

PROCESSO - A. I. Nº 180642.0004/07-1
RECORRENTE - A PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0087-03/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 07/08/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0249-11/08

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIAS INTERNAS. UTILIZAÇÃO DE VALOR INFERIOR AO PRATICADO NAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA. Modificada a Decisão recorrida. A incidência de tal regra não é automática, de forma a autorizar a cobrança de diferenças eventualmente apuradas em desfavor do contribuinte, mesmo sem se demonstrar que a saída subsequente da mercadoria se deu com subfaturamento, no intuito de trazer prejuízo ao Erário. Está regra só deve ser aplicada se restar comprovado que a redução da base de cálculo consiste em artifício utilizado pelo contribuinte com o intuito de diminuir de alguma forma o montante de imposto devido ou mesmo deixar de recolhê-lo aos cofres públicos. O valor das diferenças apuradas pelos autuantes, que é de pequena representatividade, aliado ao fato de que a irregularidade foi constatada apenas nos meses de dezembro dos anos de 2002 e 2003, período em que os comerciantes notoriamente intensificam as medidas de atração de clientes e aproveitam para dar saída às mercadorias “*encalhadas*” em seu estoque, demonstram que a hipótese dos autos não autoriza o lançamento engendrado pelo fisco. Outras duas circunstâncias conduzem igualmente à improcedência deste item da autuação. A primeira delas é a possibilidade de transferência dos saldos credores entre estabelecimentos do mesmo titular, consoante faculta o art. 114-A, do RICMS, o que, conforme afirmado no recurso voluntário, torna inconsistente a autuação. A segunda consiste no fato de que a venda por valor inferior ao preço de entrada da mercadoria não mais gera o dever de estorno do crédito. Tal hipótese de estorno foi excluída do rol do art. 100, do RICMS. Infração improcedente. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, tendo em vista o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e escriturado no livro Registro de Apuração. R\$467,27. Período: 31/001/2003.

INFRAÇÃO 2: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta da descrição

fática que o contribuinte transfere mercadorias para estabelecimento do mesmo titular com valor inferior ao praticado nas entradas. De acordo com o art. 56, VI, a, do RICMS, nas saídas de mercadorias em transferência para estabelecimento situado neste Estado pertencente ao mesmo titular a base de cálculo será o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

A JJF, na Decisão de fls. 77/82, rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas pelo contribuinte, ao fundamento de que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais, encontrando-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo, em especial as exigências do art. 18, do RPAF.

Diz que foi observado o prazo de 90 dias para encerramento da ação fiscal (art. 28, parág. 1º, do RPAF), uma vez que a ação fiscal foi iniciada em 04/04/07 e o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/07.

Com relação ao argumento do contribuinte de que as datas de ocorrência das infrações não foram corretamente definidas, aduz que o número “03.02.05”, indicado no corpo da autuação, não se refere à data da infração, mas corresponde ao código do ilícito fiscal previsto no sistema informatizado de lavratura do Auto de Infração.

Consignou que, nos termos do art. 19, do RPAF, o erro na indicação do dispositivo legal que embasa a autuação não acarreta a sua nulidade, desde que, pela descrição dos fatos fique evidente o enquadramento legal.

No mérito, reduziu a infração 1 para o montante de R\$67,81, conforme manifestação dos autuantes às fl. 45, abatendo do valor inicialmente lançado o crédito do imposto de R\$399,45, devidamente lançado pelo contribuinte em sua declaração mensal de apuração do ICMS, fl. 38.

Quanto à infração 2, não acolheu a tese do contribuinte de que as operações de transferência de mercadoria entre estabelecimentos de mesmo titular não configura fato gerador do ICMS. Afirmou que, nos termos dos arts. 12, da Lei Complementar nº 87/96, e 4º, I, da Lei nº 7.014/96, a saída de mercadorias de estabelecimento contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, é fato gerador do ICMS, tendo em vista, inclusive, a autonomia dos estabelecimentos prevista no art. 11, da referida lei complementar.

Invoca entendimento doutrinário que embasa tal conclusão, concluindo, ao final, pela integral procedência desta infração 2.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 94/99, ratificando a preliminar de nulidade suscitada em sede de impugnação, ao argumento de que o SINTEGRA “*não tem condições de automatizar os autos de infração, como está pretendendo o Fisco Estadual*”. Afirmou que o SINTEGRA ainda não é capaz de identificar repetições e seus cálculos do valor de transferência mostram-se incorretos. Como exemplo, aduz que se uma mercadoria entra e retorna no mesmo dia tem sua base de cálculo especificada pelo SINTEGRA por um valor superior, o que considera injustificável. Aduz que, por enquanto, o SINTEGRA só poderia ser utilizado como indicação ou seleção de possíveis infrações, mas não para automatizar autos de infração.

No mérito, informa ter recolhido o valor determinado pela JJF na infração 1, pedindo a sua homologação.

No que concerne à infração 2, repete a tese defensiva no sentido de que o Fisco não pode cobrar ICMS nas transferências de mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular, consoante enunciado nº 166, da Súmula do STJ, e jurisprudência do STF que transcreve.

Afirma que, no caso da Bahia, a tributação torna-se inconsistente, pois a legislação permite a transferência de saldo credor entre estabelecimentos da mesma empresa, no território do Estado, não havendo falar em prejuízo para o Fisco.

Prossegue, aduzindo que a empresa observa e aplica a incidência do ICMS nas operações de transferência, calculando o imposto sobre a base de cálculo determinada pelo RICMS. Diz que, apenas nas transferências de mercadorias com defeito ou obsoletas é que a base de cálculo, para se tornar real, acompanha o valor de venda nos conhecidos “saldões” promovidos pela loja matriz, na Avenida Barros Reis.

Aduz ser um atentado ao bom senso e ao senso comum interpretar a legislação tributária ao pé da letra, sem qualquer distinção, para desconsiderar operações entre estabelecimentos dentro da mesma cidade que não causam qualquer prejuízo ao Fisco Estadual ou Municipal, este último em razão à participação de 25% do ICMS arrecadado em seu território.

Nestes termos, pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 128/138, opinou pela rejeição da preliminar de nulidade, argumentando que eventuais erros e inconsistências do SINTEGRA são passíveis de correção. Além disso, afirmou que as informações do SINTEGRA decorrem de dados prestados pelo próprio contribuinte, contidos em seus livros e documentos fiscais.

No mérito, aduz que, nos termos da Lei Complementar nº 87/96, da Lei nº 7.014/96 e do RICMS, a saída de mercadoria do estabelecimento, inclusive no caso de transferência para outro do mesmo titular, é fato gerador do ICMS, não podendo ser acolhidos os argumentos defensivos em sentido contrário, muito menos o posicionamento jurisprudencial, que é anterior à edição dos referidos textos normativos.

Assevera que, na infração 2, o Fisco pretende cobrar o ICMS devido em razão de o contribuinte ter transferido mercadorias abaixo do custo de aquisição, por estarem avariadas ou terem sofrido depreciação no preço em virtude de situações de mercado. Transcreve estudo do Conselheiro Tolstói Seara Nolasco e do Julgador Ângelo Mário de Araújo Pitombo acerca da matéria do art. 56, VI, a, do RICMS, concluindo que *“não é a simples transferência de mercadorias em valor inferior ao praticado nas entradas que determina a existência de infração. No caso dos autos, o próprio autuado admite ter realizado as transferências em valor inferior ao custo de aquisição. Entretanto, apresenta fundamentos robustos, quanto à alegação de se tratar de transferências de mercadorias depreciadas, para loja que realiza os denominados “SALDÕES”. Por outro lado, nos autos não constam dados que comprovem ter sido a conduta do autuado prejudicial ao fisco estadual, com redução indevida ou falta de recolhimento do ICMS”*.

Afirma que a utilização do preço médio para definir a base de cálculo das transferências não encontra lastro legal e consiste em verdadeiro arbitramento, o que ensejaria a nulidade da autuação, não fosse a sua improcedência, no mérito (art. 155, do RPAF).

VOTO

Consoante relatado, o recorrente suscita preliminar de nulidade da autuação ao argumento de que o SINTEGRA não tem condições de automatizar os autos de infração, nem de identificar repetições, realizando cálculos incorretos dos valores das transferências.

No caso dos autos, entretanto, o recorrente não infirma o conteúdo das informações prestadas pelo SINTEGRA, atribuindo as diferenças nas saídas por transferência ao fato de se tratarem de mercadorias depreciadas, enviadas para liquidação, sem apontar qualquer equívoco nos valores lançados nos demonstrativos elaborados pelos autuantes.

Havendo a concordância do recorrente com relação aos valores das operações constantes do SINTEGRA, ainda que tácita, é forçoso concluir pela inexistência de prejuízo, no particular, que autorize a decretação de nulidade, nos exatos termos do parágrafo 2º, do RPAF, *in verbis*:

“§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade”.

Nesses termos, rejeita-se a prefacial.

No mérito, verifica-se que o recurso voluntário sob exame restringe-se à infração 2, a qual visa ao lançamento do imposto recolhido a menor na saída de mercadorias em transferência para estabelecimento da mesma titularidade do recorrente.

A autuação embasa-se na regra do art. 56, IV, “a”, do RICMS, que fixa a base de cálculo na saída de mercadorias em transferência para estabelecimento situado neste Estado, do mesmo titular, como sendo o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

Sucedee que, consoante bem posto pela nobre procuradora do Estado, Dra. Sylvia Amoêdo, de acordo com os precedentes deste Conselho de Fazenda, a incidência de tal regra não é automática, de forma a autorizar a cobrança de diferenças eventualmente apuradas em desfavor do contribuinte, mesmo sem se demonstrar que a saída subsequente da mercadoria se deu com subfaturamento, no intuito de trazer prejuízo ao Erário. Em verdade, a regra constante do indigitado dispositivo regulamentar só deve ser aplicada se restar comprovado que a redução da base de cálculo consiste em artifício utilizado pelo contribuinte com o intuito de diminuir de alguma forma o montante de imposto devido ou mesmo deixar de recolhê-lo aos cofres públicos.

O fato de o contribuinte ter alegado que a redução na base de cálculo deve-se ao fato de se tratar de mercadorias depreciadas, enviadas para vendas promocionais em “*saldões*”, reforça a tese da Procuradoria do Estado, sobretudo porque é verossimilhante e encontra respaldo no conjunto probatório coligido ao *in folio*. O valor das diferenças apuradas pelos autuantes, que é de pequena representatividade, aliado ao fato de que a irregularidade foi constatada apenas nos meses de dezembro dos anos de 2002 e 2003, período em que os comerciantes notoriamente intensificam as medidas de atração de clientes e aproveitam para dar saída às mercadorias “*encalhadas*” em seu estoque, demonstram que a hipótese dos autos não autoriza o lançamento engendrado pelo auditor fiscal.

Outras duas circunstâncias conduzem igualmente à improcedência deste item da autuação. A primeira delas é a possibilidade de transferência dos saldos credores entre estabelecimentos do mesmo titular, consoante faculta o art. 114-A, do RICMS, o que, conforme afirmado no recurso voluntário, torna inconsistente a autuação. A segunda consiste no fato de que a venda por valor inferior ao preço de entrada da mercadoria não mais gera o dever de estorno do crédito. Tal hipótese de estorno foi excluída do rol do art. 100, do RICMS.

Por derradeiro, em que pese a regra insculpida no art. 167, I, do RPAF, no sentido de que é vedado a este Conselho de Fazenda declarar a inconstitucionalidade de lei ou norma regulamentar, tenho que o Fisco não pode fechar os olhos para o entendimento pacífico da jurisprudência do STF e do STJ acerca da não incidência do ICMS nas transferências para estabelecimentos do mesmo titular, consoante se observa dos arestos a seguir transcritos, todos posteriores à Lei Complementar nº 87/96:

“I. Mandado de segurança: admissibilidade. Não se caracteriza o 'mandado de segurança contra lei em tese', se - como reconheceu no caso o acórdão recorrido -, a norma legal questionada é de 'eficácia concreta, direta e imediata', capaz, assim, de lesar direito líquido e certo do impetrante. II. ICMS: não incide sobre o deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade. Precedente: RE 158.834, Pl., 23.10.2002, red.p/acórdão Marco Aurélio, RTJ 194/979. III. Recurso extraordinário: descabimento para o reexame de fatos: incidência da Súmula 279”. (STF, AI-AgR 271528/PA Primeira Turma, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgado em 14/11/2006).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIAS SEM TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Não incide ICMS sobre o deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência da titularidade. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STF, AI-AgR 682680/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, Julgado em 20/05/2008).

“TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA - VALOR ADICIONADO - NÃO-OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

1. O cálculo do valor adicionado de participação do Município no produto da arrecadação do ICMS inclui o valor das mercadorias saídas – acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; sendo que as operações imunes do ICMS, entre as quais se inserem as que destinem energia elétrica a outros Estados da Federação (artigo 155, § 2º, X, “b”, da CF/88), são computadas, para cálculo do valor adicionado em tela.

2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS, cujo fato impositivo demanda a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada para o cálculo do valor adicionado de participação do Município na arrecadação da exação pelo Estado Membro. Agravo regimental improvido”. (STJ, AgRg nos EREsp 933890/GO, Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 07.02.2008, p. 1).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. SÚMULA 166/STJ.

1. Depósito preparatório para discussão do crédito tributário. Medida que não se revela contenciosa a ponto de permitir a cognição da questão de fundo

2. Não se conhece do recurso em cujas razões não houve ataque aos fundamentos da decisão recorrida.

3. Inexistindo pleito de repetição de indébito, afigura-se impertinente a alegação de vulneração ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, que respeita a legitimidade para a restituição do indébito em se tratando de tributos que, por sua natureza, comportem repercussão do respectivo encargo financeiro.

4. Questão central atinente ao feito principal sobre ser o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte fato gerador do ICMS. Súmula 166/STJ.

5. Recurso interposto pela Empresa não conhecido. Recurso interposto pelo Distrito Federal conhecido em parte, em nesta parte, desprovido”. (STJ, REsp 547706/DF, Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 22.03.2004, p. 237).

Tal entendimento, de tão consolidado, já foi convertido no enunciado nº 166, da Súmula do STJ: *“NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE”.*

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para julgar improcedente a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180642.0004/07-1, lavrado contra A **PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$67,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS