

A.I. Nº - 089643.0072/19-3  
AUTUADO - BARÃO SERRO AZUL TRANSPORTES LTDA.  
AUTUANTE - WERTHER PEREIRA DA SILVA  
ORIGEM - IFMT – NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/08/2020

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0133-02/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Inaplicabilidade da Súmula 166 do STF. Contribuinte descredenciado para efetuar o pagamento do ICMS antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias no Estado da Bahia, previsto no art. 332, §2º. Mercadorias comercializadas estão excepcionalizada da regra. Comprovada que a atividade econômica da subclasse 4639-7/02 compreende as atividades de condicionamento e fracionamento de produtos alimentícios, realizadas pela própria unidade comercial atacadista, não pode ser considerada uma atividade industrial. Afastadas as preliminares de nulidade. Excluído parte dos valores exigidos neste PAF em razão deles serem motivo de outra autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 08/09/2019, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$83.833,69, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração a seguir.

**INFRAÇÃO 01 – 07.15.01** – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, apurada no período de junho e agosto de 2019.

No campo Descrição dos Fatos o autuante informa que “...o contribuinte, na condição de descredenciado, deixou de efetuar tempestivamente recolhimento de ICMS sobre Antecipação Parcial das mercadorias constantes nas Notas Fiscais Eletrônicas, elencadas no DEMONSTRATIVO DE BASE DE CÁLCULO, juntamente com as referidas notas fiscais e apensadas a este processo fiscal”.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 28 a 49, onde após relatar os fatos, afirma que a exigência fiscal é indevida, pois, todas as operações arroladas no levantamento são transferências de mercadorias destinada à sua filial de Feira em Santana-BA, para o processo de industrialização e fracionamento.

Assegura que consoante fundamentação preliminar ou, por ocasião da análise do mérito, restará demonstrado que a exigência fiscal deverá ser cancelada por nulidade do lançamento em razão

de violar ao mesmo tempo a SÚMULA 166 do Superior Tribunal de Justiça assim como ter sido intimada através de endereço não cadastrado no domicílio tributário.

Explica que o Código Tributário do Estado da Bahia no seu art. 129, prevê que a exigência de crédito tributário será feita através de auto de infração para lançamento de ofício quando o valor do crédito for igual ou superior a R\$10.000,00, exigindo a intimação do sujeito passivo para pagamento do débito ou apresentação de defesa no prazo estipulado.

Acrescenta que o Decreto nº 7.629/99 – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, além de disciplinar o processo administrativo fiscal também estabelece e disciplina a formalidade que devem conter os procedimentos administrativos donde observa algumas irregularidades, pois, no seu art. 38, que reproduz, prevê o encaminhamento de auto de infração ao contribuinte que será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a dez mil reais, sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

Pontua que mais adiante em seu art. 108, o decreto estipula as modalidades de intimação do sujeito passivo, podendo ser realizada pessoalmente, via postal, ou por meio eletrônico.

Relata que não foi devidamente notificado na pessoa de seu representante legal, conforme determina o citado decreto, ofendendo diretamente o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a intimação da lavratura do auto de infração foi encaminhado ao endereço da sócia LESLIE PAULA GAZOLI, distinto do endereço cadastrado junto a SEFAZ ou de seu representante, cujo endereço é: Rodovia BR 101, Humildes, Feira de Santana – BA, CEP: 44.135-000, para o qual caberia a SEFAZ enviar a intimação. No entanto, não o fez, se limitando a informar que o contribuinte não foi localizado no endereço informado.

Adverte que caso impossibilitada de proceder a intimação no endereço do contribuinte, caberia a SEFAZ encaminhar a notificação para o endereço de seu representante legal como prevê o RPAF, ou seja, a intimação deveria ter sido encaminhada à administradora LUCÉLIA MARIA SERRARBO DOS SANTOS, residente e domiciliada na Rua Pedro Talarico, 1.142, Vila Talarico, São Paulo-SP, CEP 03534-000.

No entanto, a SEFAZ encaminhou a notificação para pessoa sem capacidade para recebimento da autuação, por se tratar de sócia que não responde pela empresa, cujo endereço sequer corresponde ao seu endereço.

Com base nos fatos, argumenta que independente da forma, é imprescindível que seja feita a intimação acerca da infração e, portanto, argui em preliminar, a ausência de elementos fundamentais ao contribuinte no tocante a oportunidade de recolhimento tributário; retificação dos valores lançados; defesa em processo fiscal, já que não há notificação ou intimação ao contribuinte, não lhe restou oportunizado eventual regularização ou justificativa a ausência do pagamento, e aponta a ausência de fato gerador, portanto, entende que não justifica a tributação imposta pela autuação.

É nesta linha de raciocínio, que transcreve doutrina de Hely Lopes Meirelles.

Conclui que o lançamento pretende exigir o crédito tributário, porém, não demonstra a ocorrência do fato gerador.

Requer o acolhimento da fundamentação para cancelamento da autuação por nulidade absoluta, conforme previsto no art. 18, inc. II, do Decreto nº 7.629/99, visto que houve preterição do direito de defesa e, caso, assim não se entenda, pede que seja restituído integralmente o prazo de defesa.

Ressalta que o auto de infração é um ato que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e que obedeça à forma prescrita ou não, defesa em lei, conforme art. 104 do Código Civil. E mais, é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública, que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada,

segundo as exatas prescrições da lei, devendo o auto de infração conter os exatos e precisos ditames determinados no RPAF – Decreto nº 7.629/99.

Acrescenta que o presente lançamento contém vícios, dentre os quais, o descumprimento dos requisitos elencados no art. 39 e art. 51 acarretando, por certo, a nulidade do ato e ferindo de morte a validade do ato administrativo, por entender ser impossível retificar posteriormente o erro, uma vez que as condições materiais já não mais permanecem, fato que torna o auto de infração em um documento sem qualquer valor, porque sendo nulo não pode gerar qualquer efeito jurídico relevante.

Transcreve doutrina sobre a Teoria das Nulidades defendida pelo Professor Hely Lopes Meirelles e salienta que no caso em análise, a nulidade está presente na violação ao direito de defesa, consubstanciada no fato da notificação não apresentar os elementos mínimos exigidos para o auto de infração e notificação fiscal, “esculpidos no art. 39 e 51 do RPAF”, o que dificulta a apresentação de defesa.

Afirma que o auto de infração não apresenta fatos verídicos, ferindo o que dispõe o art. 39, inc. III do RPAF, pois a descrição dos fatos constante na notificação aponta como causa da infração a falta de antecipação do imposto por contribuinte descredenciado, antes da entrada na primeira repartição fazendária do Estado da Bahia, de mercadorias para fins de comercialização.

Justifica que, no entanto, encontra-se com a situação cadastral ATIVA desde 30/08/2019, ou seja, devidamente credenciado junto a SEFAZ/BA, para o regime de apuração de ICMS em conta corrente fiscal, conforme extrato do SINTEGRA, que plota.

Acrescenta que o auto de infração apresenta o enquadramento legal incompleto, na medida em que não indica os fundamentos da antecipação tributária, trazendo apenas a previsão do prazo de recolhimento do imposto, art. 332, inc. III alíneas “a” e “d”, o local do recolhimento do imposto, art. 32 “da Lei 13.780/12”, e por último a previsão das penalidades, “art. 40 da Lei 13.780/12”.

Portanto, entende que o enquadramento legal é alheio ao caso em questão, não servindo de suporte para a autuação.

Ressalta que o regulamento do ICMS da Bahia não possui competência para criar obrigação, pois, não pode criar direitos ou obrigações, estabelecer sanções ou penas não previstos em lei, cuja função é executar fielmente a lei, não podendo aportar à ordem jurídica direito ou obrigação que já não estejam na lei previamente previstos, isto é, nela delineados, ao menos pela indicação dos critérios e balizamentos indispensáveis para o reconhecimento de suas composturas básicas.

Assim, o RICMS/BA não pode impor ao contribuinte a obrigação de antecipar parcial ou integralmente o ICMS antes da entrada da mercadoria no Estado. Ademais, as notas fiscais anexas ao auto de infração são todas, notas fiscais de transferências com o fim de industrialização realizada entre estabelecimentos do mesmo remetente, sendo que sobre tais operações não incide ICMS, conforme restará demonstrado em tópico específico.

Entende, pelas razões expostas, que o auto de infração é nulo de pleno direito, pois não apresenta os elementos mínimos “esculpidos no art. 39 e 51 do RPAF”, capazes de possibilitar ao contribuinte o conhecimento da origem da infração, e apresentar uma defesa firme, rebatendo os argumentos do auto.

E, portanto, tratando-se de um ato administrativo praticado em desconformidade com as prescrições em seu procedimento formativo, deve ser decretado nulo, afastando seus efeitos.

Ressalta que a ilegalidade da exigência, com base no regulamento, surge a partir da imposição do art. 332, do RICMS, obrigando que o contribuinte antecipe parcial ou integralmente o ICMS antes da entrada da mercadoria no Estado, pela ausência de “cadastro no CADASTRO DE CONTRIBUINTE DO ICMS DO ESTADO DA BAHIA por mais de 06 (seis) meses, para obtenção de prazo para recolhimento do ICMS”.

Diz que o RICMS editado pelo Estado da Bahia impõe obrigações ao contribuinte que vão além das disposições legais do Código Tributário Nacional e da Lei nº 7.014/96, na medida em que

exige o credenciamento a mais de seis meses, como forma de obtenção de prazo para pagamento do ICMS, obrigando que o contribuinte antecipe parcial ou integralmente o ICMS, pois, entende que o mesmo não tem competência para criar obrigação, em razão da vedação em criar direitos ou obrigações, estabelecer sanções ou penas não previstos em lei.

Leciona que Constituição Federal prevê a edição de regulamentos apenas e tão somente como garantia a fiel execução da lei. Dessa forma, o regulamento destina-se apenas a esclarecer os dispositivos legalmente previstos, através de normas complementares à lei, garantindo, assim, a sua fiel execução.

Destaca que regulamento é ato subordinado e dependente da lei, características estas impostas pelo princípio da legalidade, consoante lição de Hely Lopes Meirelles, assim como de Oswaldo Aranha de Mello, cujos trechos reproduz.

Pontua que em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça exarou o entendimento de ilegalidade do dispositivo que imponha obrigações ao contribuinte, conforme julgamento do REsp: 665880 RS 2004/0080326-5, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 14/02/2006, cuja ementa e parte do voto, copia.

Insiste que não sendo lei em sentido formal, não pode o regulamento criar direito novo ou obrigação nova, ou ainda criar ou expandir obrigações em obediência ao inc. II do art. 5º, da Constituição Federal, que estabelece que “*ninguém será obrigado a fazer ou, deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, o que consolida o princípio da legalidade e impede que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação, senão em virtude de lei, considerando que esta reflete a expressão da vontade geral.

Assim, conclui que o RICMS/BA não pode impor ao contribuinte a obrigação de antecipar parcial ou integralmente o ICMS antes da entrada da mercadoria no Estado, diante da ausência de cadastro.

Ao abordar o mérito, argumenta a “INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS – APLICAÇÃO DA SÚMULA 166 DO STJ”, pois, com a comprovação, que diz apresentar, de que houve uma transferência de mercadoria entre unidades da mesma empresa, não houve fato gerador, tanto do imposto quanto da multa acessória, uma vez que as notas fiscais apensadas ao auto de infração, são referentes a operações de transferência de mercadorias entre unidades do mesmo remetente com o fim exclusivo de industrialização, sendo de fácil inferência a natureza da operação descrita nas notas fiscais.

Apresenta exemplos de notas fiscais, indicando a numeração, a natureza da operação, o destinatário e remetente, e afirma que elas, demonstram que as mercadorias não foram comercializadas e sim, transferidas entre empresas da mesma titularidade.

Reproduz o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que ao tratar da antecipação tributária do ICMS, prevê nos incisos I a III, os seguintes requisitos para a cobrança do ICMS antecipação parcial: aquisição de mercadorias; operações tributárias em âmbito interestadual e destinação das mercadorias à comercialização.

Portanto, a transferência da propriedade de mercadorias entre contribuintes distintos, por força de um negócio jurídico, é que oportuniza ao fisco exercer sua prerrogativa de impor a cobrança do ICMS.

Afirma ser imprescindível que haja o preenchimento concomitante dos requisitos para que o Estado tenha a legitimidade para exigir a antecipação do pagamento do ICMS, não se aplicando no presente caso, onde os produtos transportados entre São Paulo e Bahia, não se destinam diretamente à comercialização, mas sim, a uso diverso interno, que seja a transformação em novos produtos, e, assim, não se enquadra na hipótese do art. 12-A da citada lei.

Cita que o Convenio ICMS 142/2018, que diz estar alinhado com o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, traz em sua Cláusula nona, que reproduz, as regras da substituição

tributária interestadual, determinando que a substituição tributária não se aplica em transferências interestaduais promovidas entre os estabelecimentos do mesmo remetente.

Assegura ser evidente que a conduta estatal não tem amparo legal, inclusive no citado convênio, pois a transferência de mercadorias entre unidades do mesmo contribuinte não configura fato gerador do ICMS, matéria já pacificada nos tribunais, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando editou a SÚMULA 166, que reproduz.

Frisa que após julgamento do RESP 1.125.133-SP pelo rito dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC/73, atual art. 1.036 do novo CPC, reafirmou a soberania de seu entendimento quanto a matéria, inclusive acolhendo os ensinamentos de Carrazza.

Ressalta que os Tribunais Superiores já pacificaram entendimento no sentido de que, a mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando não há a efetiva transferência de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS de forma antecipada por substituição tributária.

Observa que os documentos apensos, demonstram que houve emissão de nota fiscal de transferência de mercadoria e despacho entre a sede e a filial, onde não se aplica a exigência de imposto, conforme Convênio ICMS 142/2018.

Entende que não praticou operações sujeitas a tributação do ICMS e, assim, se diz injustamente tributada por algo inexistente.

Reclama, ante a injustiça ocorrida, e pleiteia pelo acolhimento das razões expostas.

Ao referir-se a multa, descrita no art. 42 da Lei nº 7.014/96, que, supostamente estaria configurada a infração descrita no inciso II, alínea "d" que reproduz, diz que a penalidade deverá ser imposta ao contribuinte, apenas nos casos em que o ICMS é devido, ou seja, teve seu fato gerador configurado, porém, o contribuinte não o recolheu tempestivamente.

Observa que a imposição de multa é indevida, uma vez que não restou configurado o fato gerador do ICMS, pois a ocorrência deste se daria apenas com a saída da mercadoria do estabelecimento industrializador, conforme o art. 4º, inc. VII da Lei nº 7.014/96..

Ressalta que a multa é obrigação acessória e o recolhimento do ICMS a obrigação principal, razão pela qual a multa apenas poderá ser cobrada do contribuinte quando este descumprir a obrigação principal, conforme a máxima do Direito Civil, "*o acessório segue o principal*", prevista no art. 92 do CÓDIGO CIVIL vigente.

Assim, entende não haver razão para a imposição de multa, uma vez que sequer há a existência da obrigação principal de recolher o ICMS.

Afirma que as NF-e 004 e 023 são objeto de auto de infração em apartado, cada qual com sua imposição da alíquota do ICMS e da multa tributária: a NF-e 004 objeto do auto de infração 1525210028/19-8 e a NF-e 023 objeto do auto de infração 2107650499/19-5, reproduzindo figuras dos mesmos.

Diz que o presente auto de infração procede a uma nova cobrança do ICMS sobre as notas fiscais já autuadas com a alíquota de 18% e a multa de 60%, na medida em que no demonstrativo de débito inclui as ocorrências para o período de julho a agosto sem "*desconsiderar os autos já realizados no posto fiscal*", conduta que diz caracterizar *bis in idem*, ou seja, tributa algo que já foi tributado pelo fisco, conduta vedada no ordenamento jurídico, que embora não expressamente declarada na Constituição Federal, a vedação é norma jurídica positivada no sistema constitucional brasileiro.

Conclui que por tal razão, não deve ser imposta nova cobrança de ICMS sobre as operações realizadas com as NF-e 004 e 023, incluídas nos autos de infração citados, cuja defesa administrativa inclusive, já foi apresentada.

Repisa que o lançamento apresenta o enquadramento legal incompleto, na medida em que não demonstra os fundamentos da antecipação tributária, a fundamentação dos autos, trazendo

apenas a previsão do prazo de recolhimento do imposto e por último a previsão das infrações e penalidades, uma vez que o enquadramento legal é desprovido da fundamentação do recolhimento do ICMS em regime de substituição tributária por antecipação, não há os fundamentos da caracterização do fato gerador, fazendo menção apenas a dispositivos legais alheios ao caso em questão.

Reafirma que o auto de infração é nulo de pleno direito, pois não apresenta os elementos mínimos “esculpidos no art. 39 e 51 do RPAF”, não apresentando os elementos mínimos capazes de possibilitar ao contribuinte o conhecimento da origem da infração, e apresentar uma defesa firme rebatendo os argumentos do auto.

Lembra que a exigibilidade do tributo cobrado restará suspenso, visto o disciplinado pelo art. 151, inc. III do CTN, que transcreve, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa e a propositura de execução fiscal até que seu julgue em definitivo esta impugnação.

Requer a declaração de nulidade do auto de infração. Pede também que seja afastada a cobrança de ICMS sobre as NF-e 004 e 023, haja vista que estas já foram incluídas em outros autos de infração e que seja concedido o efeito suspensivo a fim de suspender a exigibilidade do tributo, conforme art. 151 do CTN e art. 62, inc. I do RPAF.

Pugna por fim, que toda e qualquer intimação seja exclusivamente feita através do procurador por via postal com aviso de recebimento sob pena de nulidade, para tanto informa como tal, o Sr. Jhonathas Aparecido Guimarães Sucupira, advogado inscrito na OAB/SP 349.850, no endereço que indica.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 107 a 110, onde após transcrever resumidamente os argumentos da defesa, afirma que no mérito, o lançamento contemplou aquisições de mercadorias em outras unidades da federação para comercialização, por contribuinte descredenciado, por não ter efetuado o recolhimento do ICMS tempestivamente, no período de 01/07/2019 a 16/08/2019.

Registra que a cobrança do tributo que trata o auto de infração, está amparado no art. 332 inc. III, § 2º inc. I, do Regulamento do ICMS da Bahia e art. 12-A da Lei nº 7.014/96, reproduzidos.

Relata que a autuada não possuía seis meses de inscrito no CAD-ICMS quando da autuação, logo, há fato que subsidia o lançamento tributário, uma vez que a mesma deveria ter efetuado o pagamento do ICMS das mercadorias adquiridas para comercialização: açúcar e farinha de trigo, antes da entrada das mesmas no território deste estado.

Reproduz os argumentos da defesa de que a mercadoria adquirida se destina a processo de industrialização, por isso, a inexistência do fato gerador do ICMS, com base na SÚMULA 166 do STJ e que inexiste intimação do lançamento, citando os art. 38 e 108 do RPAF.

Argumentos que lembra servirem de base para o pedido de nulidade do auto de infração por não haver elementos previstos nos artigos 39, 51 e 62, inc. I do RPAF, com base no art. 151 do CTN, e ainda com fundamento no Convênio ICMS 142/2018, que prevê a não aplicação do regime de substituição tributária nas operações de transferência entre unidade do mesmo remetente.

Transcreve a SÚMULA 166 do STJ e afirma que entende que a transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular, situado em Estado diverso, expressa operação econômica tributável a ensejar a cobrança do ICMS.

Afirma que as mercadorias adquiridas pela autuada: açúcar e farinha de trigo, principalmente trigo, provém do Estado de São Paulo. Tanto o açúcar quanto a farinha de trigo não estão contempladas na substituição tributária, contudo, conforme determina as Cláusulas segunda e nona do Convenio 142/2018, transcritas.

Destaca que o Estado da Bahia não é signatário do Protocolo ICMS 46/2000, referente ao regime de substituição tributária de farinha de trigo com o Estado de São Paulo.

Ressalta que a suposta industrialização, alegada na defesa, não existe comprovação, uma vez que nas notas fiscais de venda de farinha de trigo, desde o início de sua operação mercantil,

tanto para o Estado da Bahia como para outras unidades da Federação, as vendas contemplam apenas vendas de farinha de trigo em sacas de 50Kg, assim como as adquiriu, com o mesmo peso, portanto, não houve industrialização, conforme notas fiscais de vendas apensadas.

Afirma que a intimação foi efetuada por meio de edital publicada no DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO em consonância com o art. 108, § 1º do RPAF pois, não se obteve êxito na tentativa de se localizar o contribuinte que, inclusive, foi tornado INAPTO em 21/08/2019, tendo sido incluído novamente no cadastro ativo da SEFAZ, através de Mandado de Segurança, cópia anexa, expedido pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

Aduz que não existe base legal que sustente a solicitação de nulidade do auto de infração baseado nos artigos 39 e 51 do RPAF, pois, estes foram cumpridos.

Quanto a possível ocorrência de *bis in idem* na cobrança do ICMS das notas fiscais nºs: 000.004 e 000.023 adquiridas de sua filial do Estado de São Paulo, na verdade foi efetuada a constituição de crédito tributário, portanto, se julgado procedente o auto de infração, que se excluam essas duas notas fiscais dessa constituição tributária.

Conclui que as descrições das infrações não deixam dúvida quanto aos fatos geradores nem ao que objetivamente se referem.

Ressalta que a autuada até a data da informação fiscal, se encontra descredenciada.

Dessa forma, nos termos da presente informação e dos fundamentos expedidos, a autuação fiscal deve ser julgada integralmente procedente.

É o relatório.

## VOTO

Versa o presente auto de infração sobre uma única infração, arrolada pela fiscalização ao contribuinte por deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a revenda, tempestivamente impugnada.

Inicialmente é relevante registrar que a autuada encontra-se inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia – CAD-ICMS na condição NORMAL, apura o imposto na sistemática de CONTA CORRENTE FISCAL e exerce a atividade econômica principal 4639-7/02 – COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM GERAL, COM ATIVIDADE DE FRACIONAMENTO E ACONDICIONAMENTO ASSOCIADA, além das duas atividades consideradas como secundárias: 4639-7/01 – COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM GERAL e 4930-20/2 – TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA, EXCETO PRODUTOS PERIGOSOS E MUDANÇAS, INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL, tendo sido incluído no CAD-ICMS em 05/06/2019.

Consta declarado pelo contribuinte e registrado no CAD-ICMS, como endereço para correspondência o mesmo endereço do contribuinte, ou seja, Rodovia BR 101, s/nº, Distrito de Humildes, Feira de Santana-BA – CEP: 44135-000, tendo como contador o Sr. Sergio Luis Miranda, estabelecido na cidade de Paranavaí-PR.

Estão apensos aos autos: comprovante de consulta aos registros cadastrais da SEFAZ, fl. 04, comprovando que a autuada em 28/08/2019, encontrava-se na condição de DESCREDENCIADO, tendo especificado como motivo, o fato da mesma ter iniciado suas atividades a menos de seis meses; Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, fl. 05, datada de 29/08/2019, onde incluir-se a informação: “*Contribuinte não localizado no endereço informado*”; Levantamento Fiscal referente a apuração do imposto exigido, fl. 06 e cópias das notas fiscais eletrônicas arroladas no levantamento, fls. 07 a 17.

Verifico que à fl. 19, encontra-se anexo a intimação da lavratura do auto de infração, emitida em 17/09/2019 pelo SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – SIGAT, tendo sido inicialmente endereçada à Sra. Lucélia Maria Serrabo Santos, no endereço na cidade de São Paulo, fl. 20, tendo sido devolvida pelo CORREIOS sob a justificativa de que a destinatária é “*Desconhecida*”.

À fl. 21, a mesma intimação foi remetida para a autuada no endereço cadastrado no CAD-ICMS, indicado como seu endereço para correspondência, sendo a mesma também foi devolvida pelo CORREIOS com a justificativa de “*Não Procurado*”.

Na terceira tentativa, fl. 22, a intimação foi remetida para a sócia Leslie Paula Gazoli, cadastrada como sócia administradora, no endereço localizado na cidade de Maringá-PR, tendo sido também devolvida pelos CORREIOS sob a justificativa de que a destinatária “*Mudou-se*”.

Em 12/11/2019, depois das três tentativas de entregar a intimação, a Administração Tributária optou pela via editalícia, publicando no DIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA do dia 12/11/2019, o Edital de Intimação nº 11/2019, fls. 23 a 25, onde a autuada foi intimada a apresentar defesa ou quitar o débito referente ao auto de infração.

À fl. 26, encontra-se anexado o comprovante de entrega da intimação, recebida por Mônica Gazolli em 11/10/2019, endereçada à Sra. Leslie Paula Gazoli, no endereço localizado na cidade de Maringá-PR.

A defesa apresentada em 12/12/2019, atesta que o contribuinte recebeu a intimação, tomou conhecimento integral da acusação e recebeu os documentos que serviram de base ao lançamento, para impugná-lo.

Ressalto que a informação do contribuinte de que a intimação foi procedida em endereço não cadastrado no domicílio tributário, não tem qualquer respaldo, haja vista que nos autos não consta comprovação de remessa de correspondência, intimação ou notificação, via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, até porque, na data de lavratura no auto de infração, em 08/09/2019, o contribuinte não possuía o DT-e cadastrado na SEFAZ, conforme informação constante no Sistema INC.

#### Resumo Fiscal Completo

|   |  |                         |
|---|--|-------------------------|
| Unidade de Atendimento: SGF/DIRAT/GERAP/CORAP NORTE   | Unidade de Fiscalização: INFRAZ CENTRO NORTE |                         |
| Inscrição Estadual: 158627560   | CNPJ/CPF: 31.332.176/0002-55                 | Simples Nacional : Não  |
| Razão Social: BARAO DE SERRO AZUL TRANSPORTE LTDA   |  |                         |
| Situação: ATIVO   | Motivo:                                      | Condição: NORMAL        |
| CNAE-Fiscal: 4639702 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, com atividade de fracionamento e acondi | Tel. Empresa: (11) 91131515                  |                         |
| Contador: SERGIO LUIS MIRANDA   | CRC: 44501-PR/O                              | Telefone: (44) 34230642 |
| Porte: Pequenas Empresas Conta Corre  | Data Inclusão: 05/06/2019                    | Opção Simples Nacional: |
| Situação Projetada:   | Condição Projetada:                          |                         |
|   | Micro Empreendedor Individual: Não           |                         |

24) Data da Emissão da 1ª Nota Fiscal Eletrônica 10/07/2019

25) É beneficiário do Decreto 7.799/00? Não

26) Tem conta domicílio eletrônico ativa? Sim Data de ativação: 16/09/2019 10:44:00

Após o relato cronológico dos fatos tendentes a científicar o sujeito passivo da lavratura do auto de infração, cabe analisar as arguições de nulidades suscitadas na defesa, o que passo a fazê-lo.

Na primeira, o sujeito passivo argumenta que foi intimada em endereço não cadastrado no domicílio tributário.

Pelos fatos já relatados linhas acima, o órgão preparador do presente Processo Administrativo Fiscal, tentou de todas as formas previstas no art. 108, §1º do RPAF/99, *in verbis*.

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

A intimação via edital publicado no DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO, somente foi adotada, depois de três tentativas, sem contar o fato do autuante, na fase de intimação do contribuinte para entrega de documentos, não localizou o endereço do mesmo constante no CAD-ICMS, sendo este o ultimo procedimento a ser adotado após a tentativa de intimação pessoal e por vis postal sem sucesso, conforme art. 108 do RPAF/99.

Ressalto que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, não fere o princípio da legalidade ao dispor sobre as regras referentes as modalidades de intimação do sujeito passivo, consoante art. 131 da Lei nº 3.956/81 – COTEB, que assim prevê: “Art. 131. O regulamento disporá a respeito das modalidades de intimação do sujeito passivo”.

Portanto, o RPAF/99, ao estabelecer tais regras, não extrapolou os limites estabelecidos na lei, limitando-se a cumprir o que por ela foi determinado.

Ainda sobre o tema, a defesa argumenta que não foi devidamente notificado na pessoa do seu representante legal, fato que ofenderia o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Neste aspecto, registro que a autuada é pessoa jurídica, constituída sob as normas de sociedade de responsabilidade limitada.

Entende-se por sociedade limitada, aquela formada por duas ou mais pessoas que se responsabilizam solidariamente de forma limitada ao valor de suas quotas pela integralização do capital social e apresenta regras e várias características, tendo como elemento fundamental o contrato social.

A responsabilidade tributária é tratada pelo Código Tributário Nacional, de forma ampla, que se dá com a submissão de determinada pessoa ao direito do fisco de cobrar a prestação da obrigação tributária e no sentido estrito, a responsabilidade ocorre com a submissão em virtude de disposição legal expressa, de certa pessoa que não é contribuinte mas que está ligada com o fato gerador da obrigação tributária, dando pleno direito ao fisco de exigir a respectiva prestação.

Ademais, o art. 110 do RPAF/99, determina que:

*Art. 110. Sempre que for dada ciência ao contribuinte ou responsável tributário acerca de qualquer fato ou exigência fiscal, a assinatura do sujeito passivo, seu representante ou preposto no instrumento correspondente valerá apenas como “recibo” ou “ciente”, visando a documentar sua ciência acerca do fato ou do procedimento fiscal, não implicando concordância ou confissão quanto ao teor do fato comunicado ou da exigência feita. (Grifo nosso.)*

Ou seja, o regulamento contempla claramente no rol de possíveis pessoas a serem intimados acerca de qualquer fato ou exigência fiscal, os responsáveis tributários, no caso, os sócios, de modo que a intimação encaminhada e recebida por uma das sócias da empresa, não foi irregular, devendo produzir todos os efeitos jurídicos do ato, inexistindo qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A defesa indica como procedimento correto a ser adotado, a intimação endereçada a sócia Lucélia Maria Serrarbo dos Santos, cujo endereço indica, sendo que a primeira intimação foi exatamente realizada em nome dela, no mesmo endereço sugerido pela defesa. Esta intimação foi devolvida pelos CORREIOS sob a justificativa de “Desconhecido”.

Acrescente-se o fato da sócia acima citada, consta como representante legal da HSI – HOLDING SERRARBO DE INVESTIMENTOS – EIRELI, conforme cópia do contrato social, fl. 60, que figura como pessoa jurídica sócia da autuada, como aparece registrado no quadro de responsáveis no CAD-ICMS.

#### Responsáveis

| CNPJ/CPF         | Responsável                                      | Situação | Início     | Término    | Qualificação  |
|------------------|--|----------|------------|------------|---------------|
| 25998419-17      | LESLIE PAULA GAZOLI                              | REGULAR  | 24/08/2018 |            | Administrador |
| 29815102/0001-47 | HSI - HOLDING SERRARBO DE INVESTIMENTOS - EIRELI | REGULAR  | 24/08/2018 |            | Socio         |
| 30089898/0001-87 | LG HOLDING GAZOLI - EIRELI                       | REGULAR  | 24/08/2018 | 04/03/2020 | Socio         |
| 45339249-05      | LUCELIA MARIA SERRARBO DOS SANTOS                | REGULAR  | 24/08/2018 |            | Administrador |

Assim, o processo de intimação do sujeito passivo referente ao presente lançamento foi procedido em total observância as determinações legais e regulamentares, inexistindo qualquer irregularidade, assim sendo, rejeito a arguição de nulidade.

Na segunda arguição, a autuada afirma que a exigência de crédito tributário será feita através de auto de infração quando o valor exigido for igual ou superior a R\$10.000,00, previsto no art. 38 do RPAF/99.

Lembro que a redação atual do dispositivo regulamentar citado, foi alterado pelo Decreto nº 15.807/2014, com efeitos a partir de 01/02/2015, cuja redação vigente, segue copiada.

*Art. 38. O Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.*

Pelo exposto, restando provado que a arguição de nulidade não tem fundamento, também fica rejeitada, pois, mesmo considerando a redação anterior do dispositivo, que previa o limite no valor igual ou superior a R\$10.000,00, o imposto exigido no presente processo corresponde a R\$83.822,69, portanto, superior. Ademais, os fatos geradores ocorreram entre de junho e agosto de 2019, quando já estava vigente o novo limite.

Na terceira arguição, a autuada afirma que o lançamento descumpriu os requisitos elencados nos artigos 39 e 51 do RPAF/99.

Os citados artigos do normativo regulamentar, estabelecem todos os elementos que devem conter o auto de infração e na notificação fiscal, sendo que o art. 39 refere-se especificamente ao auto de infração, conforme transcrito:

- I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;*
- II - o dia, a hora e o local da autuação;*
- III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;*
- IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato: (...)*
- V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação: (...)*
- VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;*
- VII - a intimação para impugnação administrativa no prazo de 60 (sessenta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;*
- VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;*
- IX - o nome, o cadastro e a assinatura do autuante;*
- X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa.*

Já o artigo 51 do mesmo RPAF, aborda exclusivamente os elementos exigidos para validade da notificação fiscal, que não se aplica ao caso em discussão.

Compulsando os autos, constato que as alegações da defesa, contrariam os fatos presentes na peça acusatória, pois, na folha inicial do auto de infração, encontra-se a descrição detalhada dos motivos que resultaram em sua lavratura e demais elementos previstos no citado artigo 39 do RPAF/99.

A autoridade fiscal, identificou o sujeito passivo, seu endereço e qualificação fiscal, os dispositivos legais considerados como infringidos pelo sujeito passivo, foram explicitados objetivamente, os quais servem de suporte a acusação, de forma que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e o demonstrativo que acompanha o auto de infração permite o completo conhecimento da acusação fiscal e do débito tributário lançado, possibilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, que foi plenamente exercido pela autuada de forma objetiva, demonstrando total cognição da acusação.

A infração caracterizada no lançamento se fundamenta em fatos descritos no auto de infração que se encontram materialmente comprovados no demonstrativo, fl. 06, onde foram listados todos os documentos fiscais acompanhados de suas cópias, fls. 07 a 17, constando a identificação do valor das mercadorias, do crédito do ICMS nas respectivas transferências interestaduais, e os cálculos do imposto devido e exigido na autuação.

Portanto, o processo, ora discutido, se encontra em total consonância com o RICMS/2012, com a Lei nº 7.014/96 e com o RPAF/99, haja vista que o mesmo contém todos os pressupostos materiais e formais, obedecendo ao que prevê o art. 39 do citado RPAF/99, o que afasta a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do diploma regulamentar citado, capazes de macular de nulidade o lançamento.

Dessa forma, também não acolho a arguição de nulidade.

No mérito o imposto exigido decorre da constatação pela autoridade fiscal da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, decorrente de aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação para fins de comercialização.

A defesa apresentou os argumentos que julgou suficientes para elidir a acusação, assegurando inicialmente que apesar de ter sido mencionado pelo autuante de que deveria ter efetuado o recolhimento do imposto, antes da entrada das mercadorias deste Estado, por se encontrar na situação de DESCREDENCIADO, se defende observando que desde 30/08/2019, encontrava-se na situação cadastral ATIVA junto à Secretaria da Fazenda da Bahia, juntando extrato da consulta ao sítio do SINTEGRA, fl. 33, onde consta a comprovação de sua afirmação.

Oportuno então, esclarecer o significado técnico dos dois termos utilizados pelo contribuinte, como se fossem sinônimos, o que não corresponde à verdade.

O termo referente a situação cadastral ATIVO, significa que o contribuinte, inscrito no CAD-ICMS, está apto e promover todas as operações mercantis dentro do seu objeto social, situação registrada no cadastro de contribuintes que se opõe a situação cadastral de INAPTA, consoante previsão no art. 25 do RICMS/2012, que trata da desabilitação de contribuinte no Cadastro, em decorrência de suspensão, inaptidão ou baixa da inscrição.

Já a expressão, contribuinte DESCREDENCIADO, refere-se a revogação do credenciamento junto a Secretaria da Fazenda, para que, cumprindo os requisitos previsto nos incisos I a IV do §2º do art. 332 do RICMS/2012, possa efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do *caput* do art. 332, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal.

Tal concessão de dilação de prazo para o recolhimento do ICMS antecipação parcial ou antecipação tributária, permite ao contribuinte postergar o pagamento do ICMS antes do ingresso das mercadorias no território do Estado da Bahia, que, na verdade é o prazo previsto no regulamento para o recolhimento do imposto nestes casos, conforme prevê o art. 332, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012.

*Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito: (...)*

*III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo: (...)*

*b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;*

O contribuinte atendendo aos requisitos acima referidos, estará automaticamente CREDENCIADO, *status* que lhe permite, quando adquirir mercadorias de outros Estados, para fins de comercialização, proceder ao recolhimento do ICMS antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente.

Quando o contribuinte não atende quaisquer um dos requisitos, estará DESCREDENCIADO, devendo proceder ao recolhimento do imposto por antecipação parcial na forma no art. 332, inc. III do RICMS/2012, ou seja, antes da entrada no território deste Estado.

Dentre os requisitos necessários para o credenciamento do contribuinte, está previsto que ele “*possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação*”.

Os dados constantes nos registros da SEFAZ demonstram que a autuada iniciou suas atividades em 05/06/2019, portanto, somente teria atendido ao requisito previsto no inc. I em 05/11/2019, se já tivesse adquirido mercadoria de outra unidade da Federação. Portanto, corretamente o contribuinte estava DESCREDENCIADO, apesar de encontrar-se na situação cadastral ATIVA.

O estabelecimento dos prazos para recolhimento do ICMS, previsto no art. 332 do Regulamento do ICMS, em hipótese alguma extrapola ou exacerba os limites legais, como alega a autuada, pois, a Lei nº 7.014/96 no seu art. 32, assim autoriza.

*Art. 32. O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado. (Grifo meu.)*

Ou seja, a lei autoriza textualmente ao regulamento estabelecer o prazo e as formas do recolhimento do ICMS, que o faz no citado artigo, estando assim, perfeitamente agindo dentro dos limites da lei.

A autuada, noutra linha de defesa, argumenta que não há ocorrência de fato gerador do ICMS com fundamento na SÚMULA 166 do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela inexistência de fato gerador do ICMS nas operações de transferência entre unidades do mesmo contribuinte.

Nesse particular, a Procuradoria Fiscal do Estado através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, firmou entendimento que: “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”, com a seguinte ressalva:

*“Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extraí fundamento de validade para as disposições do art. 13, §4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do REsp nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, §4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados”.*

Pelo exposto, acerca desta questão, constato que a fiscalização observou integralmente o que determina a legislação do Estado da Bahia, cuja arguição sobre a possível ilegalidade das mesmas, não pode ser apreciada neste contencioso administrativo, a teor do artigo 167, inc. I, do RPAF/99.

Na mesma toada, a autuada traz como argumento defensivo o que dispõe o Convênio ICMS 142/2018, arguindo que há um alinhamento com o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, em específico quanto ao estabelecido na sua Cláusula nona, fato que afastaria da substituição tributária as transferências interestaduais promovidas entre os estabelecimentos do mesmo titular.

Cabe esclarecer que o citado convenio dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS, com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes.

A citada Cláusula nona, trata especificamente as situações que não se aplicam as regras previstas no convênio, ou seja, a exigência do ICMS por substituição tributária e antecipação com encerramento de tributação. Contudo, é importante lembrar que o lançamento está exigindo o ICMS não recolhido, referente a antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que não prevê o recolhimento no caso de operações interestaduais com mercadorias sujeitas a

substituição, sendo cobrado nas operações interestaduais com mercadorias que não encerre a fase de tributação.

Assim, diante do exposto, resta claro que o argumento não serve de socorro à defesa, porquanto, não está se cobrando o imposto sobre operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária e sim exatamente o oposto, logo, é desnecessário provar que as operações envolvem mercadorias não sujeitas a ST.

Contudo, cabe pontuar, a título de esclarecimento, que a Cláusula segunda do convênio acima referido, a adoção do regime de substituição tributária nas operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelas unidades federadas interessadas.

As mercadorias acobertadas nas notas fiscais envolvem as seguintes mercadorias: farinha de trigo e açúcar, todas remetidas do Estado de São Paulo.

Quanto a farinha de trigo, encontra-se vigente o Protocolo ICMS 40/2000 que dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grão e farinha de trigo, pelos Estados signatários, integrantes das Regiões Norte e Nordeste, e assim, o Estado de São Paulo não é signatário.

Para o açúcar, a adoção do regime de substituição segue o estabelecido no Protocolo ICMS 33/1991 que dispõe sobre substituição tributária nas operações com açúcar de cana, do qual a Bahia não está obrigada a cumprir, conforme Protocolo ICMS 03/1994, com efeitos a partir de 07/04/1994.

Pelo exposto, os produtos arrolados na autuação, não se sujeitam as regras da substituição tributária, sendo devido o pagamento do ICMS antecipação parcial nas operações interestaduais para comercialização, e estando o contribuinte DESCREDENCIADO, deverá efetuar o recolhimento da antecipação parcial antes da entrada das mercadorias no território baiano.

Quanto ao questionamento da defesa que o ICMS antecipação parcial, não pode ser exigido em razão de que “*a mercadoria não foi comercializada, foi efetuado transferência entre as unidades do mesmo contribuinte com o fim exclusivo de industrializar e fracionar a mercadoria.*”, os fatos trazidos à luz pelo autuante deixa patente que as mercadorias adquiridas e arroladas no levantamento, não sofreram industrialização, tampouco foram fracionadas para posterior revenda, conforme demonstram as vendas acobertadas pelas notas fiscais carreada aos autos, fls. 87 a 96, comprovando que as saídas de farinha de trigo e açúcar ocorreram exatamente nas quantidades unitárias como adquiridas, sacas de 50 kg, sem que tenham sido objeto de fracionamento e embalagem.

A atividade econômica da autuada, conforme já registrado, está codificada no CNAE 4639-7-02, que é considerada pela Administração Tributária da Bahia como atividade comercial.

Este entendimento foi externado pela Diretoria de Tributação através do Parecer nº 01475/2012, de 19/01/2012, cuja ementa, transcrevo:

*ICMS. A subclasse 4639-7/02 compreende as atividades de condicionamento e fracionamento de produtos alimentícios realizadas pela própria unidade comercial atacadista, não podendo ser considerada uma atividade industrial em vista das definições estabelecidas na Resolução CONCLA nº 02/02. Inaplicabilidade do tratamento genérico previsto no art. 96, inciso XXVIII, do RICMS-BA/97.*

O parecer foi emitido em resposta a uma consulta formal, cujo trecho a seguir reproduzo, por verificar a sua relevância para o deslinde da lide.

*Nesse contexto, observa-se que o CNAE-Fiscal 4639-7 representada pela atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, que abrange, como subclasse o CNAE-Fiscal 4639-7/02, no qual está cadastrada a Consulente, inclui o fracionamento e acondicionamento realizados pela própria unidade comercial atacadista e associados a tal atividade, do que se depreende que não podem se configurar como atividade industrial.*

*Dessa forma, conclui-se que as atividades de condicionamento e fracionamento dos produtos alimentícios que revende, promovidas pelo Consulente, são complementares da atividade comercial que realiza, não sendo consideradas industrialização, para fins de aplicação da legislação tributária. Assim sendo, tem-se que o CFOP aplicável para as saídas por ela promovidas será 5.102, código esse pertinente às vendas de*

*mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento para clientes estabelecidos nesse Estado, ou 6.102, no caso de operações interestaduais.*

Portanto, não acolho o argumento da defesa.

Constatou que a nota fiscal nº 004, emitida em 01/07/2019, foi objeto de autuação no trânsito de mercadorias, sendo, portanto, o ICMS antecipação parcial já exigido através do auto de infração 1525210028/19-8 e a nota fiscal nº 023, de 16/08/2019, incluída no auto de infração 2107650499/19-5 e dessa forma, devem ser excluídas do presente lançamento.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, restando devido o montante de R\$64.835,93, conforme demonstrativo que segue.

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo - R\$ | Alíquota % | Multa % | Valor Histórico - R\$ |
|-----------------|-----------------|-----------------------|------------|---------|-----------------------|
| 31/07/2019      | 31/07/2019      | 58.224,00             | 18,00      | 60,00   | 10.480,32             |
| 01/08/2019      | 30/08/2019      | 301.975,61            | 18,00      | 60,00   | 54.355,61             |
| <b>Total</b>    |                 |                       |            |         | <b>64.835,93</b>      |

Por derradeiro, registro que apesar de ter o patrono da autuada manifestado, através de *e-mail*, previamente junto a Secretaria da 2ª Junta de Julgamento Fiscal em participar e proceder à sustentação oral, por videoconferência, apesar de ter sido formalmente convidado a participar, quando do início da sessão na forma do parágrafo único do art. 1º da Portaria SEFAZ nº 33, de 14/04/2020, não o fez.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **089643.0072/19-3**, lavrado contra **BARÃO SERRO AZUL TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$64.835,93** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF à Distância, 27 de julho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR