

A. I. N° - 232903.0022/21-3
AUTUADO - LOJAS SIMONETTI LTDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/07/2025

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0141-04/25-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS DE DEMERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Acatada parcialmente a alegação defensiva. Excluídas as operações que se relacionam a transferências de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, dentro do próprio Estado da Bahia com base na Súmula 08 deste Conselho. Não acolhidas as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/06/2021, para exigir ICMS no valor de R\$ 1.775.765,12, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso III da Lei 7.014/96, pela constatação da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 003.002.005: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*.

O autuado através de advogado habilitado ingressa com defesa, fls. 15 a 21, inicialmente fala sobre a tempestividade da apresentação da mesma. Em seguida ressalta que o processo administrativo é totalmente revestido e instituído pelo princípio da legalidade, conforme preceitua a Carta Magna em seu artigo 37, cujo teor copiou, assim como o artigo 2º do RPAF.

Diz que o legislador Baiano quis assegurar ao contribuinte um tratamento justo, digno e igualitário no processo administrativo o que remete aos princípios de direito que invoca necessariamente a Constituição Federal/88, marco histórico da nova era democrática que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o Estado Democrático de Direito.

Assim, o processo administrativo deverá atender a alguns princípios, onde invoca a infração por infração conforme segue:

Em relação à Infração 01 onde teria a Autuada recolhido a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter supostamente transferido mercadorias com valor (Base de Cálculo) inferior ao valor de entradas dessas mercadorias, descumprindo assim o Inciso I do Parágrafo 7º do Artigo 17 da Lei 7014/96.

Afirma que a Autuada é uma empresa varejista e esta filial fiscalizada, trata-se de um CD – Centro de Distribuição, localizado na Cidade de Eunápolis/BA que abastece suas filiais situadas neste município e outros em seu entorno. Ou seja, a operação é realizada em estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, e que pode-se chamar tal operação de transferências entre mesmo estabelecimento.

Em se tratando de transferências para a mesma pessoa jurídica, já há muito tempo se discute se há ou não incidência de ICMS nestas transferências, uma vez que para ocorrer a incidência do ICMS, não basta somente a circulação física da mercadoria, é imprescindível a transferência de titularidade de uma pessoa para outra, ou seja, a alteração da posse jurídica da mercadoria. Isso

inclusive, já é de 1996 quando foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 166.

Questiona como se falar em erro base de cálculo, onde sequer há incidência de ICMS e muito menos fato gerador quando a transferência é entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

No Supremo Tribunal Federal, no dia 30/05/2014, tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli, na 1ª Turma, através do ARE 756636 AgR, também decidiu “que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimento comerciais do mesmo titular não caracteriza fato gerador do ICMS, ainda que estejam localizados em diferente unidade federativas”. No mesmo sentido - AI 618.947-AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 26.03.2010; RE 577.898-AgR/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe 26.6.2009; AI 481.584-AgR/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 21.8.2009; e RE 596.983- AgR/MT, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 29.5.2009.

E não para por aí, em Agosto de 2020, novamente o STF através do Recurso Extraordinário em Agravo no ARE nº 1.255.885, com repercussão geral reconhecida sob o Tema 1099 reafirmou a jurisprudência da Corte e declarou a não incidência do ICMS sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte inclusive localizados em estados distintos, formando a tese:

“Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia”.

Assim, reafirmando a não incidência de ICMS na operação de transferência, não há o que se falar em erro de base de cálculo, pois se nem incidência tem a presente operação, quiçá erro na Base de cálculo.

Ressalta que a competência para determinar a base de cálculo de tributo é a Lei Complementar, conforme se extrai do Artigo 146, III, “a” da Constituição Federal. A base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias foi regulamentada pela Lei Complementar nº 87/1996, em seu art. 13, § 4º.

Desta forma, todo arcabouço legislativo referente a base de cálculo, está aqui exposto, e nenhum deles traz consigo a forma pela qual o Autuante faz o cálculo. Diante disso, e que se requer a improcedência do presente Auto de Infração.

Acrescenta que no presente caso, mesmo se superadas todas as argumentações acima expostas, o que se admite apenas por amor ao debate, no caso em tela, a operação é interna, e com isso a seu ver a autuação torna-se inócua nestas transferências, pois como o Autuante quis transparecer que o valor foi menor do que deveria ser, e refez o cálculo excluindo os impostos recuperáveis no caso o ICMS.

Com isso, o crédito na filial do mesmo contribuinte também foi menor, e como essa filial faz venda para consumidor final, com o valor maior ao ter o crédito menor pagou valor maior de ICMS na última saída, sendo assim, não há o que se falar em infração e qualquer prejuízo ao Erário Público Estadual.

Para comprovar sua alegação indica um produto inserido no Demonstrativo – Débito a menor – Transferência de mercadorias abaixo do custo – Lista de notas fiscais/itens, que é o Produto – COLCHOBOX ACOPLADO BLCK 88 X 54, Emissão da Nota Saída 02/01/2020, nº 33574, valor R\$ 157,00, onde o Autuante trouxe a seguinte razão:

Onde o valor da Transferência foi de	R\$ 157,00
O Autuante disse que deveria ser	<u>R\$ 168,48</u>
Diferença de	R\$ 11,49 x 18% = R\$ 2,07

Mas a venda deste produto na outra Filial da Autuada foi no valor de R\$ 299,00, ou seja, valor superior ao da transferência, e com isso, no seu entender, não há nenhum prejuízo de recolhimento de ICMS ao Estado, pois se menor a transferência interna também gera um crédito

menor, se maior o valor da transferência gera um crédito a maior, e como trata-se de operação interna e de mesmo contribuinte com a última saída em valor maior, torna-se inócua o “erro de base” alegado pelo autuante, pois sai de uma filial para outra pagar ao mesmo Estado.

Ou seja, se seguir a ótica do Autuante, que ocorreu recolhimento a menor e manter o Auto de Infração, todo esse valor ora autuado deixou de ser creditado da filial que recebeu os produtos, ou seja, paga a autuação e credita todos os valores as filiais receptoras. Ora, seria “enxugar gelo” a nosso entender.

Para comprovar todas as saídas de vendas de valor superior das transferências alegadas pelo Autuante, informa estar anexando duas planilhas de cada ano autuado, onde uma traz a transferência e logo abaixo a venda com valor superior a entrada comprovante o recolhimento integral do ICMS, e outra com os dados das notas fiscais de saídas com as respectivas chaves para consulta se necessário.

Diante o exposto, requer o acolhimento dos seus argumentos descritos acima, para que ao final o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente em todos os seus termos, como medida de JUSTIÇA.

Às fls. 35/37 foi anexada a Informação fiscal onde o autuante afirma que de acordo com demonstrativo, parte integrante da infração, que a empresa estava fazendo transferência, em valores inferiores aos correspondentes às entradas mais recentes de mercadorias, como também em algumas operações, não procedeu a inclusão do valor do imposto devido, na base de cálculo, portanto transferidas mercadorias abaixo do custo real.

Com essa pratica realizada pelo autuado, em proceder transferências em valores abaixo da última entrada, estava proporcionando ao mesmo, um acúmulo de crédito do imposto, na sua apuração, pois as suas saídas em transferências eram em valores abaixo das suas operações de entrada.

Dessa forma, em 36 meses, correspondente aos exercícios fiscalizados de 2018, 2019 e 2020, o contribuinte, teve apenas débito do imposto em três meses, em todo esse período. Portanto, uma situação de anormalidade para qualquer contribuinte que tem sua atividade normal.

Diante dessa constatação procedeu o cruzamento entre os valores das últimas entradas com a suas saídas em transferência, resultando na lavratura do presente auto.

Destaca ainda, que não se trata de uma pratica em poucas operações, conforme pode ser constatado no levantamento fiscal, anexo II, tal situação ocorreu em 151.406, produtos transferidos.

Quanto a alegação de que no estabelecimento receptor da transferência, praticou preços superiores ao valor transferido, entende que essa é a pratica normal do comercio, pois em uma atividade regular o contribuinte tem que ter um MVA, para que possa cobrir com seus custos, além de ser remunerado pela sua atividade, não justificando a pratica de transferências em valores inferiores as das últimas entradas.

Ressalta que o contribuinte em outras quatro filiais do grupo, fiscalizadas por esse preposto, no primeiro trimestre de 2021, em todas filiais foram apuradas essa mesma irregularidade, sendo tal infração reconhecida pelo contribuinte, inclusive essa mesma filial foi autuada no exercício de 2017, no valor de R\$ 3.664.427,13, tendo sido reconhecido pelo contribuinte e pago integralmente o auto de infração nº 2329030006/21-8.

Salienta que não cabe a essa fiscalização, tecer comentários sobre decisões Judiciais, se pautando apenas ao que estabelece a nossa Legislação e mantém na integralidade a autuação.

Considerando o disposto na Súmula 08 deste Conselho: “*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”.

Considerando que após verificar o demonstrativo que deu respaldo ao presente lançamento,

composto de 2.705 folhas e inserido no CD de fl. 12 foi constatado que se trata de transferência realizadas para filiais estabelecidas neste estado e em outros estados da Federação.

Na sessão suplementar realizada em 28 de junho de 2022 os membros desta 4ª JF decidiram pela conversão do processo em diligência para que o autuante elaborasse 02 demonstrativos, nos mesmos moldes da inicial, um indicando as operações de transferências destinadas a este Estado e outro apontando as transferências interestaduais.

O autuante à fl. 50 disse que em atendimento ao solicitado confeccionou arquivo em Excel, onde apresenta separadamente, os Demonstrativos das operações internas e das interestaduais.

Ressaltou que apesar do descrito na diligência em relação a Súmula 08 do CONSEF, trata-se de operações, onde o contribuinte utilizou nas operações de transferência, base de cálculo inferior as suas entradas, mas recentes, sendo essas entradas oriundas, na sua quase totalidade, de estabelecimentos do contribuinte, situado em outra unidade da federação.

Destacou ainda, que a presente autuação, teve como base legal, o que estabelece a Lei 7.014/96, Art. 17, § 7º e § 8º, em ambos parágrafos no seu inciso I. A não observância do que estabelece o referido artigo, possibilitou ao contribuinte, acumular crédito fiscal, conforme já descrito na Informação Fiscal.

Entende ser necessária uma análise criteriosa da aplicação da referida Súmula, nesse caso específico, em detrimento ao que estabelece a Lei 7.014/96, bem como por existir operações, realizadas antes da publicação da mesma.

Em 20 de maio de 2025 o processo foi encaminhado a esta Relatora para prosseguimento da instrução e posterior julgamento.

Registro o comparecimento à sessão virtual de julgamento, realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Victor Orletti Gadioli, OAB/BA nº 17.384, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Inicialmente observo que a acusação está posta de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação; o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito. O enquadramento legal da infração e respectiva penalidade foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal inserido no CD de fl.12, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se.

Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos, em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, a acusação objeto do presente lançamento está assim descrita: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*.

Na apresentação da defesa o sujeito passivo diz que está sendo acusado de ter transferido mercadorias com valor da Base de Cálculo inferior ao valor de entradas dessas mercadorias, descumprindo assim o Inciso I do Parágrafo 7º do Artigo 17 da Lei 7014/96.

Diz ser uma empresa filial varejista, atuando como um Centro de Distribuição- CD, localizado na cidade de Eunápolis que abastece suas filiais situadas neste município e outros em seu entorno. Portanto, trata-se de transferências para a mesma pessoa jurídica, não ocorrendo a incidência do ICMS, conforme sumulado através da Súmula 166 e mais recentemente através do Recurso Extraordinário em Agravo no ARE nº 1.255.885.

Assevera que as operações autuadas são internas, e ao seu entender, a autuação torna-se inócua nestas transferências, pois como o Autuante quis transparecer que o valor foi menor do que deveria ser, e refez o cálculo excluindo os impostos recuperáveis no caso o ICMS. Com isso, o crédito na sua filial, que faz venda para consumidor final, em valor superior, também foi menor, resultando em pagamento a maior do ICMS, na filial recebedora, não havendo o que se falar em infração e qualquer prejuízo ao Erário Público.

Citou como exemplo a Nota fiscal de Saída nº 33574, com data de emissão em 02/01/2020, referente ao produto COLCHOBX ACOPLADO BLCK 88 X 54, no valor R\$ 157,00, onde o Autuante trouxe a seguinte razão:

- valor da Transferência (N. Fiscal):	R\$ 157,00
-valor considerado pelo autuante:	<u>R\$ 168,48</u>
Diferença de	R\$ 11,49 x 18% = R\$ 2,07

Destaca que a venda deste produto na outra Filial da Autuada foi no valor de R\$ 299,00, ou seja, valor superior ao da transferência, e com isso, no seu entender, não há nenhum prejuízo de recolhimento de ICMS ao Estado, pois se menor a transferência interna também gera um crédito menor, se maior o valor da transferência gera um crédito a maior, e como trata-se de operação interna e de mesmo contribuinte com a última saída em valor maior, torna-se inócua o “erro de base” alegado pelo autuante.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal não concordou com o argumento defensivo, e esta Relatora, após verificação no demonstrativo que deu respaldo ao presente lançamento, composto de 2.705 folhas e inserido no CD de fl. 12 foi constatado que, de fato, se trata de transferência realizadas para filiais estabelecidas neste estado e em outros estados da Federação.

Assim é que o processo foi convertido em diligência para que o autuante elaborasse 02 demonstrativos, nos mesmos moldes da inicial, um indicando as operações de transferências destinadas a este Estado e outro apontando as transferências interestaduais.

Em atendimento ao quanto solicitado o autuante elaborou os demonstrativos inseridos no CD de fl. 51, onde se verifica que durante o período autuado os valores relativos às transferências internas somam o total de R\$ 1.766,077,41, que devem ser excluídos da autuação, face ao disposto na Súmula nº 08, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, que assim estabelece: “*não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.*”.

Consequentemente, não há que se arguir erro na determinação da base de cálculo do imposto nas operações de transferência entre estabelecimento do mesmo contribuinte, vez que não há a incidência de ICMS nessas operações internas.

Quanto as transferências interestaduais o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1255885 e da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 49, fixou a tese de que não há a incidência do ICMS na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, referendando o entendimento do STJ, consubstanciado na Súmula nº 166, sobre a matéria.

Ao julgar os Embargos de Declaração opostos nos autos da ADC 49, o Supremo modulou os efeitos da decisão para que a declaração de inconstitucionalidade produzisse efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito (29/04/2021).

A modulação foi reforçada quando do julgamento pelo STF do RE 1490708 (Tema 1367), no qual firmou, em sede de repercussão geral, a seguinte tese:

“A não incidência de ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, estabelecida no Tema 1.099/RG e na ADC 49, tem efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito da ADC 49 (29.04.2021)”.

Portanto, como o Auto de Infração foi lavrado em 21/06/2021 e inexistem processos administrativos ou judiciais, do sujeito passivo pendentes de conclusão até 29/04/2021, ditas operações são tributadas, e no caso presente restou comprovado que o autuado efetuou transferências de mercadorias interestaduais com base de cálculo inferior a estabelecida no art. 17 § 8º da Lei 7.014/96 que assim dispõe:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

(.....)

§ 8º Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente. § 8º Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Dessa forma, devem ser mantidos os valores relativos às operações interestaduais apurados pelo autuante, em atendimento a diligência requerida por este órgão julgador inserida no CD de fl. 51 que totaliza o montante de R\$ 9.687,71.

MÊS / ANO	VALOR JULGADO
JANEIRO / 2018	4.671,50
FEVEREIRO / 2018	3.574,35
MARÇO / 2018	573,96
ABRIL / 2018	16,81
MAIO / 2018	19,79
JUNHO / 2018	7,93
JULHO / 2018	65,51
AGOSTO / 2018	22,72
SETEMBRO / 2018	25,35
OUTUBRO / 2018	44,81
NOVEMBRO / 2018	46,11
DEZEMBRO / 2018	52,92
JANEIRO / 2019	167,15
FEVEREIRO / 2019	24,60
MARÇO / 2019	42,79
ABRIL / 2019	183,98
MAIO / 2019	57,60
JUNHO / 2019	15,04
JULHO / 2019	7,14
AGOSTO / 2019	1,44
SETEMBRO / 2019	4,81
OUTUBRO / 2019	1,74
DEZEMBRO / 2019	19,06
JULHO / 2020	2,24
AGOSTO / 2020	9,78
OUTUBRO / 2020	7,89
DEZEMBRO / 2020	20,69
TOTAL	9.687,71

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232903.0022/21-3**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.687,71**, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2025.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR