

PROCESSO - A. I. Nº 110188.0016/07-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - A PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JF nº 0023-03/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0399-11/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelas autuantes, o débito originalmente apurado ficou reduzido. **2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA. RECOLHIMENTO A MENOS.** Não ficou comprovada a prática de sonegação do imposto que justificasse a exigência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte a presente autuação, por meio da qual foi lançado o ICMS devido em razão de duas imputações, sendo ambas objeto deste Recurso, como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2002, 2003 e 2004), levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Valor do débito: R\$41.431,44.

INFRAÇÃO 2 - Recolhimento do ICMS efetuado a menos, por erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte transfere mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular com valor inferior ao praticado nas entradas, não cumprindo o que estabelece o artigo 56, inciso IV, do RICMS/BA, nos exercícios de 2002 e 2003. Valor do débito: R\$2.771,09.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma:

“Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O defendente apresentou o argumento de que o presente Auto de Infração foi lavrado com base no SINTEGRA, que apresentava diversas incorreções de dados, e que o SINTEGRA ainda não está em condições de fundamentar ações fiscais, como um procedimento informatizado, porque ao cotejar os dados com base no SINTEGRA, constatou grande quantidade de erros.

Observo que tais fatos não constituem motivo de nulidade da autuação fiscal, haja vista que o autuado foi intimado a corrigir as possíveis incorreções, sendo refeitos os cálculos a partir dos novos arquivos apresentados pelo defendente.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento

Na primeira infração, exige-se ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2002 a 2004.

Em sua impugnação, o autuado apresentou alegações em relação ao SINTEGRA, afirmando que os arquivos apresentam incorreções de dados em desconformidade com os livros, documentos fiscais e contábeis.

Entendo que não pode ser acatada a alegação defensiva, tendo em vista que os dados constantes nos arquivos magnéticos apresentados via SINTEGRA, são fornecidos pelo contribuinte, e no caso de inconsistências, a legislação lhe garante o prazo para a necessária correção, conforme estabelecem os parágrafos 4º e 5º do art. 708-B do RICMS/97, haja vista que, a recepção dos mencionados arquivos pela SEFAZ não significa que os mesmos atendem às especificações e requisitos previstos na legislação, estando sujeitos às correções posteriores das inconsistências verificadas, conforme o dispositivo regulamentar que transcrevo a seguir:

Art. 708-A. *O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas:*

(...)

§ 6º *A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.*

O defendente também alegou que as saídas efetuadas por meio de cupons fiscais não foram consideradas; que as entradas para conserto pelo sistema adotado pela empresa, não alterou o saldo do inventário, mas o SINTEGRA considera que as saídas são baixadas e os retornos são entradas, criando uma falta de sintonia com o Sistema de Automação Varejista – SAV. Disse que utiliza o mencionado sistema, devidamente homologado pela SEFAZ, que oferece o Recurso denominado MERCADORIA PENDENTE, utilizado para controle de mercadorias que transitam pelo estabelecimento, como remessas para conserto. Disse que o uso desse sistema permite que, por ocasião da emissão da Nota Fiscal para o envio da mercadoria para conserto, a mesma não fique disponível para venda. Essa pendência não baixa a mercadoria do estoque, uma vez que a mesma irá retornar para o seu local de origem após a conclusão dos serviços.

Foi efetuada diligência fiscal, conforme PARECER ASTEC Nº 030/2008, sendo informado pelo preposto da ASTEC que não consta no livro Registro de Inventário “mercadoria pendente”. Também foi informado pela ASTEC que após análise do sistema de processamento de dados do contribuinte, que registra as entradas, as saídas e o estoque de mercadorias, constatou que nos demonstrativos elaborados pelas autuantes não foram consideradas as saídas decorrentes de vendas acobertadas por cupons fiscais, nos meses de fevereiro a dezembro dos três exercícios: 2002, 2003 e 2004. Somente consideraram as entradas e saídas efetuadas por notas fiscais nos mencionados exercícios e as saídas por cupons fiscais apenas do mês de janeiro de cada ano.

Em outro PARECER ASTEC Nº 224/2008 (fls. 553/557), foi informado que em relação à remessa de mercadorias para conserto, bem como ao seu retorno, o diligente verificou que não há saídas de mercadorias do estoque e também, entradas nele. Quando das aquisições de mercadorias dos seus fornecedores o contribuinte processa o registro de entradas das mesmas em seu estoque. Se alguma mercadoria apresenta defeito, é registrado internamente em seu sistema “SAV”, com a rubrica de “mercadoria pendente”, que significa indisponível para venda, sem, contudo, processar a sua baixa do estoque quando do seu envio para conserto.

Considerando as informações prestadas pela ASTEC e a necessidade de corrigir o levantamento fiscal, em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, as autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 1027/1028 dos autos, disseram que o contribuinte foi intimado a corrigir os seus arquivos magnéticos. Em 27/05/2010, em resposta à intimação fiscal, o defendente apresentou declaração informando que os arquivos 60R, referentes aos exercícios de 2002, 2003 e 2004 foram definitivamente corrigidos e entregues à SEFAZ. Solicitaram à GEAFI a disponibilização desses arquivos com os quais foram realizados novos demonstrativos, cujos resultados encontram-se à fl. 1028 do PAF. Assim, o débito originalmente apurado na primeira infração, que era de R\$41.431,44 ficou reduzido para R\$1.735,22, conforme os novos demonstrativos às fls. 1031 a 1145 dos autos.

O defendente não acatou o resultado apresentado pelas autuantes, alegando a existência de falhas no levantamento fiscal, citando como exemplo, que na fl. 1039 vê-se o código 0120937 Artinox faqueiro R1024, onde consta zero no estoque inicial de 2003 e omissão de entradas de 11 unidades. Entretanto, no SinTEGRA enviado em maio de 2007 consta no Registro 74 o estoque do mês de janeiro, este mesmo produto/código consta a quantidade de 11 unidades. Entende que não existe omissão, mas sim falha na apuração.

Apesar de o defendente ter contestado o resultado da revisão efetuada, não atendeu à intimação das autuantes para apresentar, novamente, os documentos fiscais que deveriam ser utilizados para a apuração das alegações defensivas. Foi alegado na última manifestação do autuado que os elementos solicitados já foram oferecidos e que estiveram nas mãos da Auditora Fiscal Maria Inez Aguiar Vieira, que devolveu em 03/08/2011; que a autuante teve em suas mãos os documentos fiscais e todos os livros necessários para fazer sua auditoria e se não concluiu seu trabalho, não pode exigir que o contribuinte faça suas vezes.

Entendo que neste caso, cabia ao contribuinte apresentar as provas de suas alegações para elidir a totalidade da exigência fiscal, mesmo que os elementos já tivessem sido apresentados anteriormente. Trata-se de comprovação que está na posse do autuado, e a fiscalização pode verificar, em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial. Portanto, não é acatada a alegação defensiva.

De acordo com os últimos demonstrativos de cálculo das omissões, às fls. 1031 a 1145 dos autos, relativos aos exercícios de 2002 (fls. 1031/1032), 2003 (fls. 1061/1062) e 2004 (fls. 1080/1081), constatou-se, em cada exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, através de levantamento quantitativo, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária.

Acato as conclusões apresentadas pelas autuantes à fl. 1028 e demonstrativos correspondentes, concluindo pela procedência parcial desta infração, no valor total de R\$1.735,22.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Transferência de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular com valor inferior ao praticado nas entradas.

O defendente alega que dentre as centenas ou milhares de operações de transferências, os autuantes identificaram algumas que teriam sido efetuadas por valores inferiores aos da entrada. Entende que é impossível precisar tal fato porque se atribuiu a data de 03.2.05 a esta infração, e adiante foram indicadas as datas de 31/12/2002, 31/12/2003 e 31/12/2004.

Observo que os números 03.02.05 do item 02 do presente lançamento, constituem o código numérico da infração, que é indicado de acordo com o Sistema de Emissão Informatizado de Auto de Infração (SEAI), e não possui qualquer relação com as datas de ocorrência e de vencimento ou de lavratura.

O impugnante também alegou que todos os estabelecimentos envolvidos nas operações de transferências estão em Salvador, e a rigor, não há incidência do ICMS na operação de transferência entre estabelecimentos situados na mesma cidade; o valor da base de cálculo não influi na apuração do ICMS, nem mesmo na participação dos municípios. Diz que apesar de todas as razões que autorizam o estabelecimento autuado a não se debitar nas transferências entre lojas de Salvador, ele só o fez por valor inferior em relação a poucos produtos, “encalhados ou estragados”, que são remetidos para tentar a comercialização em outra loja, por preço inferior e, neste caso, justifica-se a diminuição do valor da transferência, sob pena causar prejuízo e não permitir o funcionamento de um sistema de controle da lucratividade da filial.

Na informação fiscal, as autuantes esclarecem que todas as informações constantes do levantamento fiscal foram obtidas nos arquivos magnéticos, registro por item de mercadoria, entregue pelo autuado. Em relação ao art. 56, inciso IV do RICMS/BA, dizem que o levantamento fiscal foi efetuado observando o mencionado dispositivo regulamentar, com base na relação de entradas do contribuinte, produzida a partir do registro 54, associado ao registro 75 do arquivo magnético, sendo adotados os valores das entradas mais recentes.

Este item também foi objeto de diligência fiscal efetuada por preposto da ASTEC, sendo informado pela diligente, no PARECER ASTEC Nº 224/2008 (fls. 553/557), que examinando os livros e documentos fiscais do contribuinte, em ampla amostragem, constatou que as mercadorias transferidas para outros estabelecimentos a ele pertencentes, foram vendidas com valores superiores aos de transferências e aos de aquisição, mesmo com os descontos concedidos. Conforme demonstrativo que elaborou à fl. 555 do PAF, com base nas informações extraídas dos autos, notas e cupons fiscais.

A matéria em questão foi apreciada pela Câmara de Julgamento Fiscal, concluindo pela improcedência da exigência fiscal sob o fundamento de que 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 (ACÓRDÃO CJP Nº 0164-12/08).

Concluo pela insubsistência deste item, considerando que não ficou comprovado o cometimento da infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, o órgão julgador da Primeira Instância recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

A Decisão recorrida, ao desonerar o contribuinte de parte do valor cobrado na infração 1 e da totalidade do montante lançado na infração 2, não merece reparos.

Em relação à infração 1, porque as próprias autuantes reconheceram a existência de equívocos no levantamento de estoques e refizeram o trabalho, reduzindo o débito de R\$41.431,44 para R\$1.735,22, conforme os demonstrativos de fls. 1031 a 1145 dos autos.

Quanto à infração 2, verifico que o ICMS foi lançado “*por erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas*”, haja vista que o “*contribuinte transfere mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular com valor inferior ao praticado nas entradas, não cumprindo o que estabelece o art. 56, inciso IV do RICMS/BA, nos exercícios de 2002 e 2003.*”

Observo que a questão posta nesta imputação diz respeito à forma de cálculo adotada pelo recorrente nas operações de saídas, por transferência, para outros estabelecimentos da mesma empresa no Estado da Bahia, realizadas supostamente com a base de cálculo inferior àquela determinada pela legislação.

Este CONSEF já se debruçou sobre esta matéria em outras ocasiões e decidiu de forma reiterada que o erro na determinação da base de cálculo em operações de saídas por transferência no âmbito do território baiano somente pode autorizar a cobrança de diferenças, eventualmente apuradas pelo Fisco, se restar demonstrado que o contribuinte usou de artifício com o objetivo de deixar de recolher ou reduzir o montante de imposto devido aos cofres públicos.

O posicionamento externado neste voto foi fruto de um Parecer assinado pelo então Conselheiro Tolstói Seara Nolasco, Presidente da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal à época, o Julgador Ângelo Mário de Araújo Pitombo e o Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior, trabalho que foi aprovado por esta Relatora no exercício do cargo de Presidente do CONSEF, uma vez que foi elaborado a partir de uma consolidação de entendimentos e se valeu, principalmente, dos próprios julgados do Conselho de Fazenda no exame de casos concretos, além das disposições legais e regulamentares pertinentes ao tema.

Para que se tenha a exata compreensão do Parecer, passo a transcrever os trechos que considero importantes.

Inicialmente, os Pareceristas fizeram uma análise do artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96; dos artigos 4º, inciso I, e 17, § 7º, inciso I, da Lei nº 7.014/96 e do artigo 56, inciso IV, alínea “a”, do RICMS/97, que preveem a forma de apuração da base de cálculo nas transferências internas e interestaduais de mercadorias.

Em seguida, diante das modificações introduzidas em nossa legislação, a partir da edição da Lei Complementar 102/00, permitindo a transferência de saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado (Lei Complementar 87/96 - artigo 25; Lei nº 7.014/96 – artigo 26 e RICMS/97 – revogação do artigo 98, que vedava a referida transferência), os signatários salientaram que “*não fazia mais sentido a manutenção do inciso V do art. 100 do RICMS/BA, que exigia o estorno ou anulação do crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, com base de cálculo inferior à da operação de entrada mais recente*” e “*assim, a redação atual do art. 100 do RICMS/BA foi modificada e não consta mais esta exigência, ajustando-se, desta forma, às alterações da lei que regulamenta*”.

No Parecer mencionado, foram apresentadas, então, as seguintes conclusões:

PRIMEIRA - que “*a regra inserida no art. 17, § 7º, da Lei 7.014/96, em conjunto com o art. 56, inc. IV, letra “a”, do RICMS, precisa ser lida ou re-lida em outro contexto e em conjunto com as demais normas do próprio RICMS, de forma que a sua aplicação resulte não de uma simples interpretação literal, mas de um exercício exegético que contemple a demonstração probatória de que o contribuinte, ao efetuar transferências de mercadorias, de forma habitual, rotineira e*

em quantidades representativas, por preço inferior ao custo de aquisição, promoveu, nas etapas seguintes de vendas, saídas por preços subfaturados ou inferiores aos efetivamente praticados, infringindo assim a legislação tributária”;

SEGUNDA – que “*o fisco, na atividade de lançamento tributário, que envolve uma diversidade de atos no sentido de determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível, através do desenvolvimento dos roteiros de fiscalização, demonstre, materialmente, a prática de sonegação, e o conseqüente prejuízo ao erário, aplicando assim o dispositivo legal e a norma regulamentar no contexto das provas e não de forma isolada”.*

Finalmente, os pareceristas resumiram seu pensamento da seguinte forma:

“Em suma: o art. 17, § 7º, inc. I, da Lei nº 7.014/96 e o correspondente o art. 56, inc. IV, letra “a”, do RICMS, estabelecem disposições atinentes à base de cálculo aplicável às operações de transferências internas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. São normas de eficácia plena. Todavia, a aplicabilidade das mesmas deve sempre levar em conta as especificidades do caso concreto. Eventuais transferências abaixo de custo ou do preço de aquisição podem não configurar infração àqueles dispositivos, a exemplo do que ocorre nas remessas, entre estabelecimentos, de mercadorias avariadas ou que sofreram depreciação no preço em virtude de situações mercadológicas específicas, a exemplo da sazonalidade, liquidações de “ponta de estoque” ou de produtos “encalhados”, que sofrem reduções de preços para atrair a clientela. Ademais, a pequena representatividade econômica ou o diminuto valor das transferências pode também revelar a natureza eventual do procedimento, não se constituindo em infração automática aos comandos legais.

Assim, a aplicabilidade dos dispositivos legal e regulamentar deve ter por parâmetro a busca de evidências que comprovem que a conduta do contribuinte foi lesiva ao erário, demonstrando-se, no processo administrativo fiscal, a existência de práticas habituais e rotineiras de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa em valores inferiores ao custo de aquisição, devendo-se valer o fisco do uso de provas adicionais que demonstrem efetivamente a redução indevida ou a falta de recolhimento do ICMS.”

Ressalto que esse entendimento foi expresso em diversos julgamentos exarados por este CONSEF, inclusive, em processos administrativos fiscais oriundos de autos de infração lavrados contra este mesmo contribuinte, como, por exemplo, os Acórdãos CJF nºs 0164-12/08, 0085-12/08 e 0020-12/08, merecendo transcrição o voto proferido pelo Conselheiro Fábio de Andrade Moura no Acórdão CJF nº 0249-11/08:

“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 atingido 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.

Sucedendo, 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. (grifos não originais)

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.

Por tudo quanto foi exposto, está correta a Decisão de primeiro grau em relação à infração 2 pelas seguintes razões, em resumo:

1. a própria legislação prevê a possibilidade de transferência de saldos credores entre estabelecimentos do mesmo titular (artigos 24, 25 e 26, da Lei nº 7.014/96 e artigo 114-A do RICMS/97), o que acaba por tornar inconsistente a autuação;
2. a operação de saída subsequente com base de cálculo inferior à da operação de entrada da mercadoria não mais gera o dever de estorno do crédito, como previsto anteriormente no artigo 100, inciso V, do RICMS/96, uma vez que tal hipótese de estorno foi excluída do rol do artigo 100 do RICMS/97;
3. o débito efetuado no estabelecimento remetente das mercadorias gera automaticamente o direito ao crédito no estabelecimento destinatário, tornando inócua a autuação sem a demonstração cabal da existência de sonegação do imposto estadual, na hipótese de transferências internas de mercadorias;
4. além disso, caso fosse julgada subsistente a autuação, os estabelecimentos destinatários sequer poderiam utilizar, como crédito fiscal, o ICMS ora exigido, em face de ter operado a decadência, o que configuraria enriquecimento sem causa para o Estado da Bahia.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110188.0016/07-8**, lavrado contra **A PRIMORDIAL MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.735,22**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS