

A. I. N° - 206891.0066/17-5
AUTUADO - LOJAS RIACHUELO S/A.
AUTUANTES - PAULO CESAR DA SILVA BRITO, EUZIANE GOUVEIA DA SILVA e MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/07/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0088-01/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Remetente não expurgou os tributos recuperáveis do valor da entrada mais recente das mercadorias, na formação da base de cálculo das transferências destinadas para filial localizada no Estado da Bahia, extrapolando a base de cálculo definida em lei complementar e resultando em utilização indevida de crédito fiscal pelo destinatário. Entendimento confirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em decisão proferida na Apelação nº 0553866-57.2014.8.05.0001. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/11/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$142.238,71, em decorrência de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos (01.02.23), ocorrido de janeiro a dezembro de 2013, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a", do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes afirmam que trata-se de estorno de crédito fiscal em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do ICMS nas operações de entradas por transferência interestadual. Afirmam, também, que este Auto de Infração tem amparo no inciso I do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 e na Instrução Normativa nº 52/2013, tendo decisões favoráveis no Superior Tribunal de Justiça e no CONSEF. Citaram, ainda, julgamento do RE 574706 pelo STF, onde avaliaram que o ICMS não compõe o faturamento ou a receita bruta das empresas.

Os autuantes entendem 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, e este valor é o equivalente ao custo de aquisição para incorporação ao estoque da empresa. Como não se trata de operação de venda e sim de transferência, os tributos devem ser neutralizados e o princípio da não-cumulatividade devidamente obedecido. Assim, para a formação da base de cálculo, deve-se excluir os tributos recuperáveis (ICMS, PIS e COFINS), e acrescentar todos os demais encargos suportados até à entrada da mercadoria no estoque da empresa.

Apresentaram trabalho denominado “Explicação detalhada sobre os fundamentos do trabalho realizado”, onde identifica e quantifica a base de cálculo nas transferências interestaduais (fls. 14 a 28 frente e verso).

O autuado apresentou defesa das fls. 50 a 78, demonstrando a sua tempestividade. Explicou que a Lei Complementar definiu a base de cálculo nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, visando impedir que ocorresse alocação desproporcional do crédito tributário do ICMS pela manipulação do preço, já que não existe uma efetiva relação mercantil.

Ressaltou que as mercadorias foram recebidas em transferência de uma central de distribuição

encarregada de comprar mercadorias e abastecer os estabelecimentos varejistas da empresa, devendo, portanto, a base de cálculo ser regida pelo inciso I, do § 4º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Disse que a legislação do Estado do Rio Grande do Norte repetiu integralmente o comando da lei complementar relativamente à definição da base de cálculo nas transferências interestaduais, não havendo como prosperar a presente autuação, pois não houve a infração contida no auto.

Assim, entende inquestionável o direito ao crédito nas transferências objeto deste Auto de Infração, pois o valor do ICMS destacado nas notas fiscais de transferência, teve como base de cálculo o valor da última mercadoria que deu entrada no estoque do estabelecimento remetente, antes da saída em transferência.

Discordou do cálculo feito pelos autuantes, que subtraiu do valor da entrada mais recente o montante do ICMS, PIS e COFINS nele constantes, pois contraria jurisprudência do STJ, que afirma que o inciso I, do § 4º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, se aplica à atividade comercial e o inciso II, à atividade industrial.

Concluiu que a apropriação dos créditos fiscais foi legítima porque a base de cálculo da transferência interestadual foi o valor da entrada mais recente, sem quaisquer descontos, e não guarda relação com o custo da mercadoria produzida.

Apresentou resposta de consulta dirigida à SEFAZ/BA, por meio do Parecer nº 12.552/2008, onde lhe foi orientado que a base de cálculo nas transferências interestaduais deve ser o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, sem expurgo do ICMS, vez que a norma não autorizava tal procedimento.

Asseverou que a Instrução Normativa nº 52/13, que veiculou entendimento que nas transferências interestaduais, deveriam ser expurgados os valores dos tributos recuperáveis do valor da entrada mais recente, não pode ser aplicada ao presente auto, pois os fatos geradores em apreço ocorreram em 2012.

Destacou que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia afastou a aplicação da referida instrução, reconhecendo sua ilegalidade. Complementou aduzindo que os efeitos da instrução normativa não poderiam retroagir, pois a retroatividade somente é admitida quando se tratar de dispositivo interpretativo e que não impõe penalidade aos dispositivos interpretados. Disse que o entendimento oposto à consulta respondida pela SEFAZ/BA, tira da Instrução Normativa nº 52/13, o caráter interpretativo.

O autuado argumentou que o julgamento do RE 574.706 pelo STF, trata da base de cálculo de tributos federais e, por conseguinte, versa sobre o conceito de faturamento que não tem relação com transferência entre estabelecimentos da mesma empresa.

Acrescentou que os conceitos legais e contábeis trazidos pelos autuantes no trabalho denominado “Explicação detalhada sobre os fundamentos do Trabalho realizado”, não respalda a autuação, pois não tratam da entrada mais recente, mas do custo de aquisição da mercadoria.

Afirmou que o expurgo dos tributos recuperáveis, foi julgado improcedente na decisão proferida pela 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos Embargos à Execução Fiscal nº 0315111-40.2017.8.05.0001, e pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, por meio do Acórdão nº 20.348/14. Trouxe ainda a Consulta nº 84/2014, exarada pela SEFAZ/SC, afastando o expurgo dos tributos recuperáveis, da base de cálculo das transferências interestaduais.

O autuado considerou abusiva, desproporcional e com efeitos confiscatórios a multa aplicada, ofendendo o princípio constitucional da vedação ao confisco. Requereu o seu cancelamento.

Requereu que eventuais intimações sejam feitas na pessoa de sua advogada, Silvana Lavacca Arcuri, OAB/SP nº 140.358, Rua Leão XIII, 500, Jardim São Bento, São Paulo/SP, CEP 02526-900. Requereu ainda, sustentação oral e envio da comunicação da sessão de julgamento no endereço

Rua Frederico Simões, 85, sala 601, caminho das árvores, Salvador/BA, CEP 41.820-774.

Os autuantes, em contrapartida, apresentaram informação fiscal das fls. 107 a 110 (frente e verso). Disseram que não merece prosperar o pedido de cancelamento do Auto de Infração por falta de subsunção do fato à norma, pois o autuado tomou conhecimento do conteúdo de todas as peças constantes deste processo.

Ressaltaram que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, confirmou os fundamentos do presente Auto de Infração em decisão proferida, na Apelação nº 0553866-57.2014.8.05.0001. Entendem que a Instrução Normativa nº 52/13 teve caráter interpretativo, retroagindo seus efeitos.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. O autuado não apresentou nenhuma arguição de nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, informo que de acordo com o inciso I, do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas na alínea "e", do inciso II e no inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato, quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

A presente lide reside na interpretação de norma que define base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa de mercadorias adquiridas de terceiros.

A base de cálculo do imposto devido nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, é definida pela Lei Complementar nº 87/96. Foi arbitrada para evitar aplicação de bases de cálculo distintas pelas unidades da federação, garantindo um equilíbrio na repartição das receitas tributárias.

Não restam dúvidas de que a base de cálculo aplicável nas transferências de que trata este Auto de Infração, ocorrida entre estabelecimentos da mesma empresa com mercadorias adquiridas de terceiro, é a definida no inciso I, do § 4º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Convém destacar que a Instrução Normativa nº 52/13, não buscou trazer interpretação extensiva ao texto da lei complementar. As explicações nela contidas, acerca da forma de composição da base de cálculo, buscaram refletir a definição da expressão “valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria”, dentro da ciência contábil, mais precisamente nos termos do Pronunciamento Técnico nº 16 do CPC. Considerando que a contabilização dos estoques de mercadorias da empresa se dá com a exclusão dos tributos recuperáveis, correto o entendimento de que o valor correspondente à entrada mais recente, equivale ao valor expurgado dos tributos.

Entendimento também manifestado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em decisão proferida na Apelação nº 0553866-57.2014.8.05.0001, afirmando que os tributos recuperáveis não integram o conceito de “valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria”, porquanto poderão ser reavidos posteriormente.

O acréscimo dos tributos incidentes nas transferências interestaduais subsequentes, segue o disposto no inciso I, do § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece que o ICMS integra a base de cálculo do imposto.

Impedir o uso indevido de crédito fiscal, objeto do presente Auto de Infração, não se caracteriza

como afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. A compensação do imposto devido em operações sujeitas ao ICMS, com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado, é garantia constitucional. Mas para que se tenha direito à utilização do imposto cobrado nas operações anteriores, é necessário que o imposto cobrado não ultrapasse o estabelecido pela legislação. A base de cálculo do imposto devido nas transferências interestaduais de mercadorias adquiridas de terceiro entre estabelecimentos da mesma empresa, é definida pela Lei Complementar nº 87/96, com o expurgo dos tributos recuperáveis na quantificação do valor da entrada mais recente.

A presente cobrança por uso indevido de crédito fiscal, não representa tratamento discriminatório, mas observância dos limites estabelecidos na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96 e visa evitar prejuízos na repartição das receitas tributárias entre os Estados.

O que estamos discutindo é a extração dos limites estabelecidos para a base de cálculo nas operações interestaduais, que repercute em extração da carga tributária que deveria ser exigida dos contribuintes. Neste caso, o Estado prejudicado é o do destino das mercadorias, caso absorva os créditos fiscais decorrentes da utilização de uma base de cálculo que extrapolou os limites previstos na legislação.

Imprecisões contidas em respostas dadas pela SEFAZ/BA à consultas formuladas por contribuintes, não têm o condão de afastar a exigência de imposto quando devido. O afastamento da multa aplicada seria admissível se não houvesse sido publicado posteriormente uma instrução normativa, com caráter interpretativo, visando esclarecer a formação da base de cálculo pelo remetente, o que já afastaria os efeitos de qualquer consulta dada de forma diversa, e se não já houvesse decorrido quatro anos da sua publicação, tempo suficiente para adoção pelo contribuinte, de uma denúncia espontânea para adequação dos procedimentos executados à legislação.

Desta forma, deve a base de cálculo nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, de mercadorias adquiridas de terceiros, ser o valor da entrada mais recente da mercadoria, expurgado dos tributos recuperáveis e acrescido dos tributos incidentes na transferência.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206891.0066/17-5, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$142.238,71**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR