

A. I. Nº - 170623.0013/07-3
AUTUADO - A PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - PAULO JOSÉ ARAPONGA DÓREA, MARIA INEZ AGUIAR VIEIRA, SUELI SANTOS
BARRETO, MARIA JOSÉ MIRANDA e MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 03/03/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0021-03/09

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS POR VALOR INFERIOR AO PRATICADO NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÕES E NOS VALORES ESCRITURADOS NO LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O inciso I do §7º do artigo 17 da Lei nº 7.014/96 estabelece que nas operações de transferências de mercadorias o valor da base de cálculo corresponde ao valor de aquisição, ou da entrada mais recente da mercadoria. Porém, restou comprovado que as transferências de mercadorias realizadas foram destinadas a consumidores finais, com preços inferiores aos da entrada, por tratar-se de produtos avariados, ou destinados a “saldão de estoque”. Imputação elidida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Refeitos os cálculos a partir de novos dados apresentados pelo contribuinte, foi reduzido o valor do débito. Imputação elidida em parte. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/2007 e exige ICMS no valor de R\$47.026,14, acrescido das multas de 60% e de 70%, em razão de duas imputações.

Infração 01: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte transfere mercadorias para estabelecimento do mesmo titular com valor inferior ao praticado nas entradas. É citado que não foi cumprido, pelo autuado, o disposto no artigo 56, inciso IV, do RICMS/BA. ICMS no valor de R\$3.849,46, acrescido da multa de 60%.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto. ICMS no valor de R\$43.176,68, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 284 a 289, inicialmente descrevendo as imputações e a seguir arguindo a nulidade da autuação, aduzindo que houve demora na fiscalização, que tal fato gerou-lhe prejuízos e custos, tendo sido lavrado Auto de Infração baseado no SINTEGRA, sistema de dados que apresenta incorreções, pelo que entende que não está em condições de fundamentar ações fiscais. Afirma que foram lavrados dez Autos

de Infração com base no SINTEGRA, o que diz ser injustificável, por ter também colocado à disposição do Fisco seus livros e documentos fiscais. Fala em omissão de entradas, saídas e créditos de períodos anteriores, afirmando que “saídas com cupons fiscais não foram consideradas”, e que “saídas e entradas para conserto” não alteraram “o saldo do inventário”, em função da metodologia de programação adotada na formulação do “sistema SAV”, que ele, autuado, utiliza, o qual diz ser sistema homologado pela SEFAZ. Que este sistema SAV gera divergências de dados entre o SINTEGRA e os dados fiscais do contribuinte, “conforme declaração que se anexa da empresa autora do SAV”. Reafirma o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Passa a argüir, à fl. 287 dos autos, sob o título “03. Improcedência da Infração 01”, a improcedência desta infração, afirmando que, “dentre centenas ou milhares de transferências, os ilustres autuantes identificaram algumas, de valor reduzido, que teriam sido efetuadas por valores inferiores aos da entrada.” Em seguida, cita que é “impossível precisar tal fato, o que impossibilita a defesa. Primeiro, porque se atribui a data de 03.2.05 à infração 02. Mais adiante, indicou-se 31.12.2002, 31.13.2003 e 31/12/2004. Afinal, que é a data?”. Questiona o enquadramento legal “da infração”, argüindo a nulidade da autuação.

Afirma que o lançamento de ofício é improcedente, porque todos os estabelecimentos do autuado estão em Salvador e que, a rigor, não há incidência de ICMS na operação de transferência entre estabelecimentos situados na mesma cidade. Que o valor da base de cálculo não influi na apuração do ICMS, nem mesmo na participação dos Municípios, quando se trata de transferência entre lojas da mesma cidade. Cita a Súmula nº 166 do STJ, e trecho do Relatório do AI nº 131941, do STF, a este respeito.

O contribuinte assevera que, no caso em análise, há apenas circulação física, “incapaz de levar à incidência do ICMS, conforme já é jurisprudência mansa e pacífica do STJ e do STF.” Aduz que não há prejuízo para o Estado da Bahia, ou para qualquer município baiano. Que o “fenômeno é de vasos comunicantes: o que o remetente paga diminui o ICMS do estabelecimento destinatário, pelo mecanismo do crédito fiscal”. Cita que, apesar das razões que o autorizam a não se debitar nas transferências ente lojas de Salvador, só o fez por valor inferior ao de aquisição “quando se trata de poucos produtos “encalhados ou estragados”, que são remetidos para tentar a comercialização em outra loja, por preço inferior.” Que, neste caso, “justifica-se a diminuição do valor da transferência”, sob pena de se causar prejuízo ao destinatário, “além de não permitir o funcionamento de um sistema de controle de lucratividade por filial.”

À fl. 288 do processo, passa a pronunciar-se, sob o título “04. Improcedência da Infração 02”, aduzindo que o levantamento quantitativo de estoque por meio do SINTEGRA seria uma “calamidade”. Que seria impossível “concluir corretamente”, por dados retirados do SINTEGRA. Aduz que utiliza, para atender ao SINTEGRA, o software “SAV”, de propriedade da SAV – Sistemas de Automação Varejista LTDA, homologado pela SEFAZ e que este programa de informática oferece recurso denominado “Mercadoria Pendente”, utilizado para controle de mercadorias que transitam como “remessas para conserto”. Assevera que o uso deste recurso permite que, por ocasião da emissão de Nota Fiscal para envio de mercadoria para conserto, o sistema apenas indisponibilize a mercadoria para venda, gerando uma pendência de saída denominada “Pendência para conserto”, que não baixa a mercadoria no estoque. Que, assim como na saída, no retorno de mercadoria enviada em conserto o sistema SAV não a adiciona ao estoque, apenas elimina a pendência gerada na saída. Que em tais operações não incide ICMS, pelo que diz não ter havido prejuízo ao erário, e que o foco seria apenas o controle de mercadorias compradas e que ficaram provisoriamente indisponíveis para comercialização. Diz que o sistema tem um histórico que pode ser impresso, evidenciando cada operação de cada produto em qualquer instante. Aduz que esta particularidade do SAV gera distorção no levantamento de estoque, por considerar a saída para conserto como baixa de estoque, e o retorno como entrada nova. Que, com muito trabalho, a equipe dele, autuado, conferiu as entradas e saídas de vários produtos, no SINTEGRA, e verificou que na autuação foram ignoradas saídas com

cupons fiscais e com notas fiscais, e entradas com notas fiscais, e que estas operações teriam sido transmitidas ao SINTEGRA corretamente.

Conclui pedindo, alternativamente, a declaração de nulidade e de improcedência da ação fiscal.

A informação fiscal foi prestada às fls. 344 a 351, na qual os autuantes relatam os termos da imputação e de sua impugnação aduzindo, no tocante à infração 01, quanto à arguição defensiva de nulidade do procedimento fiscal por preterição do direito de defesa, e não determinação da infração com segurança. Asseveram que tais alegações são improcedentes por ter, o sujeito passivo, recebido e entendido o demonstrativo de transferência anexado ao PAF, e toda a sua movimentação de entradas e de saídas ter sido discriminada por nota fiscal e por operação. Asseveram que a infração 01 existe em razão da diferença de base de cálculo nas operações internas de transferência para outro estabelecimento do mesmo titular, localizado na Bahia, fato previsto no artigo 2º, inciso I, do RICMS/BA, que transcrevem.

Citam que o contribuinte é estabelecimento filial, atua no comércio varejista de móveis, possui sistema eletrônico de processamento de dados, e que a infração 01 foi detectada nos exercícios de 2002 e 2003. Que o “demonstrativo de transferência é um resumo das operações de saídas por transferência no mês e as entradas até o mês a que se refere as saídas (transferência). Cotejando-se os valores de entrada com ICMS com os valores de transferência realizada pelo contribuinte em havendo diferença, calcula-se o ICMS devido sobre a base de cálculo reduzida.” Que, para as saídas, considerou-se o valor intermediário do produto no mês, e “para as entradas considerou-se o valor intermediário até o mês, ou seja, quando as saídas referiram-se ao mês de fevereiro as entradas referiram-se aos meses de janeiro e fevereiro. Para as saídas de março as entradas foram dos meses de janeiro, fevereiro e março e assim sucessivamente.”

Explicam a nomenclatura utilizada nas colunas do demonstrativo de transferência, e explicitam que, tecnicamente, a auditoria objetiva testar o cumprimento da legislação nas transferências efetuadas pelo contribuinte, transcrevendo os artigos 52 e 54, inciso I, alíneas “a” e “b”, e artigo 56, inciso IV, alíneas “a” e “b”, todos do RICMS/BA.

Asseveram não ter ocorrido arbitramento da base de cálculo, tendo sido adotado na ação fiscal, como critério de comparação, os valores unitários intermediários das transferências no mês, tendo as entradas a mesma base de comparação, também o valor intermediário do produto. Acrescentam que todas as informações constantes do demonstrativo resumo de transferência são registradas no arquivo magnético entregue pelo contribuinte, no seu registro por item de mercadoria das operações de entrada e de saídas, na íntegra. Que os auditores compararam “valor intermediário que teriam que ter a mesma base, ou ainda, tendo o contribuinte utilizado para os valores de transferência as entradas “mais recente” do mês, o seu valor intermediário estaria maior ou igual aos valores intermediários dos valores das entradas adotadas. Aritmeticamente são valores constantes.”

Os autuantes aduzem que o método utilizado obedece ao disposto no artigo 56, inciso IV, alínea “a”, do RICMS/BA, porquanto, ao definir a base de cálculo, o legislador sugere o preço de aquisição, ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Que o contribuinte em litígio é filial, e as suas entradas, em maioria, se dão por transferência. Que, fiel ao dispositivo regulamentar, o Fisco baseou seu levantamento na relação de entradas produzida a partir do Registro 54, associado ao Registro 75, ambos do arquivo magnético apresentado pelo contribuinte, adotando, como valores das entradas mais recentes, o menos oneroso para o contribuinte.

Aduzem que esperavam que, no confronto entre os valores mais recentes de transferência, e os valores (intermediários) de entrada também mais recentes, realizadas pelo autuado, não houvesse questionamento pelo Fisco, mas que verificou-se que o contribuinte efetuou parte das transferências com valores de base de cálculo em conformidade com a legislação tributária, não sendo os mesmos objeto de autuação, mas que realizou “parte das transferências com valores de

base de cálculo sem integrar o ICMS da operação interna. Tal fato acontece (coincidência com os valores de transferência e o adotado pelo fisco), em razão da não variação de preços, estabilidade econômica. A diferença foi apresentada no demonstrativo e cobrada pelo fisco”. Assinalam, ainda, que o contribuinte “efetuiu parte das transferências com valores inferiores aos valores recentes de entrada. Tal fato acontece em razão da autuada efetuar as transferências com valores de entrada fora da base de cálculo” (entrada), tendo sido a diferença apresentada no demonstrativo e exigida pelo Fisco. Citam que a operação objeto da infração 01 é operação interna, e que por isto foi aplicada a alíquota de 17% prevista no artigo 50, inciso I, do RICMS/BA, que transcrevem.

Quanto à infração 02, os autuantes afirmam que, a rigor, a autuação foi realizada com base nos dados fornecido pelo contribuinte em seus arquivos magnéticos recepcionados pelo SINTEGRA, compatibilizados com os documentos fiscais, e que os resultados apurados foram apresentados ao contribuinte e anexados ao PAF. Que o contribuinte recebeu relatório de inconsistências dos seus arquivos magnéticos, tendo extrapolado o prazo para as correções, o que atrasou os trabalhos fiscais. Que, contudo, foi detectado erro no sistema de apuração dos dados apresentados, porque o Sistema de Auditoria Fiscal Automatizada - SAFA só capturou as informações referentes às saídas por cupons fiscais nos meses de janeiro e fevereiro. Que tal erro só foi identificado neste estabelecimento da empresa, pelo que apresentam novo demonstrativo com valores retificados, à fl. 350 dos autos.

Na conclusão da informação fiscal, os autuantes aduzem que o contribuinte, em suas razões de defesa, centra seus argumentos na nulidade do Auto de Infração, desconsiderando os aspectos técnicos e automatizados desenvolvidos na ação fiscal, buscando descaracterizar a orientação da SEFAZ, que utiliza o Sistema de Auditoria Informatizada -SAFA, seguindo de forma pioneira a evolução da Fiscalização em nível nacional, que tem como base de dados o SINTEGRA, constituído pelas informações prestadas pelo contribuinte. Consideram existir a possibilidade de erros que, quando detectados, cabe-lhes retificação, o que foi feito no caso presente, conforme demonstrativos às fls. 352 a 464 dos autos.

Concluem aduzindo que, atendidas as alegações do contribuinte, e considerando que o processo está revestido das formalidades legais, aguardam o julgamento. Anexam, às fls. 352 a 503 (volume II) demonstrativos de levantamento quantitativo de estoque.

O contribuinte, à fl. 506, assina recibo de entrega de cópia da informação fiscal e dos novos documentos acostados com a mesma ao processo, e ciência da abertura do prazo de 10 dias para pronunciar-se, caso quisesse.

O sujeito passivo pronuncia-se às fls. 509 a 549, reiterando as suas alegações anteriores, e afirmando que a informação fiscal silenciou a respeito da desconsideração de entradas e saídas com notas fiscais ignoradas pelo SINTEGRA, reafirmando acreditar que o mencionado Sistema seria imprestável para fins de autuações fiscais, e arguindo que teria ocorrido erro relativo infração 02, quanto ao registro 74 de suas mercadorias. Aduz que o livro Registro de Inventário teria ficado em poder do Fisco, durante a revisão realizada por ele, contribuinte. Apresenta diversos exemplos de mercadorias no cômputo das quais teria havido erros cometidos pelo Fisco.

Os autuantes trazem nova informação fiscal às fls. 554 e 555, aduzindo que o equívoco detectado no levantamento de estoque foi sanado, conforme demonstrativos que anexaram ao processo, às fls. 352 a 502, e que o contribuinte omitiu-se de avaliá-los em seu pronunciamento. Aduzem que, conforme fl. 511, a documentação do contribuinte sempre lhe esteve disponível. Afirmam não ser possível aceitar as alegações defensivas relativas à primeira infração, porque a defesa apenas considera “uma situação e o número da nota fiscal não é necessariamente coincidente.” Concluem pedindo pela procedência da autuação.

Às fls. 558 a 560 esta 3ª JF, considerando as alegações defensivas e as ponderações do Fisco, bem como os demonstrativos anexados aos autos, na busca da verdade material deliberou por enviar o

processo em Diligência para que os autuantes pronunciassem-se acerca das alegações defensivas atinentes à infração 01, em especial quanto aos documentos anexados pelo contribuinte às fls. 504 a 549 e, quanto à infração 02, manifestassem-se acerca das informações de fls. 514 a 549, do contribuinte, além de procederem à revisão do levantamento de estoque, considerando as quantidades iniciais e finais tais como escrituradas no livro Registro de Inventário do autuado, intimando-o a comprovaras remessas e retornos das mercadorias, com as notas fiscais correspondentes, dentre outras providências indicadas à fl. 559.

Os autuantes, em atendimento à Diligência, pronunciam-se aduzindo que o contribuinte reconhece seu erro na transmissão de dados para a SEFAZ. Que o exemplo apresentado pelo contribuinte como não incluso no levantamento de estoque é equivocado. Que os dados apresentados foram considerados, a exemplo da mercadoria Ferro NKS Spray, e que o Fisco não pode ficar à mercê do contribuinte, que elege um caso para comprovar seus argumentos, e este exemplo é falho. Que o sujeito passivo foi intimado e não apresentou todas as informações. Que, em cumprimento da Diligência, “foram apurados novos resultados oriundos das retificações” oficiais”, isto é, do” arquivo magnético entregue pelo contribuinte. Que, assim, apresentam novos resultados, às fls. 563 e 564, para as infrações 01 e 02. Concluem pedindo pelo reconhecimento da procedência da autuação.

O contribuinte, cientificado do resultado da Diligência, conforme documentos de fls. 923 e 924, volta a pronunciar-se às fls. 927 a 930, por intermédio de advogado com procuração à fl. 933, argumentado não ter significação a redução de valor referente à infração 01, por se tratar de argumento de Direito, e não de fato, reiterando os argumentos defensivos iniciais, e citando que este CONSEF vem decidindo em favor da tese dele, contribuinte.

Em relação à infração 02, reitera os argumentos defensivos já apresentados e afirma que o Fisco acatou a redução do débito em mais de 90% do valor autuado. Conclui pedindo pela improcedência da autuação.

Os autuantes pronunciam-se às fls. 942 a 945 reiterando os argumentos que basearam as duas imputações, e argumentando que o contribuinte não trouxe, ao processo, provas substanciais e consistentes, limitando-se a alegar a imprestabilidade do Sistema para fins fiscais, com isto insistindo na nulidade e improcedência da autuação. Que as retificações realizadas no levantamento fiscal foram feitas a partir das alterações feitas pelo contribuinte em seus arquivos magnéticos. Que, em havendo novas informações, houve novos resultados, e não como afirma o contribuinte, ao citar a redução de 90% do valor do imposto, como se houvessem sido mantidas as informações originais. Concluem mantendo os resultados apurados.

Na sustentação oral, em sessão de julgamento, o advogado da empresa afirmou reiterar os termos das impugnações escritas, inclusive as afirmações acerca do programa de informática SAV, quando utilizado pelo aplicativo de auditoria “SAFA”. Afirmou que os auditores fiscais teriam considerado, em alguns momentos, os dados do livro Registro de Inventário do contribuinte e, em outros, os seus registros no arquivo magnético SINTEGRA. Contestou os valores remanescentes relativos à infração 02, dizendo-os não devidos, e aduziu que poderia ter sido realizada auditoria por fiscal estranho ao feito. Que houve equívocos por parte do Fisco e do autuado, tendo sido, aqueles do autuado, corrigidos, mas que “isto não justificaria a criação de imposto”.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se por diversas vezes neste processo.

Observo que decorre da legislação tributária a obrigação acessória de colaborar com a ação fiscalizadora da SEFAZ, em específico nos termos do artigo 140 a 142 do RICMS/BA, e que o sujeito passivo não comprovou que o Fisco teria incorrido em desobediência ao regular procedimento profissional, inclusive na metodologia empregada para apuração das infrações imputadas, não tendo também, o contribuinte, comprovado a inviabilidade do uso dos arquivos magnéticos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA na apuração de débitos tributários.

A utilização, pelo Fisco deste Estado, dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, decorre do fato de ter, esta Unidade da Federação, aderido ao Convênio ICMS nº 57/95, celebrado de acordo com os termos da Lei Complementar nº 24/75. Não cabe a este Conselho a apreciação de matéria atinente a programação de fiscalização, e demais atribuições da Administração Tributária.

Em sua impugnação, à fl. 287, o contribuinte cita o código de infração 03.2.05, constante do Auto de Infração, mas o mesmo não diz respeito à infração 02, como aduz o autuado, e sim à infração 01, sendo cediço que cada imputação dos Autos de Infração lavrados no Sistema de Emissão Informatizado de Auto de Infração– SEAL, do Estado da Bahia, traz um código numérico que não possui relação com as datas de ocorrência, de vencimento, ou de lavratura, dos lançamentos de ofício.

O Auto de Infração em foco traz, de forma objetiva, organizada e clara, as datas de ocorrência e de vencimento discriminadas ao lado de cada débito tributário apurado, como se vê do exame das tabelas de fls. 01 e 02 do presente PAF, pelo que não acato a alegação defensiva de imprecisão quanto a esta questão.

Ao contrário do que afirma o sujeito passivo, as infrações foram enquadradas regularmente no lançamento de ofício, sendo citados os artigos pertinentes do RICMS/BA e os dispositivos da Lei nº 7.014/96 que prevêm as multas aplicadas mas, ainda que tal não ocorresse, isto seria suprido pela descrição correta dos fatos, como acontece no Auto de Infração em lide, consoante disposto no artigo 19 do RPAF/BA: *“a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”*

Por estes motivos, rejeito as preliminares de nulidade argüidas.

No mérito, o Auto de Infração em lide exige ICMS no valor de R\$47.026,14, acrescido das multas de 60% e de 70%, em razão de duas infrações, conforme exposto no Relatório que antecede este voto.

Quanto à infração 01, recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, pelo fato de o contribuinte estar transferindo mercadorias para estabelecimento do mesmo titular com valor inferior ao praticado nas entradas, observo que o contribuinte admite textualmente ter transferido mercadorias por valor inferior ao de aquisição “quando se trata de poucos produtos “encalhados ou estragados”, que são remetidos para tentar a comercialização em outra loja, por preço inferior.” Assinalo que assiste razão ao contribuinte quando reporta que a jurisprudência atual deste Conselho de Fazenda Estadual, quando comprovado que a mercadoria foi revendida em preço inferior ao de sua aquisição, comporta a tese defensiva quanto à impossibilidade de exigência do imposto, a teor, por exemplo, do Acórdão CJF nº 0164-12/08, que transcrevo a seguir:

“No tocante à infração 1, sustenta o sujeito passivo que o objeto da presente autuação se refere à transferência de mercadorias tributáveis para

estabelecimentos da mesma empresa, e todas localizadas no mesmo município, para participarem de “saldões” ou se tratam de mercadorias avariadas, que são comercializadas com valores inferiores ao do valor de mercado, chegando, às vezes, oferecer descontos no percentual de aproximadamente 70%.

Como se observa das razões recursais, o sujeito passivo não nega a ocorrência das transferências das mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular, porém traz um argumento muito forte acerca da aplicação ou não do § 7º, do art. 17 da Lei 7.014/96, no presente caso.

O parágrafo 7º do art. 17 da Lei nº 7.014/96 é claro ao afirmar que na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é o preço da aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

Observo que no presente caso, embora as transferências de mercadorias realizadas pelo sujeito passivo se enquadrem em uma das hipóteses do ICMS, a exigência do imposto deve ser afastada, isto porque restou fartamente comprovado que as operações de transferências de mercadorias realizadas pelo autuado foram realmente comercializadas para os consumidores finais, com valores inferiores ao da entrada, pelo fato das mesmas ou se encontrarem avariadas ou destinadas a “saldões”.

Seria um equívoco deste julgador aplicar a lei de forma fria, sem se atentar com a realidade da prática comercial, pois é de saber notório que empresas do mesmo ramo do autuado costumam realizar “saldões” de mercadorias, comercializando tais bens com preços inferiores ao de uma realização mercantil comum, cuja finalidade é transacionar as mercadorias avariadas ou as que não interessem ao comerciante mantê-las em seu estoque.

No caso subanálise, restou devidamente comprovada a transferência das mercadorias que foram objeto da autuação para um estabelecimento da autuada no qual seria realizado o “saldão” e as mercadorias, foram, de fato, comercializadas com preços inferiores ao da sua entrada no estabelecimento do sujeito passivo.

A tese sustentada pela defesa de que “no caso da Bahia, esta tributação se torna inconsistente, sem significado, pois a legislação permite a transferência de saldo credor fiscal entre estabelecimentos da mesma empresa no território do Estado, não há qualquer prejuízo para o Fisco baiano”, possui total pertinência, uma vez que a própria legislação permite a transferência de crédito fiscal entre os estabelecimentos da mesma empresa localizados neste Estado.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ - possui entendimento consolidado no sentido de que a transferência de bens de um estabelecimento para outro do mesmo titular não constitui fato gerador do ICMS, tendo, inclusive, editado a súmula 166, a fim de pacificar o entendimento acerca da matéria.

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO TITULAR. NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. SÚMULA 166/STJ. 1. Não viola os arts. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. A jurisprudência da 1ª Seção do STJ firmou-se no sentido de que não constitui

fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, entendimento este consolidado no verbete da Súmula 166 do STJ: "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - Resp nº 762734 Processo: 200501065756 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 26/06/2007 Documento: STJ000758467 DJ DATA:02/08/2007 PÁGINA:355)

TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS. FATO GERADOR. 1. O DESLOCAMENTO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO, PERTENCENTE AO MESMO TITULAR, AINDA QUE SITUADO EM ESTADO DIVERSO, NÃO GERA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE ICMS, ISTO PORQUE PARA QUE OCORRA O FATO GERADOR DO MESMO, É IMPRESCINDIVEL QUE HAJA A VENDA DA MERCADORIA. 2. PRECEDENTES. 3. RECURSO PROVIDO. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 121738 Processo: 199700147320 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 17/06/1997 Documento: STJ000171058 DJ DATA:01/09/1997 PÁGINA:40760)."

A representante da PGE/PROFIS, que se encontrava presente na sessão de julgamento, ratificou a tese sustentada pelo Sujeito Passivo ao concordar com a não aplicação da hipótese de incidência descrita no §7º, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, quando restar demonstrado que as mercadorias transferidas a estabelecimento do mesmo contribuinte forem efetivamente comercializadas aos consumidores finais por preços inferiores ao da entrada, por não causar qualquer prejuízo ao erário deste Estado.

Ante as razões acima expendidas, a infração 1 do Auto de Infração resta totalmente elidida."

Diante do exposto, voto pela improcedência da infração 01.

Quanto à infração 02, falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto, com exigência de ICMS no valor de R\$43.176,68, acrescido da multa de 70%, verifico que, após Diligência determinada por esta 3ª JJF, os autuantes, a partir da retificação, pelo sujeito passivo, dos dados que informara ao Fisco, e considerando as informações que o contribuinte escriturou em seu livro Registro de Inventário, reduziu o valor do débito, às fls. 563 e 564, em relação ao exercício de 2002, de R\$5.550,58 para R\$1.365,98; em relação ao exercício de 2003, de R\$13.394,39 para R\$364,30; e, em relação ao exercício de 2004, de R\$24.231,71 para R\$1.927,38, totalizando o débito apurado de ICMS de R\$3.657,66, nesta infração.

Ressalto que o contribuinte recebeu todos os demonstrativos do Fisco que resultaram na redução do débito originalmente lançado de ofício, tal como comprovado pelo recibo de fls. 923 e 934, tendo pronunciado-se às fls. 927 a 930, e não acostou, a este processo administrativo fiscal, provas de erros em relação aos dados numéricos levantados. Por conseguinte, à vista dos demonstrativos acostados pelo Fisco às fls. 651 a 913, voto pela procedência parcial desta imputação, nos valores supramencionados, e indicados às fls. 563 e 564.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$3.657,66.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 170623.0013/07-3, lavrado contra **A PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.657,66**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR