

A. I. N° - 206891.0068/17-8
AUTUADA - LOJAS RIACHUELO S/A
AUTUANTES - EUZIANE GOUVEIA DA SILVA, MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO e PAULO CESAR DA SILVA BRITO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.01.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0190-05/19

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO NAS TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. ENTRADA MAIS RECENTE. EXCLUSÃO DOS TRIBUTOS RECUPERÁVEIS. AÇÃO JUDICIAL INTERPOSTA. A propositura de medida judicial por parte do contribuinte, abrangendo a mesma matéria abarcada no lançamento de ofício, implica na renúncia da opção pela instância administrativa, suscita a desistência da impugnação oferecida e provoca o encerramento do processo administrativo, nos termos do art. 127-C, IV, da Lei 3956/81 (COTEB), impulsionando o crédito tributário respectivo para inscrição na dívida ativa, oportunidade em que as verificações de saneamento deverão ser efetuadas. **DEFESA PREJUDICADA.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

De começo, cabe esclarecer que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos manifestos feitos pelos partícipes do processo.

O lançamento ora sob discussão, lavrado em 27/11/2017, no valor histórico de imposto de R\$187.392,88, afora acréscimos, aponta que a autuada utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela Unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo.

Mais amiúde: os i. autuantes glosaram os créditos fiscais relacionados aos valores de ICMS, PIS e COFINS – por serem tributos recuperáveis - que estavam embutidos na base de cálculo das transferências interestaduais em que se considera a entrada mais recente da mercadoria, nos termos do art. 13, §4º, I da Lei Complementar 87/96.

A infração ganhou o código 01.02.23.

A exigência aludiu a fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2013.

Teve a conduta enquadramento legal básico no art. 309, §7º do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, com multa de 60%, estabelecida no art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

O esmiuçado descritivo dos fatos acaba sendo reverberado no informativo fiscal, de modo que, por economia processual, melhor abordá-lo mais adiante.

Dão suporte à cobrança, na sequência do PAF, mídia digital e recibo respectivo (fls. 06/07) contendo os seguintes arquivos eletrônicos: SPED, demonstrativos de estorno do ICMS nas transferências, demonstrativos da apuração do valor da entrada mais recente (VEMR), relatório do resumo mensal do estorno e esclarecimentos adicionais para fundamentação do presente lançamento; em mídia física: resumo mensal dos estornos de ICMS – 2013 (fl. 08), demonstrativo do ICMS creditado a maior (fls. 09/10, em excertos), demonstrativo de apuração da base de cálculo nas transferências interestaduais, na modalidade entrada mais recente (fls. 11/12, em excertos), relação de CFOPs para determinação do VEMR – Valor da Entrada Mais Recente (fl. 13), explicação detalhada sobre os fundamentos do trabalho realizado (fls. 14/28, frente e verso), intimação para apresentação de livros e documentos (fls. 29/31), e-mails de comunicação entre a auditoria e a empresa (fls. 33/44), dentre outros documentos.

Em face da ciência do lançamento, em 07.12.2017, a impugnação (fls. 50/77) foi protocolada em 02.02.2018, conforme registro presente nos autos (fl. 49).

Após oferecer uma breve síntese dos fatos, reproduzir os comandos legais que embasaram a autuação e garantir a tempestividade da medida, o defendant:

Sob o título “Cancelamento do Auto de Infração”, invoca que na esteira do art. 13 da LC 87/96, percebe-se o intuito de se impedir que nas transferências interestaduais haja alocação desproporcional de créditos fiscais, em virtude do “preço da operação” (sic; fl. 55) ser manipulado pela inexistência de uma efetiva relação mercantil, a causar desequilíbrio na arrecadação das unidades federativas envolvidas na operação, posição arrimada pelo STJ, conforme ementa reproduzida (fl. 56).

Logo – continua –, inexiste liberdade para as legislações estaduais disporem sobre a base de cálculo nas transferências interestaduais, a não ser reverberando os comandos da lei complementar de normas gerais do ICMS, inclusive no que tange à entrada mais recente da mercadoria, de forma que não pode se estabelecer uma base de cálculo superior àquela fincada pelo legislador geral.

Reivindica, à vista de não se identificar subsunção dos fatos ocorridos aos dispositivos normativos usados para a glosa dos créditos e imposição de multa, o cancelamento do presente auto de infração.

No mérito, sob o título “Da Legitimidade dos Créditos Apropriados”, pontua que a divergência reside na interpretação que se dá ao conteúdo do art. 13, §4º, I da LC 87/96. Neste escopo, sustenta que entrada mais recente significa o valor da última mercadoria que deu entrada no estoque do estabelecimento remetente em data igual ou anterior à data da saída em transferência, sem aplicar qualquer tipo de desconto.

Pondera que a auditoria identifica suposta conexão entre os incisos I e II do dispositivo legal, atrás mencionados, ao subtrair da base de cálculo o montante do ICMS, da PIS e da COFINS, em testilha com sedimentada jurisprudência do STJ.

Contesta afirmando que o inciso II se refere a remetente industrial, ao passo que o inciso I adstringe a transferências interestaduais entre comerciantes, sendo esta última condição fática a que se encaixa a presente cobrança.

Consigna que, em operações interestaduais, o pagamento do ICMS à unidade federada de origem implica no uso do crédito fiscal respectivo na unidade federada de destino, de modo que, caso seja pago em excesso o imposto para a primeira, isto repercutirá negativamente na segunda, por suportar créditos indevidos. Tal desproporção de recolhimentos poderia ser causado pelo fato do estabelecimento remetente usar a base de cálculo que desejar, visto que o destinatário é estabelecimento da mesma empresa. Daí a necessidade do legislador complementar, uniformizar rigidamente qual a base de cálculo a ser considerada nestes casos.

Portanto, prossegue a defendant, não há razão para a aplicação conjunta e dos dois incisos atrás referidos: imaginou a auditoria que, por se tratar de transferências praticadas pela Central de Distribuição, sendo esta uma extensão do estabelecimento industrial, deveria ser considerado o custo da mercadoria produzida e não a entrada mais recente.

Conclui, garantindo que não houve creditamento em excesso.

Sob o título “Da Conformidade da Apuração da Base de Cálculo com a Legislação Pertinente”, afirma que a legislação dos estados-membros envolvidos na operação corroboram ser a base imponível nas transferências interestaduais o valor da entrada mais recente da mercadoria, e não permite o abatimento de qualquer quantia deste montante, inclusive em sintonia com o Parecer Fazendário 12.552/2008, publicado em 18.7.2008, transcrito às fls. 64/65, a propósito de consulta formulada – via *internet* – por sujeito passivo sediado em território baiano que intentava transferir mercadorias para outro Estado, cuja resposta foi no sentido de não se expurgar da base quantitativa do ICMS o montante gravado na entrada.

Aduz que, como a Bahia orienta seus contribuintes a não expurgarem o ICMS da entrada mais

recente da mercadoria a ser transferida, não se mostra coerente que, pela via inversa, de recebimento dos créditos, mesmo critério não seja utilizado.

E tal acontece com os demais tributos recuperáveis, visto inexistir permissivo legal para procedimento distinto. O fundamento legal para não retirar nada da entrada mais recente está no art. 17, §8º, I da Lei 7014/96, em consonância com a legislação potiguar de origem da operação.

Pede, então, a improcedência do auto de infração.

Sob o título “Da Ilegalidade e Inaplicabilidade da Instrução Normativa nº 52/2013”, adverte incialmente que o conteúdo da citada norma, editada em 18.10.2013, não pode ser aplicado aos fatos geradores realizados “no ano de 2012” (sic; fl. 66), além de contrariar a disposição legal que tenciona regulamentar.

Acrescenta que o TJ da Bahia apreciou idênticos casos concretos, afastando a aplicação da referida Instrução, a exemplo de acórdão cujos trechos transcreveu às fls. 67 e 68.

Ainda a respeito da irretroatividade, invoca o comando do art. 106 do CTN e diz que não é o caso de aplicar a indigitada norma para trás, visto que, em face do parecer fazendário exarado em 2008, não tem ela caráter interpretativo e sim modificativo, diametralmente oposto ao que a SEFAZ baiana entendia.

Sem falar no fato de que o conteúdo da citada Instrução não encontra fundamento de validade no art. 13 da LC 87/96 e no art. 17 da Lei 7014/96.

Pede, também por este veio, a insubsistência da autuação.

Sob o título “Da inaplicabilidade de outros julgados utilizados para respaldar o Auto de Infração”, defende não servir a decisão do STF no RE 574.706 como referencial para a tese do lançamento porque ali não se discutiu o valor a ser adotado nas transferências entre estados, inclusive porquanto o valor da entrada mais recente é diferente do custo de aquisição. O cerne ali enfrentado passava em saber o que traduzia faturamento ou receita bruta, nada tendo a ver com o caso ora sob apreciação.

Daí a falecer razão aos autuantes, finaliza.

Sob o título “Da Inaplicabilidade do ‘Parecer da Auditoria Fiscal Contábil do ICMS sobre a Base de Cálculo nas operações de transferência interestadual’”, retruca que os conceitos legais e contabilísticos trazidos pela auditoria não enfocam a entrada mais recente, mas unicamente o custo de aquisição da mercadoria, sendo este mais um argumento que merece ser desconsiderado.

Sob o título “Da Jurisprudência favorável à Lojas Riachuelo S/A”, destaca que há uma decisão judicial que ratifica a tese defensiva. Trata-se de sentença proferida em favor da impugnante, proferida em sede de embargos executórios autuado sob o nº 0315111-40.2017.8.05.0001, opostos perante a 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, crédito tributário executado a partir do AI 206891.0012/15-6, lavrado contra estabelecimento da mesma empresa, objeto de cobrança idêntico, oportunidade em que aquele Juízo afastou a aplicação da IN 52/2013 por não se tratar de veículo normativo idôneo para disciplinar a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência interestadual, de sorte que não se deve expurgar dela os tributos recuperáveis, trazendo na peça impugnatória parte do seu teor.

Na mesma direção, cita trechos de decisão administrativa oriunda do Conselho de Contribuintes de MG (fls. 73/74) e de solução de consulta ofertada pelo fisco catarinense (fls. 74/75).

Colateralmente, passa a rebater o percentual da multa proposta no lançamento, à razão de 60%, por entender confiscatória, trazendo como suporte doutrina e julgado do STJ.

Requer, ao final de tudo, o cancelamento ou a improcedência da exigência tributária, e, subsidiariamente, o afastamento da multa, porque abusiva.

Acompanharam a contestação, dentre outros, documentos de representação legal (fls. 79/82), atos societários da empresa autuada (fls. 84/98), decisão interlocutória prolatada no processo judicial nº 0535084-94.2017.8.05.0001 (fls. 100/102), ofício do escritório de advocacia constituído endereçado à PGE (fl.104 – excerto) e CD contendo arquivos eletrônicos.

Em seu informe fiscal (fls. 107/110), os i. auditores fiscais adotaram como conteúdo as explicações sobre os fundamentos da autuação apresentadas antes em apartado, a partir das quais se pode resumir os seguintes contrapontos: que a Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96), no art. 13, § 4º, I, prescreve que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias (adquiridas de terceiros) entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao *valor da entrada mais recente* da mercadoria, assim entendido como o *valor correspondente ao custo de aquisição* da mercadoria a ser incorporada ao *estoque* da empresa; que deste comando legal pode-se concluir que a lei complementar definiu ter a base de cálculo uma *correspondência* com o valor da entrada mais recente e tal correspondência há de ser encontrada nos institutos do Direito Privado/Empresarial/Societário ou 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; que a legislação do Estado da Bahia, tanto na Lei instituidora do ICMS de nº. 7.014/96, no seu art. 17, § 8º, I, quanto no Regulamento do ICMS Baiano (art. 56, inciso V, letra “a”), traz essa mesma definição, vale dizer, repete literalmente o que consta da Lei Complementar nº 87/86; que a citada LC não estabelece, nem no art. 13, nem em qualquer outro artigo, um conceito específico para “valor da entrada”; que, diante desta lacuna, a legislação do Estado da Bahia, por meio da Instrução Normativa (I.N.) 52/2013, traz à tona a interpretação do que deve ser compreendido por ***valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria (VCEMR)***, com suporte nos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional (CTN); que, com este objetivo, referida Instrução foi buscar no Direito Empresarial/Comercial/societário (contabilidade ou ciência contábil) qual seria a melhor definição para a expressão “VCEMR”, de sorte que este ato normativo não trouxe nenhuma inovação ou ampliação da base de cálculo, portanto, haja vista que apenas importou conceitos já previstos no Direito Privado, sem alterá-los; que tomando como pressuposto válido o fato de que a Lei Complementar 87/96 definiu que a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência interestadual de produtos adquiridos de terceiros para comercialização pela empresa deve “***corresponder*** ao valor da entrada mais recente da mercadoria”, é de se 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 da expressão “***valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria***”; que, com base no art. 109 do CTN, o instituto de direito privado (*Direito Empresarial/Comercial/Societário/Contabilidade*) é “importado” pelo direito tributário, com a mesma conformação que lhe dá o direito privado, sem deformações, nem transfigurações; que se o direito tributário, através da LC 87/96, por permissão explícita da Carta Maior, tivesse a intenção de alterar a identidade do Instituto do Direito Comercial/Empresarial ou da Ciência Contábil, espécies de direito privado (especificamente com relação à conceituação do que seja “***valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria***”) teria que fazê-lo de modo expresso para poder surtir e operar os efeitos fiscais; que, neste sentido, é a Contabilidade inerente ao Direito Comercial/Empresarial que disciplina como deve ser feita a “entrada mais recente” e o respectivo valor que deve ser aportado na conta “mercadoria” a ser incorporada ao estoque da empresa que faz a compra junto a terceiros, pelo que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) traduz o sentido da expressão “valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria” como sendo o “preço de aquisição da mercadoria”; que o artigo 110 do CTN veda que o legislador infraconstitucional possa alterar conceitos e institutos de direito privado (*Direito Empresarial/Comercial/Societário/Contabilidade*), com o fito de expandir a sua competência tributária prevista no Texto Constitucional, visto que o objetivo é preservar a rigidez do sistema de repartição das competências tributárias entre os entes políticos da Federação; que havendo controvérsias e dúvidas sobre normas tributárias, procura-se então guarida nas normas de direito privado, atentando, sempre, para a verificação do local onde estão inseridos os conceitos e normas do direito positivo, se em sede constitucional ou não, de sorte que, caso estejam inseridas no texto da Carta Magna, nem mesmo o Direito Tributário infraconstitucional pode alterá-los, direcionando-se a pesquisa para a verificação do sentido e alcance da norma para o Direito Privado (*Direito Empresarial/Comercial/Societário/Contabilidade*); que isto significa dizer que não pode o legislador, para o caso abordado neste trabalho, dizer, de forma diferente do que está previsto no Direito Privado/Direito Empresarial/Comercial, em especial na Contabilidade ou

Ciência Contábil, o que seja “*valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria*”, haja vista que a Lei Complementar 87/96, por mandamento da CF/88, com relação à formação da base de cálculo do ICMS, definiu a Base de cálculo, mas não conceituou o que seria a expressão “*valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria*”; que, em consequência, o correto é recorrer às normas da Ciência Contábil, da Contabilidade ou de outros institutos de Direito Privado/Empresarial/Comercial/Societário; que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) expediu norma orientando como deve ser feita a contabilização do “*valor da entrada da mercadoria*” no estabelecimento que fez a compra junto a terceiros e o fez, portanto, asseverando que esse valor da entrada da mercadoria deveria ser contabilizado com a **exclusão dos tributos recuperáveis**, pois estes não compõem o patrimônio da sociedade empresarial; que é de grande valia trazer à baila o que está normatizado pelo Conselho Federal de Contabilidade e pelos doutrinadores contábeis, de forma a poder entender o que existe de critério adotado pela Contabilidade ou ciência contábil que possa se assemelhar à expressão “*valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria*”, qual seja, o de ser o equivalente ao valor da mercadoria que foi registrado no “estoque” da empresa, no momento da aquisição feita junto a terceiros; que, dentro do aspecto temporal, tal valor seria aquele registrado na data imediatamente anterior à data de saída em transferência para a filial localizada no Estado de destino; que, com base no item 11 do Pronunciamento Técnico do CPC (Comitê de Pronunciamentos Contábeis) 16 (R1) – Estoques, disponível em http://www.cpc.org.br/pdf/cpc_16_r1.pdf, no qual está dito que o custo de aquisição dos estoques compreende o preço de compra, os impostos de importação e outros tributos **(exceto os recuperáveis junto ao fisco)**, bem como os custos de transporte, seguro, manuseio e outros diretamente atribuíveis à aquisição de produtos acabados, materiais e serviços. Descontos comerciais, abatimentos e outros itens semelhantes devem ser deduzidos na determinação do custo de aquisição; que, segundo doutrina autorizada, **os valores dos impostos recuperáveis** [ICMS, PIS, COFINS] pagos na aquisição das matérias-primas e dos demais materiais utilizados na produção não devem compor o custo de aquisição que será incorporado aos estoques; que tais afirmativas trazem a conclusão de que, em transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, o valor da mercadoria é registrada no estoque da empresa com a exclusão dos tributos recuperáveis (ICMS, PIS e COFINS), pois essas parcelas não são consideradas **nem receita o que ela recebe nem despesa ou custo o que ela paga**; que mesmo havendo várias transferências entre diversas filiais da mesma empresa, a base de cálculo será sempre a mesma ou a original, i.e., o custo da mercadoria produzida, na linha do decidido pelo STJ no REsp. 1109298-RS; que a melhor interpretação para “*Valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria*” deve ser o valor que foi **contabilizado** e registrado no estoque da empresa, visto que a operação subsequente será uma mera transferência ou movimentação desse estoque de uma filial para outra, sem nenhuma alteração do patrimônio da empresa; que se a atividade da empresa é mercantil/comercial e nas operações de transferência não ocorre prática de atividade de mercancia, mas apenas remessa de bens (adquiridos de terceiros e armazenados em estoques) de uma filial para outra, o que se verifica é uma simples movimentação do estoque de uma unidade para outra do mesmo grupo empresarial; que neste trilho o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria deve ser o valor do custo de aquisição para colocar a mercadoria do estoque da empresa, não importando qual o estabelecimento que a tenha adquirido, considerando a data mais atual, produto da mesma espécie e qualidade daquele que será transferido; que igualmente como ocorre com o custo da mercadoria produzida, o custo de aquisição ou o “*valor correspondente à entrada mais recente*” (VCEMR) será praticamente o mesmo, ainda que ocorram várias intermediações entre os estabelecimentos da empresa, evitando, dessa forma, que uma unidade federada venha a ser beneficiada em detrimento de outra, principalmente em função dos vários incentivos fornecidos por alguns Estados para instalação de centros de distribuição; que se **empresa comercial** compra a mercadoria por um determinado preço e, depois de comprada, essa mercadoria é incorporada ao **estoque** da sociedade empresarial, nas operações subsequentes de **transferência de uma filial para outra** vai ocorrer apenas **movimentação do estoque** da empresa, até que um dos estabelecimentos venha a efetuar a operação comercial de venda; que se o “*valor correspondente à entrada mais recente*” (VCEMR) ficar neutro, dificulta muito a realização de planejamento tributário por parte

das empresas que obtêm vantagens ao se instalarem em certas Unidades da Federação em detrimento do Estado que vier a receber a mercadoria com valor bastante majorado, fazendo com que a filial recebedora da mercadoria faça a venda ao consumidor final com pouquíssimo ou quase nada de margem de valor agregado para a percepção de parcela que lhe é devida de ICMS; que nas operações dentro do território brasileiro o custo de aquisição de mercadorias é composto pelo preço – tributos recuperáveis + despesas necessárias para colocar o bem no estabelecimento, de sorte que os impostos recuperáveis são aqueles que a empresa, sendo contribuinte, tem direito de aproveitamento de crédito na escrituração fiscal (ICMS, IPI e as contribuições PIS e COFINS não cumulativos) e as despesas necessárias são basicamente o frete e o seguro, bem como o IPI não recuperável (no caso da empresa não ser contribuinte desse imposto), quando esses gastos correm por conta do adquirente; que para efeito de contabilização, o valor dos impostos e contribuições recuperáveis não se inclui no custo das mercadorias, de sorte que o ICMS destacado na aquisição de mercadoria para revenda deve ser excluído do custo de aquisição, contabilizando-se o valor correspondente em conta própria do ativo circulante, no intuito de fazer com que a mercadoria adquirida ingresse no estoque da empresa pelo seu valor líquido, ou seja, sem o ICMS incluso no valor da Nota Fiscal; que mesmo raciocínio se aplica para a contabilização da PIS e da COFINS, quando recuperáveis; que o STF, quando do julgamento do RE 574706, retirou o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, por entenderem que o imposto de circulação de mercadorias e serviços não compõe o faturamento ou a receita bruta das empresas, exatamente por ser um tributo recuperável; que a conclusão geral é no sentido de, à luz da noção conceitual obtida nos institutos de direito privado (contabilidade, Direito Empresarial, normas contábeis), nem todo o valor contido na compra de mercadoria tem a natureza de “valor correspondente à entrada mais recente (VCEMR)”, sendo imprescindível para qualificá-lo o caráter de ‘definitividade’ da quantia desembolsada, o que não acontece com valores só transitados pelo patrimônio da pessoa jurídica, pois são pagos pela empresa sob condição, ou seja, sob regime jurídico, o qual, ainda que lhe dê momentâneo desembolso, não lhe outorga definitiva titularidade, pois pertencente ao ente estatal, num sistema em que opera o princípio da não cumulatividade, de forma que os tributos recuperáveis (ICMS, PIS e COFINS) não fazem parte da formação da base de cálculo atinente ao “VCEMR”, pois não se qualificam técnica e juridicamente nesse conceito para fins e efeitos de caráter tributário; que a IN 52/2013 editada pela Bahia não legislou sobre base de cálculo, mas apenas esmiuçou procedimentos para sua quantificação, conforme entendimento do TJ baiano; que a ampliação indevida dos componentes da base imponível por parte dos Estados remetentes de mercadorias em transferência agride o pacto federativo.

Nova impugnação (fls. 116/144) é protocolada em 21.6.2018 (fl. 115), com os mesmos argumentos agitados anteriormente, com documentação complementar de representação legal (fls. 146/162).

Anexada mídia digital (fl. 163).

À luz dos elementos instrutórios, esta 5ª JJF (fls. 165/166) resolveu consultar a d. PGE, considerando que os membros deste Colegiado relataram a existência de decisões de primeira e segunda instância no TJ da Bahia que confrontam com a fundamentação do presente lançamento, a exemplo daquela proferida no proc. 0524431-38.2014.8.05.0001, cuja ementa fora transcrita à fl. 165, no sentido daquela Procuradoria posicionar-se juridicamente sobre a tese de se excluir da base imponível nas transferências os tributos recuperáveis, informando ainda se as decisões desfavoráveis para o Estado da Bahia foram objeto de recurso.

Após o encaminhamento de fl. 170, aquele órgão consultivo entendeu (fls. 171/173) que a questão ora debatida ainda não podia ser reputada como pacificada pela jurisprudência, de sorte que o Estado da Bahia vem recorrendo de todas as decisões que lhes são contrárias, com vistas a sustentar a interpretação contida na IN SAT 52/2013.

Em arrimo ao opinativo, foram acostados ao PAF diversos votos do Judiciário Baiano acerca da matéria (fls. 175/215).

Devolvido o presente processo administrativo à deliberação da Relatora, esta diligentemente resolveu (fl. 218) abrir vistas ao autuado para manifestação, após o que novo informativo fiscal deveria ser prestado.

Novo pronunciamento defensivo (fls. 224/230) assinala a existência de decisões do Judiciário baiano contrapostas à exigência tributária, acrescentando outro pronunciamento fazendário (Parecer 18.529/2009 – fl. 229) no sentido de declarar expressamente que a PIS e a COFINS integram a base imponível nas transferências interestaduais, se a hipótese for de adoção do valor da entrada mais recente da mercadoria, fazendo ainda referência à manifestação administrativa do fisco paulista (consulta tributária 2585M1/2016) e da data de edição da IN 52/2013, isto é, **dezembro de 2013**.

Informações fiscais confirmatórias do lançamento (fls. 265/268), dão ênfase a posicionamentos recentes dos Estados de São Paulo (Resposta 15164/2017) e Minas Gerais (Resposta 269/2014) no intuito de retirar da base quantitativa os tributos recuperáveis.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Entendo como satisfatórios, para formação do meu convencimento, os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

VOTO

Antes de fazer qualquer exame acerca dos aspectos preliminares, procedimentais e meritórios em torno do presente lançamento, exsurge uma questão prejudicial que inviabiliza a prossecução do julgamento e a continuidade do debate administrativo da exigência tributária.

É que a própria autuada juntou, às fls. 100 a 102, decisão interlocatória proferida pelo r. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, concedendo **tutela liminar de urgência** para a empresa, cuja parte dispositiva possui a seguinte dicção:

“III- Dispositivo.

Posto isso, defiro a tutela de urgência liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário discutido nos autos de infração 206891.0016/12-7, 206891.0010/15-3 e 206891.0006/16-4 eventuais outros que venham a ser lançados sob o mesmo fundamento, abstendo-se o Estado da Bahia de promover protestos ou apontamento junto ao CADIN” (negritos da transcrição).

Consta ainda do relatório da citada decisão:

“O motivo da autuação é a suposta incorreção no atendimento do dispositivo legal em apreço o artigo 13, §4º, I, da LC nº 87/96, uma vez que o Estado da Bahia entende que ‘os valores dos tributos recuperáveis deveriam ter sido expurgados do valor de aquisição da mercadoria transferida pelo remetente para se apurar o ICMS interestadual devido.’ Em vista disso, teria ocorrido majoração indevida do crédito tributário da operação interestadual e, por conseguinte, creditamento indevido da parcela excessivamente recolhida ao Estado remetente.” (negritos da transcrição).

Note-se ser claro o *decisum* no tocante a estender a suspensão da exigibilidade para outros créditos tributários que venham a ser lançados sob o mesmo fundamento, qual seja, a glosa parcial de créditos fiscais nas transferências interestaduais, em virtude de o remetente não ter considerado, na base de cálculo, os tributos recuperáveis, nomeadamente o ICMS, a PIS e a COFINS.

Embora não seja necessário, bastando para a análise da questão prejudicial saber se há liminar ou não no caso, é de se consignar que referida tutela de urgência ainda está contemporaneamente a produzir efeitos jurídicos, conforme consulta efetuada a partir do site <http://www5.tjba.jus.br/portal/>, acessando-se o portal do E-SAJ e, a partir do “botão” consultas processuais/consulta de processos do 1º grau, ver a movimentação do proc. nº 0535084-94.2017.8.05.0001.

Pois bem.

Data a decisão interlocatória de 19.6.2017, ao passo que o auto de infração em tela foi lavrado em 27.11.2017, de sorte que a presente cobrança encontra-se afetada pela tutela liminar atrás referida,

visto que esta aponta também como suspensos os lançamentos que venham a ser efetivados sob o mesmo fundamento, o que é o caso.

Nesta esteira, o RPAF-BA é cristalino ao determinar que a propositura de medida judicial pelo contribuinte implica na desistência da impugnação na seara administrativa, consoante inteligência do art. 117, a saber:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo” (negritos da transcrição).

Regra semelhante encontra-se na Lei 3956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o do art. 127-C, IV:

“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis”.

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Portanto, ao tomar esta Relatoria ciência de existir ação anulatória de débito fiscal cuja tutela de urgência – equivocadamente ou não – estendeu seu alcance para além de outros lançamentos de ofício, conforme ineludivelmente se extrai da parte dispositiva decisória, dúvidas não quedam de que qualquer apreciação acerca da impugnação do contribuinte restou prejudicada, em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o PAF ser encaminhado ao setor competente para inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa.

Há precedentes neste Conselho que seguem sedimentadamente a mesma orientação, a exemplo dos Ac. CJF Nº 0262-12/18, JJF Nº 0203-03/18, CJF Nº 0194-12/19 e CJF Nº 0336-11/17.

Por outro lado, a despeito de terem ficado prejudicados os argumentos manejados na peça impugnatória e demais manifestações da autuada e seguindo ritualística adotada em julgamentos anteriores, nada impede que este Colegiado se antecipe – por iniciativa própria - ao exame de haver ou não inconsistências formais ou materiais que suscitem nulidade do lançamento, a ponto de justificar o refazimento do procedimento fiscal. Será possível fazer esta análise?

Com efeito, não se detecta anomalias no auto de infração que impliquem em decretação de ofício da sua nulidade, pelo fato de estar revestido de todas as condições de forma para a execução fiscal, assim que cessarem os motivos impeditivos para o seu ajuizamento.

Diante do exposto, considero prejudicada a defesa administrativa, encerrando-se a discussão neste Conselho, haja vista a opção pela via judicial, pelo que deve o presente processo ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, §1º do RPAF-BA, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a impugnação interposta pela **LOJAS RIACHUELO S/A**, encerrando-se o presente processo administrativo sem exame do mérito, haja vista a empresa ter optado pela via judicial, ao que deve o Auto de Infração **206891.0068/17-8** ser encaminhado para o setor competente, no intuito de ser promovida a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, nos termos do art. 117, § 1º, do RPAF-BA, no montante histórico de imposto de **R\$187.392,88**, mais multa de 60% e demais consectários, com os saneamentos de praxe que se façam necessários no entender do órgão de controle, inclusive representação pela ilegalidade do lançamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR