

**A. I. Nº** - 293873.3003/16-3  
**AUTUADO** - RMR - AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E  
EMPACOTAMENTO DE CEREAIS - ME  
**AUTUANTE** - RITA DE CÁSSIA BITTENCOURT NERI  
**ORIGEM** - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 12.12.2017

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0221-04/17

**EMENTA: ICMS. 1. DÉBITO FISCAL. ESTORNO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. RECOLHIMENTO A MENOS.** Autuado não apontou equívocos nos cálculos relacionados a ambas as infrações. Não acolhidos os argumentos de nulidade. Nas operações de transferências de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, mas localizado em outra unidade federada, não se aplica a Súmula nº 166 do STJ, ocorrendo incidência do imposto. Decisões apresentadas pelo autuado insuficientes para afastar as exigências. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 27/09/2016 com o objetivo de reclamar crédito tributário no montante de R\$55.950,04, mais multa de 60%, tendo em vista as seguintes acusações:

1 – “Efetuiu estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Mercadoria isenta na operação interna e nas vendas interestaduais utilizou-se na forma de crédito fiscal no conta corrente valor superior ao permitido nas vendas de feijão” (sic). Valor lançado R\$47.017,68, multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

2 – “Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior”. Valor lançado R\$8.932,36, multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Devidamente notificado, o autuado, por intermédio do seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 59 e 69, onde após efetuar uma sinopse dos fatos passou a aduzir os argumentos a seguir sintetizados, os quais, ao seu entender, atestam a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Nesse sentido, passou a discorrer a respeito do princípio da verdade material busca-se descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador do tributo, situação em que, para formar sua convicção, pode o julgador mandar realizar diligências ou perícias, conforme for o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo, acrescentando que na busca da verdade material, há de se ressaltar que se tem como regra basilar, o aspecto de que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco, cabendo a ele provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo, sendo que, somente deve haver inversão do ônus da prova, para transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressa da norma legal nesse sentido.

Em seguida passou a arguir a nulidade da Infração 01, sob o argumento de que há incongruência dos fatos jurídicos tributários e o enquadramento legal, tecendo comentários acerca na necessidade de nulidade do Auto de Infração ou da infração 01.

A esse respeito cita que as normas processuais administrativas exigem que para o Auto de Infração ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos, dentre estes o previsto no Art. 39, III, do RPAF/99, o qual transcreveu, aduzindo que não há dúvida de que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição clara, precisa e sucinta do que a autoridade fiscal entende como fato gerador do tributo, devendo, portanto, estar indicado na peça de acusação, de forma transparente e precisa, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito a exigência tributária, por meio da autuação.

Após citar e transcrever o inciso V do mesmo dispositivo regulamentar, sustenta que o presente Auto de Infração não se encontra em sintonia, haja vista que os fatos narrados não correspondem à realidade do acontecido.

Neste rumo menciona que as notas fiscais constantes da autuação referem-se a operações descritas pelo CFOP 2904 envolvendo transferências envolvendo os estabelecimentos matriz e filial da mesma empresa, ocorrendo, ao seu entender, no presente caso, a subsunção incorreta de uma possível conduta infratora com a norma prevista na legislação estadual, havendo nítida violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, garantias estas devidamente previstas no art. 5º, LV da CF/88.

À luz destes argumentos considera que restará clara a necessidade de se decretar a nulidade da infração 01 por completa incongruência entre os fatos narrados e verificados no documento encaminhado pela autuante e, caso não seja o entendimento que lhe seja concedido prazo para solicitar autorização à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para realizar alteração nos documentos fiscais, quais sejam SPED FISCAL e DMA.

No tópico seguinte passou a sustentar a tese de não incidência do imposto no deslocamento de mercadorias para vendas entre estabelecimentos da mesma empresa, pontuando que as infrações 01 e 02, consistem, respectivamente, no fato alegado de haver sido utilizado crédito fiscal em sua conta corrente em valor superior ao permitido nas vendas de feijão e recolhido a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior.

Cita que ao compulsar a planilha anexada pela autuante verificou que fora atribuído como devido, valores referentes às operações de transferências de mercadoria entre estabelecimento da mesma empresa, quer seja entre a Filial, situada no Estado de Pernambuco e a Matriz com a sede no Estado da Bahia, sendo que, tal conclusão *se demonstra óbvia pelo fato de que nas notas das mercadorias enviadas constam os CFOPs 2409 e 2152, que se referem a operação de “Transferência para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária”*.

Sustenta que é pacífico o entendimento nos Tribunais que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não caracteriza circulação de mercadorias para efeitos de incidência do ICMS, significando apenas um deslocamento físico, algo que não tem o condão de atrair a incidência do imposto de circulação.

Portanto, tendo em vista que no presente caso a transferência de mercadorias não consubstancia atos de mercancia, não há de se falar em incidência do ICMS, devendo portanto ser reconhecida a inexigibilidade da cobrança do ICMS na transferência de mercadoria entre a Matriz e suas Filiais, citando decisões do STJ a este respeito, mencionando, ainda, a Súmula 166 do próprio STJ, além de que, tendo em vista o posicionamento predominante e a insistência da Fazenda Estadual em cobrar ICMS sobre transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa, ingressou com ação declaratória que foi tombada sob o nº 0020523-94.2014.8.17.0001 e que tramita

na 1ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco, conforme movimentação anexa (DOC. 04).

Nesta ação, fora concedida a antecipação de tutela (DOC. 05), determinando à Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco que não lavre autos de infração cujo objeto de fiscalização seja a incidência do ICMS sobre mercadorias deslocadas (transferidas) pela demandante de sua Matriz para uma de suas filias, ou entre suas filiais em operações interestaduais, bem como que esta se abstenha de realizar qualquer tipo de retenção/apreensão de mercadorias quando se tratar da operação descrita.

Diante dos argumentos suscitados, sustenta que mesmo com o direito lhe assistindo, recolheu, equivocadamente, em favor do Fisco Baiano, valores a título de ICMS para operações que não se sujeitam ao recolhimento, tendo, desta forma, crédito perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e não débito, concluindo pela total Improcedência do Auto de Infração.

Ao final apresenta os seguintes pedidos:

1. Seja o Auto de Infração julgado parcialmente nulo, em relação à infração 01, por conta da incongruência dos fatos jurídicos tributários e o enquadramento legal apresentado, contrariando o quanto determinado no art. 39, V, do RPAF/BA
2. Que o processo seja convertido em diligência, de modo a que se conceda prazo ao contribuinte para solicitar autorização à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para realizar as devidas alterações nos documentos fiscais, quais sejam SPED-FISCAL e DMA.
3. Na hipótese do não acolhimento do pedido 1, seja o Auto de Infração julgado totalmente improcedente, em face da não incidência do ICMS sobre a transferência de mercadoria a qualquer título entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme entendimento pacificado nos Tribunais e por força da liminar concedida no bojo do Processo nº 0020523-94.2014.8.17.0001.
4. Seja, ainda, determinado o arquivamento do presente Auto de Infração dando-se baixa neste Processo Administrativo, após todas as formalidades legais necessárias, e
5. Requer, por fim, a produção de todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste Processo Administrativo.

A autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 84 a 87, onde, em relação a Infração 01, mencionou que a legislação é clara, conforme o artigo 265 do RICMS/BA, que dispõe que são isentas do ICMS as saídas internas de feijão, portanto o crédito permitido será proporcional apenas às saídas para outro Estado, conforme consta às fls. 27 e 28 do PAF.

Menciona que, com relação à clareza das informações, as planilhas anexas ao Auto de Infração fls. 9 a 54 elencam de forma clara os valores devidos, assim como no Auto de Infração, ao final de cada ocorrência, consta o enquadramento legal e a multa aplicada.

No que concerne à alegação de que as aquisições através de transferências não caracterizam comercialização, afirma que não procede, prova disso é a utilização dos créditos nas aquisições, como também, não existe retorno das referidas aquisições.

Com o fito de consubstanciar o lançamento, diz que foi elaborada uma planilha com o total das compras dentro e fora do Estado, assim como as transferências, sendo que, a partir deste levantamento foi verificado o total de vendas para outro Estado e verificado o crédito utilizado a maior através de Estorno de Débito.

Acrescentou que na infração 01, no mês de 09/2014, além dos créditos utilizados indevidamente a maior referente ao feijão vendido para outro estado no valor de R\$2.992,98, fl. 28 do PAF, foi lançado no apuração do mês, também a título de Estorno de Débito – Estorno Subst. Conf. Art. 302 o valor de R\$7.266,79, fl. 24 do PAF, no entanto, apenas R\$4.336,76 é devido, fls. 25 a 26 do

PAF, gerando uma diferença de R\$2.930,00 - Indevida. Desta forma, neste mês o valor lançado no Auto de Infração foi de R\$2.930,01+2.992,98 totalizando R\$5.922,09.

Citou, também que no mês de Junho/2013, foi lançado na apuração do mês a título de Estorno de Débito Outros Créditos, sob alegação de ICMS Normal pago a maior, o valor de R\$2.177,41, fl. 17 do PAF, no entanto, também é indevido, uma vez que não houve pagamento a maior.

Quanto ao pedido para que seja permitido a retificação do SPED/DMA, não procede, uma vez que não existe nenhuma justificativa para retificação.

Ao adentrar a Infração 02, pontuou que a alegação de que não é devido o recolhimento dos produtos da substituição tributária das mercadorias vindas de outro Estado, através da transferência, também não encontra nenhum respaldo legal, uma vez que, os referidos produtos vieram para comercialização, observando que em nenhum momento da defesa foi apresentado justificativa que comprovasse que as mercadorias que entraram no Estado através de transferência não foram comercializadas, ressaltando, ainda, que as descrições dos CFOP's abaixo relacionados, em que o contribuinte alega não terem sido para comercialização, são claramente destinadas à comercialização, bem como, não tiveram retorno :

- 2.409 - Transferência para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária;

Classificam-se neste código as mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, para serem comercializadas, decorrentes de operações sujeitas ao regime de substituição tributária.

- 2.152 - Transferência para comercialização

Classificam-se neste código as entradas de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, para serem comercializadas.

Esclareceu que houve inversão da fl. 8 com a fl.15, uma vez que a Infração 01 refere-se às fls. 16 a 54 e a Infração 2 fls. 9 a 14 do PAF, concluindo pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

## **VOTO**

O presente Auto de Infração imputou ao autuado duas acusações: a primeira refere-se a estorno de débito em desacordo com a legislação enquanto que a segunda relaciona-se a recolhimento de ICMS a menos a título de antecipação tributária.

Em sua defesa, preliminarmente, o autuado arguiu a nulidade integral do Auto de Infração ou, a nulidade parcial especificamente em relação a infração 01, em face de ausência de requisito essencial para sua lavratura, no que tange a indicação precisa dos fatos infracionais, de forma clara, precisa e sucinta (Art. 39, III do RPAF/BA).

No mesmo rumo, voltou a suscitar a nulidade do lançamento ao argumento de houve ofensa à regra encartada pelo inciso V, alíneas “a”, “b” e “c” do referido dispositivo regulamentar, pontuando que os fatos narrados não correspondem à realidade do acontecido.

Não é isto que vislumbro nos autos. Ambas as infrações estão postas de forma clara e compreensiva, o enquadramento legal e a tipificação das penalidades estão indicadas corretamente, enquanto os elementos que deram origem às infrações estão demonstrados através das planilhas juntadas aos autos que proporcionaram amplos meios de defesa, o que foi feito.

De maneira que não acolho as arguições de nulidades trazidas pela defesa e, em consequência, passo ao exame do mérito.

Neste passo, indefiro de imediato a solicitação de diligência por considerar que estão presentes nos autos todos os elementos necessários à formação de minha convicção, razão pela qual aplico a norma constante do Art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA.

No que tange ao mérito propriamente dito da autuação vejo que o autuado referiu-se em conjunto a ambas as infrações, onde, no que diz respeito aos levantamentos apresentados através das planilhas que lhes foram entregues, o autuado não se insurgiu quanto a valores, cálculos, documentos fiscais, etc, ou qualquer outro elemento relacionado a apuração do débito.

Sua insurgência pautou-se basicamente no argumento de que não incide ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Neste ponto há de se registrar que a exigência constante da infração 01 em nada se relaciona a operações de transferências interestaduais. E isto se verifica tanto na acusação quanto através das planilhas de fls. 27 e 28 onde se constata que a exigência se pautou no levantamento das vendas internas e interestaduais de feijão, calculando o percentual dessas operações em relação à sua totalidade, o qual foi aplicado, para efeito de cálculo do estorno, sobre os créditos considerados nas aquisições internas, que são isentas, confrontando o valor do estorno apurado com aquele registrado pelo autuado em sua escrita fiscal, recaindo a exigência sobre o valor do estorno efetuado a menos.

Portanto, como não houve contestação desses valores pelo autuado e, tampouco se referem a operações de transferências interestaduais, e ainda, pelo fato de não se justificar o pedido do autuado para concessão de prazo para solicitação à SEFAZ de autorização para realizar alteração nos documentos fiscais através do SPED FISCAL e DMA, mantenho a exigência fiscal em relação à infração 01 no valor de R\$47.017,68.

No tocante a infração 02 vejo que esta envolve operações interestaduais relacionadas a transferências entre o estabelecimento matriz e a filial do autuado. A este respeito o autuado se pautou apenas em arguir a não incidência do ICMS nessas operações, trazendo em seu socorro decisões do STJ e a Súmula 166 dessa mesmo Tribunal, não apontando qualquer equívoco nos cálculos.

Inicialmente vejo que há uma patente dissonância entre o argumento trazido pela defesa e a forma em que praticou essas operações, tributando-as normalmente. Ora, se defende a não incidência do imposto nas operações de transferências interestaduais, soa flagrante contradição em relação ao que pratica, tributando normalmente tais operações.

Analisando os argumentos defensivos, destaco inicialmente que é jurídica a circulação de mercadorias nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade.

Vejo, também, que a Súmula 166 do STJ não é vinculante e foi publicada antes da Lei Complementar 87/1996, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor sobre normas gerais do imposto em comento.

A referida LC é chamada de Lei Nacional do ICMS e dispõe sobre hipóteses de incidência, não incidência, contribuintes, substituição tributária, local da operação, momento da ocorrência do fato gerador, base de cálculo e compensação, entre outras situações de naturezas mais específicas.

O Diploma Legal Complementar trata no seu art. 13, § 4º, sobre critérios de determinação da base para o cálculo dos créditos nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que não se pode concluir que tais operações estejam fora do campo de incidência do ICMS.

No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do art. 12 da referida LC, ao informar que ocorre o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.

Isto posto, não vejo como afastar a exigência fiscal em relação as operações de transferências interestaduais de mercadorias para comercialização porque além da legislação tributária em vigor conter previsão expressa neste sentido, a autoridade fiscal tem atividade vinculada e tem o dever de aplicar o quanto previsto pela legislação tributária vigente.

Neste aspecto, a Lei Estadual nº 7.014/96 em seu Art. 2º, inciso IV, estabelece:

*Art. 2º. O ICMS incide sobre:*

*[...]*

*IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes; (grifo não original).*

Já o § 1º do citado dispositivo legal prevê que:

*§ 1º. São irrelevantes para caracterização do fato gerador:*

*I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;*

*II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;*

Por sua vez, o art. 4º, incisos I e XV da mesma Lei, estabelecem:

*Art.. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;*

*[...]*

*XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.*

De maneira que, à luz do quanto acima exposto, cabe à autoridade julgadora e, também, ao agente fiscalizador, cumprirem o quanto está exposto pela legislação tributária deste Estado que prevê a incidência do imposto nas operações interestaduais com mercadorias para comercialização.

E este entendimento tem sido sustentado pela Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, **a exemplo** do Parecer Jurídico nº 2014224287-0, proferido nos autos do Processo nº 20694000001134, pelo i.procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, cujo excertos transcrevo a seguir:

*"A irresignação tracejada na presente súmula recursal (...) cinge-se, em suma, aos seguintes argumentos: a) de que não há fato gerador do ICMS por se tratar de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da autuada, não havendo circulação econômica; b) de que não se pode cobrar diferencial de alíquota nas transferências de bens de uso e consumo entre mesmos estabelecimentos da recorrente.*

*(...)*

*Pois bem, estribado nas razões lançadas pelo recorrente, faz-se necessário trazer à baila o matiz constitucional do ICMS, a fim de melhor apreendermos seu alcance eficaz, observe.*

*Preconiza o art 155, II, da CF/88:*

*"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

*II - Operações **relativas** à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação..."*

*A leitura da norma constitucional, mesmo que de forma breve, conduz inequivocamente à ilação de que o constituinte definiu o ICMS como um imposto incidente sobre operações "**relativas**" à circulação de mercadorias ou prestação de serviços. e não, como quer inferir o recorrente, um tributo sobre operações de venda de mercadorias.*

*Neste timbre constitucional, concedeu-se à Lei Complementar definir o perfil do imposto, definindo seus elementos fundamentais, dentro, é claro, dos limites demarcados pelo legislador constitucional.*

*Assim, ancorado no permissivo constitucional, o legislador complementar como axioma informativo do ICMS o princípio da autonomia dos estabelecimentos, devidamente normatizado no art. 12, da LC nº 87/96:*

*Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;*

*Aliás, quadra sublimar, tal posicionamento normativo já existe no nosso ordenamento jurídico desde o Decreto nº 406/68 e Convênio ICM nº 66/88, veículos legais com força de Lei Complementar, não sendo, assim, nenhuma novidade.*

*(...)*

*Dessa forma, sendo perfeitamente legal, quiçá constitucional, que o legislador fixasse como autônomos estabelecimentos de um mesmo contribuinte, afigura-se claro à simplicidade franciscana que as transferências de mercadorias entre eles concretizadas deverão ser objeto de regular tributação, como o foram neste presente lançamento.*

*Aliás, vale referir que, o ICMS é um imposto que incide sobre operações RELATIVAS à circulação de mercadorias e prestação de serviços, não sendo, desta maneira, um imposto exclusivamente sobre operações de vendas de mercadorias.*

*Neste sentido, impende afirmar que é irrelevante para efeito (diga-se efeito tributário) de incidência do ICMS, se nas etapas de circulação de mercadorias haja ou não transferência de propriedade, bastando, assim, a circulação tendente a encaminhar o bem para seu consumo final.*

*(...)*

*Com efeito, é possível afirmar que a saída de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, não é uma simples movimentação de mercadoria, mas, isto sim, um fato econômico, que possui relevância jurídica tributária.*

*Contudo, em que pese os fortes argumentos urdidos pela doutrina acerca da questão, o STJ trilhou um caminho no sentido da não tributação no simples deslocamento de mercadorias entre os estabelecimentos do mesmo ente, sendo este entendimento devidamente sedimentado na Súmula 166.*

*Entretanto, não é este o problema do caso em apreço, aliás, como quis infundir o recorrente, mas, isto sim, transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, cujo deslinde não perpassa sob enfoque dado à questão pelo STJ.*

*Nesse passo, além das considerações acima alinhavadas sobre a questão de remessa de mercadorias à empresa de um mesmo contribuinte, acresce-se ao caso em análise, a questão das transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, observemos.*

*No caso das transferências interestaduais, a operação comercial engendrada da circulação econômica irradia reflexos em outro Estado Membro da Federação, tendo em vista que o ciclo econômico ao qual ficará adstrito o bem mercantil se desenrolará parte no território de um Estado, parte no outro, restando prejudicado o Estado remetente da mesma, num autêntico atentado ao princípio federativo.*

*(...)*

*Desta forma, ainda que se entenda vinculante o disposto na Súmula 166 do STJ sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (em que pese no meu entender a falta de competência desta Corte para apreciação de questão nitidamente constitucional relativa ao alcance da regra matriz Constitucional do ICMS) mesmo assim, faz-se necessário encerrar a aplicação do comando sumular apenas aos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, o que, repita-se, não é o caso dos autos.*

*Neste caso, forçoso carrear acórdão prolatado pelo próprio STJ, precisamente no Recurso Especial nº 242.338/MG, cujo alcance determinativo faz considerações sobre transferências internas e interestaduais, espancando, desta maneira, a argumentação da aplicação da Súmula 166 da própria Corte de Justiça, verbis:*

***"ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE. MAS LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 166/STJ. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.***

*... Embora possa parecer caso de incidência do referido enunciado da Súmula 166, temos que fazer distinção, pois, na hipótese dos autos, o outro estabelecimento do contribuinte, para onde foram transferidas as mercadorias, situa-se em outro Estado-membro.*

*Daí afasta-se a aplicação da súmula..."*

*Assim, enlaçando as considerações acima expostas ao caso em apreço, conclui-se restar absolutamente improcedente o pleito do recorrente neste item, cabendo o recolhimento do diferencial de alíquota, por expressa determinação constitucional e, outrossim, por motivos de lógica jurídica como acima alinhavado.*

(...)

Destaco, também, que a Segunda Turma do STJ em sede de apreciação do REsp 1109298/RS, cujo Relator foi o Ministro Castro Meira (DJe 25/05/2011), decidiu pela aplicação do disposto no Art. 13, § 4º da LC 87/96, que trata especificamente da constituição da base de cálculo nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Portanto, à luz do quanto acima exposto, não merece albergue a alegação de que o ICMS não incide nas transferências interestaduais, razão pela qual as decisões trazidas pelo autuado em nada lhe socorrem.

Quanto ao fato do autuado haver ingressado com Ação Declaratória que tramita na 1ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco, este fato não repercute no presente lançamento até porque os efeitos desta ação estão circunscritos aquele Estado de Pernambuco não produzindo efeitos a questões inerentes ao Estado da Bahia.

No que diz respeito a alegação do autuado de que recolheu equivocadamente valores indevidos de ICMS, esta é uma questão que não cabe a este Conselho de Fazenda se pronunciar por não ser o foro adequado para este tipo de análise por envolver suposta solicitação de restituição de indébito.

Isto posto, mantenho a exigência do imposto no valor de R\$8.932,36 referente a infração 02.

Em conclusão voto pela Procedência do presente Auto de Infração, no valor de R\$55.950,04.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293873.3003/16-3** lavrado contra **RMR – AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO DE CEREAIS – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.950,04**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, incisos II “f” e “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de novembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/ RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA