuições que incidem sobre as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas e são embutidas no preço da venda das mercadorias, como um custo do produto.

O defendant afirma que ao adquirir uma mercadoria, no valor da Nota Fiscal estão incluídos dentre os custos tributários o valor pago pelo fornecedor título de PIS e COFINS. Tanto o

PIS/COFINS oneram o preço das mercadorias que o legislador, a fim de evitar a tributação em cascata, criou a sistemática da não-cumulatividade para essas contribuições. Mesmo não restando dúvidas de que o PIS e a COFINS não são devidos nas operações de transferência para estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, a sistemática proposta pela fiscalização é no sentido de calcular o ICMS devido na transferência da mercadoria sob uma base de cálculo que inclui o PIS e a COFINS. O que evidentemente aumenta, sem qualquer justificativa legal, a base de cálculo do ICMS.

Afirma que no caso em comento, por se tratar de uma saída que não se sujeita a incidência do PIS e da COFINS, tais contribuições não são incluídas no valor da mercadoria e, consequentemente, na base de cálculo do ICMS, por esta razão, a base de cálculo (calculada pelo impugnante com todo o rigor fiscal descrito) é menor do que aquele apontado na Nota Fiscal de entrada. O defensor conclui que a metodologia de cálculo utilizada pela empresa na saída de mercadorias em transferência para suas filiais é plenamente justificável e possui amplo respaldo legal. Por fim, requer seja integralmente cancelado o presente auto de infração, nos termos do pedido de sua defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 586 a 591, dizendo que em relação à infração 01 (Falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária por Antecipação), a empresa efetuou o pagamento de R\$ 2.930.051,78, conforme fl. 328. A fiscalização admite a redução de R\$ 423.132,00, conforme Informação Fiscal à fl. 561, em relação às notas fiscais que tiveram o imposto retido, alegado pelo autuado. Quanto às demais notas fiscais, assegura que não houve o efetivo recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária, tendo em vista que a revisão foi realizada pelo autuante neste sentido. Informa que ainda resta uma diferença a recolher de ICMS nesta infração no valor de R\$ 123.379,93, haja vista que o débito total da Infração é de R\$ 3.491.563,71. Disse que na manifestação apresentada pela empresa, nenhum fato novo é trazido, não elidindo a acusação fiscal.

Infrações 02, 03 e 04 (Levantamento Quantitativo de Estoques): Esclarece que as devoluções, alegadas pela empresa, foram contempladas, já que as mesmas interferem na movimentação dos estoques, tanto que o CFOP 6202 pode ser claramente visto nos relatórios de Notas Fiscais de Saídas que estão contidos no DVD anexado à fl. 270, não sendo procedente esta afirmação.

Em relação às quebras e extravios, disse que existe um CFOP destinado para este fim, que é o de número 5927 – “Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”, e simplesmente a empresa não o faz uso. Nos casos de perda, roubo ou deterioração deve a empresa lançar saídas com este CFOP específico, de forma a ajustar seus estoques, e estornar seus créditos correspondentes, o que a empresa não fez, e não comprova no momento estas perdas, quebras e extravios.

Quanto aos erros em quantidades afirma que o autuado apenas argumenta, sem trazer nenhum exemplo de prova, e na manifestação apresentada pela empresa, nenhum fato novo é trazido, não elidindo a acusação fiscal

Infração 05 (Erro na Determinação da Base de Cálculo – Transferências Interestaduais): Informa que em relação à metodologia utilizada para a execução da Auditoria desta infração, a mesma se baseou nos comparativos entre os valores dos produtos de saída (interestadual) em relação ao valor da entrada mais recente, para este mesmo produto. Foram levados ao demonstrativo desta infração os valores de saída inferiores aos da entrada mais recente, pois nestes casos houve prejuízo ao Estado, por ter sido admitido créditos maiores do que os débitos realizados, em desacordo com o que determina o art. 56, V, ‘a’, do RICMS/BA e o art. 17, da Lei 7.014/96. Também informa que foi efetuada a equalização da carga tributária do ICMS, ou seja, no caso dos valores de entrada de itens que foram realizados com a carga tributária de 7 ou 17%, estas cargas foram transformadas em 12%, de forma a equalizá-las com as saídas interestaduais, uma vez que estas operações são todas realizadas também com a alíquota de 12%, comparando-se, assim, valores

homogêneos, retirando qualquer possibilidade de interferência do imposto na composição do preço, tendo em vista que o mesmo deve ser neutro, neste caso.

Em relação ao efeito do PIS e COFINS na composição dos valores dos produtos, alegado pela empresa, tece alguns comentários sobre as mencionadas contribuições e diz que o PIS/COFINS, por ter como fato gerador e base de cálculo as receitas operacionais e não-operacionais, incidindo principalmente sobre o faturamento, não têm incidência direta na composição do preço dos produtos elencados numa nota fiscal, não tendo assim interferência na Infração 05.

Esclarece que está sendo computado nesta Infração 05 é o valor da entrada mais recente em relação às suas saídas subseqüentes para Fora do Estado, de forma a se verificar se estas últimas estão sendo feitas com valor equivalente às primeiras. Caso estejam sendo realizadas com valores menores, estão gerando prejuízos à arrecadação do Estado, pois estaria suportando mais créditos que os débitos correspondentes.

Apresenta o entendimento de que, para elidir a acusação, o autuado deveria ter comprovado que as saídas foram realizadas com base no valor da entrada mais recente da mesma mercadoria, ou então trazer ao processo documento fiscal que comprovasse que os preços mais recentes utilizados pelo autuante estavam equivocados, o que não foi feito. Adicionalmente informa o julgamento do Auto de Infração 269352.0022/11-3, lavrado contra o próprio autuado, através do ACÓRDÃO JJF Nº 0127-02/12, da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, esta mesma infração foi julgada procedente. Diz que o autuado não apresentou nenhum fato novo em sua manifestação, não elidindo a acusação fiscal. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 594 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências pelo autuante:

1. Intimasse o autuado a indicar todas as notas fiscais referentes às operações objeto de Convênio ou Protocolo.
2. Refizesse os demonstrativos da infração 01, excluindo as referidas mercadorias, apurando o débito remanescente.
3. Em relação ao levantamento quantitativo de estoques (infrações 2, 3 e 4), solicitasse ao defendente que comprovasse as perdas, quebras, extravios, devoluções e erros entre as quantidades efetivamente enviadas e o escriturado nas Notas Fiscais, alegados nas razões de defesa.

Após o refazimento dos cálculos pelo autuante, foi solicitado que a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse as cópias de todos os elementos que fossem acostados aos autos, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

O defendente foi intimado na forma solicitada (fl. 595) e apresentou manifestação dizendo que em relação ao item 1 do Auto de Infração, demonstrou o efetivo recolhimento do ICMS pelo fornecedor, por se tratarem de operações objeto de Convênio ou Protocolo. Diz que a juntada de provas em sede de impugnação (por amostragem) evidenciou a manifesta precariedade da ação fiscal, que procedeu ao lançamento sem analisar se, efetivamente, as notas fiscais de que trata o lançamento tinham ou não sido objeto de pagamento do ICMS antecipadamente. Que não restou outra alternativa à fiscalização que não fosse reconhecer o erro cometido e sugerir a exclusão de parte das Notas Fiscais computadas na infração 01. Que em face da diligência encaminhada pela JJF, apresenta outro grupo de notas fiscais as quais foram indevidamente incluídas no item 1 do Auto de Infração (Notas Fiscais, planilha com a relação das notas fiscais juntadas em CD ROOM).

Informa que se trata de um universo de mais de 580 notas fiscais, que somadas às 112 notas fiscais apresentadas em sede de impugnação, totalizam o montante aproximado de 700 notas fiscais indevidamente autuadas. Entende que isso constitui prova cabal da precariedade do lançamento. Cita o art. 142 do CTN, e apresenta o entendimento de que, após a lavratura do Auto de Infração, exigir que o autuado disponibilize absolutamente todos os documentos questionados

pela fiscalização é o mesmo que transferir o trabalho investigativo para o contribuinte ou, no mínimo, trazer para o processo administrativo uma análise documental que obrigatoriamente deveria anteceder o lançamento fiscal. Assegura que todas as notas fiscais foram disponibilizadas à fiscalização para análise, e mesmo de posse de todas as informações necessárias foram computadas pela fiscalização notas fiscais com destaque do ICMS-ST. Diz que o reconhecimento da fiscalização de que está cobrando ICMS com relação às Notas Fiscais com destaque do ICMS-ST somado aos demais documentos trazidos aos autos pelo defensor, comprovam que as operações realizadas não estão sujeitas ao recolhimento do ICMS por antecipação, e que o Auto de Infração não foi precedido de uma análise minuciosa da operação, resultando numa autuação manifestamente nula.

Quanto às infrações 2, 3 e 4, que se referem às diferenças apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, alega que as diferenças identificadas no período autuado, do ponto de vista estatístico, são insignificantes se comparado com o volume total de operações realizadas pelo defensor. Comenta sobre o índice médio de perdas em supermercados (2,28% do faturamento) e diz que o volume autuado como diferença de estoque corresponde a somente 0,5% do faturamento do período, muito abaixo do estimado para o setor. Entende que tais números demonstram que as diferenças apuradas pela fiscalização são plenamente razoáveis e justificáveis pelo processo natural de perda e quebra a que estão sujeitas as empresas em geral. Destaca, também que a forma com que os cálculos fiscais foram realizados impossibilita que o defensor identifique de forma individualizada as operações autuadas e se defenda de forma apropriada. Alega que o critério utilizado pela fiscalização não está claro e não foi demonstrado no detalhamento do Auto de Infração e tampouco nas planilhas que acompanham o Auto de Infração. Diz que ficou impedido de se defender e requer sejam cancelados os créditos tributários remanescentes em razão da comprovação de inexistência de qualquer infração.

Caso assim não se entenda, requer sejam cancelados todos os créditos tributários relativos ao item 1, cujo recolhimento do ICMS-ST foi devidamente comprovado por meio das notas fiscais juntadas aos autos.

Considerando que os documentos apresentados pelo defensor, não foram analisados pelo autuante, esta JJF converteu o presente processo em nova diligência (fl. 1553 – VOLUME V) solicitando que o autuante prestasse nova informação fiscal, tratando de todos os aspectos da manifestação apresentada pelo autuado. Que fossem refeitos os demonstrativos excluindo as mercadorias enquadradas na substituição tributária por meio de Convênio ou Protocolo, apurando o débito remanescente.

Após o refazimento dos cálculos pelo autuante, que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias de todos os elementos que fossem acostados aos autos, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para o defensor se manifestar, querendo.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 1555/1556, dizendo que em relação à infração 01, foram excluídas todas as notas fiscais apresentadas pelo autuado que comprovam a retenção do imposto, gerando um novo demonstrativo de débito elaborado à fl. 1555, sendo produzidos novos relatórios para embasamento dos valores apurados, após as exclusões efetuadas, conforme CD-R à fl. 1554.

À fl. 1555 o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 1556 comprovando que o contribuinte recebeu cópia da mencionada informação fiscal, demonstrativos e CD.

O defensor apresentou manifestação (fls. 1559/1563), aduzindo que após a realização de minuciosa análise das Notas Fiscais relacionadas no levantamento fiscal originalmente efetuado com a composição do valor indicado no item 01 do Auto de Infração, prontamente efetuou o recolhimento de R\$2.930.051,78. Com relação à parcela remanescente de R\$561.511,93 diz que foi

apresentada em sede de impugnação, planilha com extensa relação de Notas Fiscais incluídas pela fiscalização no item 01, nas quais comprovou ter havido recolhimento pelos seus Fornecedores. Que além dessa planilha, foi apresentada uma série de Notas Fiscais demonstrando o efetivo recolhimento do ICMS-ST pelo fornecedor, já que se tratavam de operações objeto de Convênio ou Protocolo, não se encontrando sujeitas ao recolhimento do ICMS-ST pelo deficiente.

Quanto à revisão do autuante, diz que foi efetuada a exclusão do montante de R\$438.132,00, mantendo a autuação com relação aos valores remanescentes no total de R\$123.379,93. Entende que houve equívoco da fiscalização, porque não foram considerados determinados CNPJs de fornecedores, os quais praticam operações com o efetivo recolhimento do ICMS-ST para o Estado da Bahia. Afirma que na nova informação fiscal e novo demonstrativo elaborado pelos autuantes, o montante excluído não corresponde ao indicado na listagem de Notas Fiscais apresentada em sede de impugnação. Salienta que no presente PAF, houve sucessiva necessidade de conversões em diligências para sanar os equívocos observados nos demonstrativos produzidos pela Fiscalização. Informa que todas as Notas Fiscais objeto do lançamento sempre estiveram à disposição da Fiscalização para análise, e mesmo de posse de todas as informações necessárias, a Fiscalização computou no lançamento Notas Fiscais com destaque do ICMS-ST. O reconhecimento pela Fiscalização de que está cobrando ICMS em relação a essas Notas Fiscais comprova que o Auto de Infração não foi precedido de uma análise minuciosa da operação, resultando em um auto de infração manifestamente nulo.

Por fim, o deficiente pede que sejam cancelados todos os créditos tributários remanescentes em razão da comprovação da inexistência de valor remanescente quanto à infração 01, e reitera todas as alegações aduzidas em sede de impugnação e manifestação em relação aos demais itens do Auto de Infração, para que seja inteiramente cancelado.

À fl. 1567 esta JJF encaminhou o presente processo em nova diligência solicitando que os autuantes adotassem as seguintes providências quanto à infração 01:

1. Intimassem o autuado para apresentar demonstrativo das notas fiscais correspondentes aos equívocos constatados no levantamento fiscal.
2. Solicitasse que o deficiente fornecesse os documentos fiscais originais, ainda não apresentados, comprobatórios das alegações defensivas e elaborasse demonstrativo, excluindo as notas fiscais que comprovassem a retenção do ICMS em razão da existência de Convênio ou Protocolo, apurando o débito remanescente.

Em relação ao levantamento quantitativo de estoques (infrações 2, 3 e 4), embora já tenha sido objeto da intimação à fl. 595 dos autos, foi solicitado para que renovasse o pedido para que o deficiente comprovasse as perdas, quebras, extravios, devoluções e erros entre as quantidades efetivamente enviadas e o consignado nas Notas Fiscais, conforme alegado nas razões de defesa.

Também foi solicitado que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias da informação fiscal e de todos os elementos que fossem acostados aos autos pelos autuantes, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

O deficiente apresentou manifestação (fls. 1574/1582 – VOLUME V) em função do encaminhamento do PAF em diligência, afirmando que, por se tratar de uma das maiores redes de supermercados do país, com centros de distribuição localizados em vários pontos do país, estes centros de distribuição são responsáveis pelo recebimento de mercadorias oriundas de vários Estados e pela distribuição de ditas mercadorias para supermercados localizados dentro e fora do Estado da Bahia. Diz que foi demonstrado em sede de defesa que as premissas e metodologia de cálculo utilizadas pela fiscalização são incorretas e levam a conclusões distorcidas, as quais desconsideram variáveis e particularidades de determinadas operações.

Diz que a Fiscalização, ciente da fragilidade da autuação, vem tentando corrigir seus erros cometidos quando do lançamento. Diz que em relação à infração 01, a intimação para apresentar comprovações não passam de uma tentativa da fiscalização de inverter o ônus probatório, transferindo para o autuado a responsabilidade por apresentar as provas que deveriam ter sido colhidas e analisadas anteriormente à lavratura do Auto de Infração.

Entende que há razões para o cancelamento integral do Auto de Infração. Informa que após minuciosa análise das Notas Fiscais listadas pela fiscalização nos demonstrativos de débito com a composição do valor indicado no item 01, recolheu o valor de R\$2.930.051,78, porque entendia que esse valor efetivamente era devido. Entretanto, apresentou defesa com relação à parcela remanescente, demonstrando que houve o recolhimento do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia pelos fornecedores do impugnante. Diz que em relação ao valor remanescente de R\$123.379,93, não foi excluído do levantamento fiscal em evidente equívoco, porque não foram considerados determinados CNPJs de fornecedores os quais praticam operações com o efetivo recolhimento do ICMS-ST para o Estado da Bahia.

Salienta que na nova informação fiscal, a Fiscalização sustenta que considerou em seu novo demonstrativo de cálculo todas as Notas Fiscais e todos os fornecedores indicados pelo defensor em sede de impugnação, reconhecendo que o valor original da infração 01 deve ser reduzido de R\$3.491.563,71 para R\$3.001.758,99. Diz que a fiscalização considerou todas as provas produzidas pelo autuado, e pelos novos cálculos ainda restaria um valor a pagar de R\$71.707,21, o que o defensor alega que não é devido. Diz que o trabalho investigativo da Fiscalização deveria ter antecedido o lançamento. Mas se verifica neste processo é a sucessiva necessidade de conversões do processo em diligência a fim de sanar os equívocos observados nos demonstrativos de cálculo da fiscalização.

O defensor reitera a alegação de que todas as Notas Fiscais objeto da autuação sempre estiveram à disposição da fiscalização para análise, e mesmo de posse de todas as informações necessárias, a fiscalização computou no lançamento Notas Fiscais com destaque do ICMS-ST, por se tratar de operação interestadual objeto de Convênio ou Protocolo. Diz que o reconhecimento pela Fiscalização de que está cobrando ICMS com relação a Notas Fiscais com destaque do ICMS-ST comprova que o Auto de Infração não foi precedido de uma análise minuciosa, resultando em um Auto de Infração manifestamente nulo.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, alega que conforme exposto na impugnação inicial, foi efetuado levantamento sem levar em consideração diversos fatores inerentes ao fluxo de movimentação dos estoques, como as quebras, extravios, devoluções e erros entre as quantidades efetivamente enviadas e o escriturado nas Notas Fiscais.

Em relação às perdas, quebras e extravios do estoque, diz que se deve ter em mente o quanto tais perdas representam frente ao volume de mercadorias manuseadas. Entende que não é razoável que se exija que o Centro de Distribuição de uma das maiores redes varejistas do Brasil, por onde passa diariamente os mais diversos produtos com dimensões, períodos de validade e níveis de resistência variados opere sem uma perda. Afirma que nessa linha as ditas diferenças de estoque identificadas no período autuado, do ponto de vista estatístico, são insignificantes se comparado com o volume total de operações realizadas. Entende que são razoáveis e justificáveis pelo processo natural de perda e quebra a que estão sujeitas as empresas em geral, não havendo que se falar em supostas saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal.

O defensor também contesta a metodologia de cálculo, alegando que, se as mercadorias entraram sem Nota Fiscal ou sem registro, como indica a Fiscalização, como essa fiscalização conseguiu identificar a sua procedência e assim afirmar que se trata de mercadoria oriunda de operação interestadual e de mercadoria enviada por Estado com o qual a Bahia não possui Protocolo ou Convênio. Afirma que o critério utilizado pela Fiscalização não está claro e não foi demonstrado nem no detalhamento do Auto de Infração e tampouco nas planilhas que

acompanham o Auto de Infração, o que impede o requerente de se defender e levantar a documentação pertinente. Pede que sejam cancelados os créditos tributários remanescentes alegando inexistência de qualquer infração. Caso assim não se entenda, requer sejam cancelados todos os créditos tributários relativos ao item 1, cujo recolhimento do ICMS-ST foi devidamente comprovado por meio das notas fiscais juntadas aos autos.

Às fls. 1586/1588 o autuante apresentou manifestação sobre as alegações defensivas, dizendo que o autuado foi regularmente intimado em 09/09/2013, conforme documento de fl. 1571. Diz que na nova manifestação, o defensor quase se omitiu quanto ao objeto da diligência solicitada por esta 3ª JJF, ou seja, não trouxe aos autos nenhum dos documentos solicitados na intimação. O defensor apenas reiterou suas alegações anteriores, as quais foram amplamente discutidas nas informações fiscais e manifestações integrantes deste Auto de Infração. Assim, considerando que o defensor não trouxe elementos novos capazes de elidir as acusações fiscais, o autuante pede a procedência do presente Auto de Infração.

Consta às fls. 1590/1593 extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, referente ao pagamento de parte do imposto apurado no presente Auto de Infração correspondente ao débito reconhecido pelo defensor, totalizando o valor principal de R\$2.930.051,14 e R\$1.884.442,73.

Após a instrução do presente PAF, o defensor apresentou petição, requerendo a desistência parcial da impugnação, relativamente aos débitos objeto de adesão da anistia, nos termos da legislação de regência. O defensor renunciou ao direito de discutir administrativa e judicialmente o crédito tributário decorrente da parcela remanescente da infração 01 (no valor de R\$71.707,21) e as infrações 02, 03 e 04. Informa que aceitou os termos da transação prevista na Lei nº 12.903/2013, em relação aos débitos relacionados e, em consequência da referida adesão, quitou integralmente o DAE no valor de R\$1.992.805,24. Salienta que apresentou à SEFAZ/BA Termo de Confissão de Dívida devidamente preenchido, por meio do qual reconhece que o Estado da Bahia é credor do referido crédito tributário com os benefícios trazidos pela anistia.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer 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 autuado contestou a metodologia de apuração do débito e alegou que não há demonstração de que a legislação foi observada no que se refere à apuração do imposto, sendo esta uma razão de nulidade da autuação, por atentado à ampla defesa. Disse que a fiscalização desconsiderou elementos relevantes da operação, o que aponta para nulidade da autuação, em face da adoção de valores e premissas que não representam a realidade dos fatos.

Em relação aos equívocos alegados e comprovados pelo defensor, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foram realizadas diligências com refazimento dos cálculos, acatando as comprovações apresentadas nas razões de defesa, sendo fornecidas as cópias ao defensor e concedido prazo para a sua manifestação.

Observo que o autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defensor, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de

mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

O defensor alegou que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais em que houve recolhimento do ICMS-ST pelo fornecedor, por se tratarem de operações previstas em Convênio ou Protocolo, por isso não se encontram sujeitas aos recolhimentos do ICMS por antecipação.

Os cálculos foram feitos pelos autuantes, em duas oportunidades, acatando as alegações defensivas. Na primeira revisão, o débito referente a esta infração ficou reduzido em R\$438.132,00, conforme demonstrativo laborado à fl. 561 do PAF, restando uma diferença a recolher de ICMS nesta infração no valor de R\$ 123.379,93, haja vista que o débito total da Infração é de R\$ 3.491.563,71.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta JJF os autuantes informaram que foram excluídas todas as notas fiscais apresentadas pelo autuado que comprovam a retenção do imposto, gerando um novo demonstrativo de débito elaborado à fl. 1555, sendo produzidos novos relatórios para embasamento dos valores apurados, após as exclusões efetuadas, conforme CD-R à fl. 1554, reduzindo-se o débito para R\$3.001.758,99.

Na manifestação apresentada após o refazimento dos cálculos, o defensor não acatou os novos valores apurados pelos autuantes, considerando que pelos novos cálculos ainda restava um valor a pagar de R\$71.707,21. Entretanto, apresentou requerimento renunciando ao direito de discutir administrativa e judicialmente o crédito tributário decorrente da parcela remanescente desta infração 01, no mencionado valor de R\$71.707,21, e as infrações 02, 03 e 04, informando que aceitou os termos da transação prevista na Lei nº 12.903/2013.

Observo que foram produzidos novos relatórios para embasamento dos valores apurados, após as exclusões efetuadas, conforme CD-R à fl. 1554, reduzindo-se o débito para R\$3.001.758,99, conforme demonstrativo de débito à fl. 1555, cujo resultado foi objeto de recolhimento efetuado pelo contribuinte, em relação ao débito remanescente. Acato os novos demonstrativos elaborados pelos autuantes e concluo pela subsistência parcial deste item do presente Auto de Infração, de acordo com os valores apurados à fl. 1555 do PAF.

As infrações 02, 03 e 04, foram objeto de renúncia da impugnação, tendo em vista que o defensor renunciou ao direito de discutir administrativa e judicialmente o crédito tributário decorrente da parcela remanescente da infração 01 (no valor de R\$71.707,21) e as infrações 02, 03 e 04, informando que aceitou os termos da transação prevista na Lei nº 12.903/2013.

Assim, concluo que ficou prejudicada a defesa e extinto o PAF em relação a estas infrações, nos termos do art. 156, inciso I do CTN.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saída de mercadorias em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo abaixo do valor da entrada mais recente.

O defensor alegou que a apuração de recolhimento efetuado a menos se deve a suposta desobediência à metodologia de cálculo prevista no art. 56, inciso V, alínea “a” do RICMS/BA, o qual regulamenta o valor a ser utilizado na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação. Transcreve o mencionado dispositivo e aponta a diferença existente entre a metodologia adotada pelo impugnante e pela fiscalização, citando exemplos relacionados à parcela do PIS e COFINS, dizendo que é incontrovertido que uma

transferência de mercadorias entre filiais não configura fato gerador do PIS e da COFINS, por não representar ingresso de receita.

Na informação fiscal às fls. 559 a 567 dos autos os autuantes informaram que PIS/COFINS, por ter como fato gerador e base de cálculo as receitas operacionais e não-operacionais, incidindo principalmente sobre o faturamento, não têm incidência direta na composição do preço dos produtos elencados numa nota fiscal, não tendo assim interferência na Infração 05. Informam que está sendo computado nesta Infração 05 é o valor da entrada mais recente em relação às suas saídas subseqüentes para fora do Estado, de forma a se verificar se estas últimas estão sendo feitas com valor equivalente às primeiras.

Em nova manifestação, o autuado alega que na impugnação foi demonstrado que a diferença existente entre a base de cálculo considerada pela empresa e aquela considerada pelo autuante se justifica pela não inclusão do PIS e da COFINS no valor das mercadorias que serão remetidas para outros estabelecimentos, salientando que PIS e COFINS não são devidos nas transferências realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa.

De acordo como o § 7º, inciso I do art.17 da Lei 7.014/96, na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

O regime jurídico do ICMS constante no art. 155 da Constituição Federal, estabelece que o ICMS é um imposto não cumulativo, e por isso, deve-se compensar o que for devido em relação às operações de saídas de mercadorias e prestações de serviços com as entradas ou aquisições de mercadorias e serviços tomados. Dessa forma, se a transferência de mercadoria for efetuada a preço inferior ao da entrada o crédito fiscal será superior ao débito, sem qualquer comercialização da mercadoria, resultando acúmulo indevido de crédito fiscal.

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 consequente ônus financeiro, tendo em vista a concepção de que nas transferências interestaduais deve ser considerado como expressamente definido no art. 17, § 7º, I, da LC 87/96.

Constatou 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.

Concluo pela subsistência desta infração, que a exigência fiscal está amparada na legislação, e o autuado apenas negou o cometimento da irregularidade, e não apresentou qualquer elemento capaz de elidir a autuação.

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

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	3.001.758,99
02	DEFESA PREJUDICADA	1.202.307,02
03	DEFESA PREJUDICADA	145.515,28
04	DEFESA PREJUDICADA	464.913,21
05	PROCEDENTE	1.577.201,71
TOTAL	-	6.391.696,21

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269352.0020/11-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.391.696,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.724.475,98; 70% sobre R\$612.372,63 e de 100% sobre R\$1.054.847,60, previstas no art. 42, inciso II, “a” e “d” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de janeiro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA