

A. I. N° - 170623.0011/07-0
AUTUADO - A PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA
AUTUANTE - PAULO JOSÉ ARAPONGA DÓRIA, MARIA INEZ AGUIAR VIEIRA, SUELI SANTOS
BARRETO, MARIA JOSÉ MIRANDA e MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 04/06/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0126-03/09

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. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ NO LANÇAMENTO. Existência de vícios formais no procedimento. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor dos débitos a serem exigidos nas imputações 02 e 03. As diligências realizadas, com refazimentos dos cálculos, não foram suficientes para elidir a incerteza. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida em relação à Infração 01. Auto de Infração IMPROCEDENTE em relação à Infração 01 e NULO em relação às Infrações 02 e 03. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2007 e exige ICMS no valor total de R\$17.997,17, acrescido das multas de 60% e de 70%, em razão de três 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\$2.510,95, 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, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria nos exercícios fechados de 2002 e de 2003. ICMS no valor de R\$14.640,75, acrescido da multa de 70%.

Infração 03. Falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com

recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Exercício de 2004. ICMS no valor de R\$845,47, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 535 a 542 (volume II), inicialmente descrevendo as imputações e a seguir argüindo 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 arguir, à fl. 538 dos autos, sob o título “03. Improcedência da Infração 01”, que a mesma apresentaria nulidade específica, porque a infração decorre de erro na base de cálculo de transferências, e os dispositivos regulamentares e legais citados referem-se a levantamento quantitativo de estoque. Acerca do mérito, aduz 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 e 31.13.2003. 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 entre 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. 540 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.

À fl. 541 do processo, passa a pronunciar-se, sob o título “05. Improcedência da Infração 03”, repetindo os argumentos relativos à infração 02.

Conclui pedindo, alternativamente, pela declaração de nulidade e de improcedência da autuação.

A informação fiscal foi prestada às fls. 572 a 580, na qual os autuantes relatam os termos da imputação e de sua impugnação aduzindo, no tocante à infração 01, quanto à argüição defensiva de nulidade do procedimento fiscal por preterição do direito de defesa, e não determinação da infração com segurança, 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.

Afirmam 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 “efetuou 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 às infrações 02 e 03, os autuantes asseveram 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.

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, segundo 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 a retificação, mas que para isto é necessário identificar e apontar tais erros em sua totalidade. Aduzem que foram realizados testes por amostragem, para garantir maior segurança na apuração dos dados. Que o contribuinte deteve-se em erros irreais, a exemplo de não terem sido consideradas as saídas com cupons fiscais, mas que isto pode ser verificado no exame dos levantamentos quantitativos de saídas acostados ao processo.

Concluem considerando que o processo está revestido das formalidades legais, e pedindo o julgamento pela procedência da autuação.

À fl. 583, considerando que o autuado impugnara integralmente o lançamento de ofício (fls. 535 a 542) afirmando, dentre outros pontos, quanto às infrações 02 e 03, que utiliza, para atender ao SINTEGRA, o software “SAV”, de propriedade da SAV- Sistemas de Automação Varejista LTDA, e que este programa de informática, homologado pela SEFAZ/BA, oferece recurso denominado “Mercadoria Pendente”, utilizado para controle de mercadorias que transitam como “remessas para conserto”; que, segundo afirmara, o uso deste recurso permitia que, por ocasião da emissão de Nota Fiscal para envio de mercadoria para conserto, o sistema apenas indisponibilizasse 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. E que tal situação teria gerado distorções no levantamento de estoque sem, contudo, explicitá-las. Considerando, também, que o contribuinte afirmara que detectara que o levantamento quantitativo de estoque ignorara saídas com cupons fiscais e com notas fiscais, e entradas com notas fiscais, e que os autuantes mantiveram integralmente a autuação (fls. 572 a 580); e na busca da verdade material, esta Junta deliberou por converter o presente em diligência, nos termos do artigo 148, inciso III, do RPAF/99, para que fiscal designado pela Chefe da Coordenação de Assessoria Técnica- ASTEC/CONSEF intimasse o autuado para que o mesmo elaborasse demonstrativos das diferenças entre o estoque informado no seu livro Registro de Estoque dos exercícios de 2001 a 2004 e o informado nos respectivos registros nos arquivos SINTEGRA; das notas fiscais de remessa e de retorno de conserto nos exercícios de 2002 a 2004, que foram objeto do levantamento quantitativo de estoque nesse período; demonstrativo dos seus cupons fiscais, e de suas notas fiscais de entradas e de saídas, que não foram computados no levantamento quantitativo de estoque. Que, atendida esta intimação pelo sujeito passivo, o diligente verificasse, cotejando os demonstrativos com os documentos fiscais originais do contribuinte, se eram procedentes tais alegações defensivas, encaminhando o processo à INFRAZ de origem para que fossem científicos do resultado da diligência o contribuinte e os autuantes, concedendo às partes o prazo de dez dias para se manifestassem, querendo.

Em atendimento à diligência, foi elaborado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 016/2008, às fls. 584 a 591 (volume III) na qual a diligente designada, Auditora Fiscal Maria do Socorro Fonseca de Aguiar, conclui que, do exame dos documentos apresentados pelo contribuinte, são parcialmente procedentes as alegações defensivas, conforme tabelas que a fiscal elabora às fls. 585 a 591, pelo que o débito da infração 02 seria de R\$11.264,96, deste total sendo R\$10.371,57 do exercício de 2002 e R\$893,39 do exercício de 2003. E que o débito da infração 03 seria R\$144,96, no exercício de 2004.

Cientificado do teor do Parecer ASTEC/CONSEF nº 016/2008, o sujeito passivo pronuncia-se às fls. 713 a 716, contestando os resultados encontrados e afirmando que o levantamento havia sido realizado por amostragem. Aduz que não foram computados os cupons fiscais de saídas, exceto no mês de janeiro. Que todas as mercadorias indicadas por ele, autuado, foram escolhidas do levantamento realizado pelo Fisco. Que o Parecer colocou em 2002 mercadorias de 2003. Que anexa fichas de diversos produtos, cujos códigos cita à fl. 715, referentes a movimentação de mercadorias que teriam sido computadas equivocadamente pelo Fisco. Que o saldo remanescente dos anos de 2003 e de 2004 referiam-se a produtos, ou artigos, que eram juntados a outros, formando um conjunto com código distinto, citando exemplos à fl. 715. Que não foi apreciada pelos autuantes a regularização dos estoques de mercadorias que foram trocadas por similares mais caras, obrigando-o a fazer tais ajustes para regularizar os estoques em razão de troca de produtos nas saídas. Cita códigos destes produtos a fl. 716. Reitera as razões de defesa e pede a declaração de improcedência da autuação.

A autuante, científica do teor do teor do Parecer ASTEC/CONSEF nº 016/2008, pronuncia-se à fls. 744 afirmando que “As diferenças apurada e retificadas são oriundas dos erros dos arquivos magnéticos entregues pela empresa que é responsável pelas informações que presta.”

Às fls. 746 e 747, considerando que após o atendimento da Diligência determinada por esta 3^a JJF à fl. 583 (volume III), com a emissão do Parecer ASTEC nº 016/2008, às fls. 584 a 591 (volume III), com a anexação dos documentos de fls. 592 a 706, o contribuinte apresentara nova manifestação às fls. 713 a 716, questionando os dados do levantamento realizado pela Auditora Fiscal diligente, aduzindo que o levantamento teria sido realizado por amostragem; que o Parecer alocou no exercício de 2002 mercadorias relacionadas com o exercício de 2003, citando as mercadorias de código 11101.3 até 13124.5; que a autuação fiscal não computou as saídas com cupons fiscais, à exceção do mês de janeiro/2002; que a mercadoria sob código 12726.8, no exercício de 2004, consta no levantamento, contrariando o teor do Parecer ASTEC; que ele, autuado, anexa fichas de diversos produtos, que cita à fl. 715 do processo, para embasar suas alegações de equívocos na autuação fiscal; que o saldo remanescente dos anos de 2003 e de 2004 referem-se a produtos e/ou

artigos que eram juntados a outros, citando argumentos e dados às fls. 715 e 716. O defendente apresenta demonstrativos às fls. 717 a 738, na busca da verdade material, esta 3^a JJF deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em nova diligência, nos termos do artigo 148, inciso III, do RPAF/99, para que a Auditora Fiscal designada pela Chefe da Coordenação de Assessoria Técnica - ASTEC/CONSEF manifestasse-se acerca dos questionamentos que o contribuinte elaborara acerca do Parecer ASTEC nº 016/2008; intimasse o contribuinte para indicar todas as inconsistências que o mesmo porventura houvesse encontrado, e não apenas por amostragem; verificasse a consistência da totalidade, e não por amostragem, dos dados apresentados pelo contribuinte, inclusive nos levantamentos de fls. 717 a 738; em relação à infração 01, cujos demonstrativos do levantamento fiscal encontram-se às fls. 14 a 16, e 66 a 68 (volume 1), intimasse o contribuinte a apresentar documentos que comprovassem que, de fato, não vendera as mercadorias ali listadas por preços inferiores àqueles de aquisições, ou das entradas mais recentes, como o mesmo afirma em sua impugnação de fls. 535 a 542; elaborasse, se necessário, novos demonstrativos de débitos para as infrações 01 a 03, a partir do exame dos documentos apresentados pelo contribuinte, encaminhando o processo à INFRAZ de origem para que fosse dada ciência do resultado da diligência ao contribuinte e aos autuantes.

Em atendimento à diligência, foi elaborado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 027/2009, às fls. 748 a 752, elaborado pelo Auditor Fiscal Francisco Atanásio de Santana, designado pela Chefe da Coordenação ASTEC/CONSEF, no qual o diligente conclui que, do exame dos livros e documentos apresentados pelo contribuinte, em relação à infração 01 não encontrou, “das mercadorias listadas, vendas com preços inferiores àqueles de aquisição, ou das entradas mais recentes. Ao contrário, constatei que as mercadorias transferidas para outros estabelecimentos pertencentes ao autuado, foram vendidas com valores superiores aos de transferências e de aquisições feitas por ele, mesmo com os descontos concedidos. Ou seja, no período levantado, ficou demonstrado que os preços de vendas efetuadas pelo estabelecimento destinatário das transferências, foram superiores aos de compra e aos previstos na legislação para as transferências internas entre estabelecimentos de uma mesma empresa.”

Em relação à infração 02, o diligente conclui que o levantamento fiscal foi realizado utilizando o aplicativo SAFA, que importou os dados dos arquivos magnéticos do contribuinte, com exclusão dos dados atinentes aos seus cupons fiscais dos meses de fevereiro a dezembro de 2002 e de 2003. Que, em relação à infração 03, também ficou constatado que no levantamento realizado foram incluídas, indevidamente, remessas e retornos de conserto. Que, diante disto, restaria necessário refazer o levantamento quantitativo de estoque, elaborando novos demonstrativos para apurar o débito relativo às infrações 02 e 03. Que, diante da elevada quantidade de dados a serem perquiridos, há necessidade de utilização dos arquivos magnéticos do contribuinte, bem como do aplicativo SAFA, o que não pode ser realizado pela ASTEC/CONSEF, que não dispõe desses meios.

O contribuinte, cientificado do resultado da Diligência, volta a pronunciar-se à fl. 768 aduzindo que a diligência teria confirmado os argumentos dele, impugnante. Que, em relação à infração 01, o diligente não encontrou vendas com preço inferiores ao de entrada, e que o CONSEF já tem posição contrária aos fundamentos da autuação.

Quanto à infração 02, a diligência teria confirmado que a autuação não considerara as saídas por cupons fiscais, dos meses de fevereiro a dezembro dos exercícios de 2002 e 2003.

De pertinência à infração 03, teria ficado constatado que os autuantes incluíram, nas saídas, as remessas de mercadorias para conserto, indevidamente.

Que, embora o diligente auditor tenha concluído pela necessidade de refazer os cálculos e elaborar novos demonstrativos, não caberia ao CONSEF recuperar Autos de Infração incorretos em suas bases e, portanto, nulos de pleno direito, como aduz ser o presente Auto de Infração. Requer a declaração de nulidade da autuação fiscal, se não se puder examinar o mérito, julgando-a improcedente.

Na sustentação oral, em sessão de julgamento, o advogado da empresa reiterou os termos das impugnações escritas. Afirmou que a infração 01 seria improcedente, e as demais nulas. O proprietário da empresa pronunciou-se alegando exercer a atividade comercial com honestidade, e aduzindo que a utilização do Programa SAV proporciona-lhe o controle sobre a movimentação das mercadorias da empresa; que o mencionado Programa SAV também seria útil à Fiscalização em tal controle. Reiterou as alegações defensivas acerca de ter necessitado parar as suas atividades comerciais para atender ao Fisco, e que não a empresa, mas o Fisco, teria cometido erros.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, em relação à Infração 01, 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 esta imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes à mesma e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se por diversas vezes neste processo. Rejeitada esta preliminar de nulidade argüida quanto à Infração 01.

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. 539, 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- SEAI, 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. Ademais, o próprio autuado, às fls. 536 e 537, identifica com precisão as infrações 01 e 02 e seus códigos no SEAI, cometendo equívoco, novamente, ao citar parte do código numérico da infração 03, embora transcreva sua descrição de forma exata.

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, não implica em nulidade o fato de que foram indicados incorretamente dispositivos da legislação aplicáveis à infração 01, porque isto foi suprido pela descrição correta dos fatos 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 estas preliminares de nulidade argüidas.

Contudo, em relação às infrações 02 e 03, referentes a falta de recolhimento de imposto apurado por meio de levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2002 a 2004 observo que, consoante teor do Parecer ASTEC/CONSEF nº 027/2009, às fls. 748 a 752, existe, de fato, incerteza quanto à liquidez do lançamento, não estando claro qual o montante de débito tributário que deve ser lançado de ofício, frente às verificações realizadas.

Assinalo que, exatamente como afirmado pelo Fisco, é de integral responsabilidade do contribuinte a consistência e fidedignidade dos dados constantes de arquivos magnéticos, e de documentos de informações econômico-fiscais, que este envia, moto próprio, ao poder público, para que este controle a regularidade do cumprimento de suas obrigações tributárias acessórias e principal.

Diante da inconsistência de dados apresentados por contribuinte do imposto em arquivos magnéticos enviados a esta SEFAZ, a Fiscalização tem dispositivos legais e regulamentares a utilizar para que tais inconsistências venham a ser sanadas e, caso não o sejam, a Lei nº 7.014/96 prevê as penalidades a serem aplicadas a cada caso.

Esta 3ª JJF, na busca da verdade material, diligenciou por duas vezes para que fosse determinado o valor do débito de forma inequívoca, mas tais diligências não atingiram seu fim, consoante teor do Parecer ASTEC/CONSEF nº 027/2009, já mencionado. Neste sentido, enquadra-se a situação na hipótese prevista no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, c/c com o disposto no §4º do artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, porque não foi possível determinar com segurança, neste processo, o montante do débito tributário, o que implica em falta de certeza e liquidez do lançamento de ofício. Infrações 02 e 03 nulas.

Resta a apreciar o mérito da Infração 01, que trata de 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.” Contudo, no Parecer ASTEC/CONSEF nº 027/2009, às fls. 748 a 752, o Auditor Fiscal diligente afirma que constatou que as mercadorias listadas na Infração 01 foram transferidas com valores superiores aos de transferência e de aquisições feitas pelo autuado, mesmo com os descontos concedidos.

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, E 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.

Face aos fatos descritos, voto pela Nulidade das Infrações 02 e 03, e pela IMPROCEDÊNCIA da Infração 01 deste Auto de Infração.

Represento à autoridade administrativa competente para a instauração de novo procedimento fiscal em relação às operações objeto das infrações 02 e 03, no qual seja verificada a regularidade do cumprimento das obrigações acessórias e principal do contribuinte, inclusive em relação à consistência dos dados enviados eletronicamente a esta SEFAZ.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** em relação à infração 01, e **NULO** em relação às infrações 02 e 03, o Auto de Infração nº 170623.0011/07-0, lavrado contra **A PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.**, Representa-se à autoridade administrativa competente para a instauração de novo procedimento fiscal em relação às operações objeto das infrações 02 e 03, no qual seja verificada a regularidade do cumprimento das obrigações acessórias e principal do contribuinte, inclusive em relação à consistência dos dados enviados eletronicamente a esta SEFAZ.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR