

N. F. Nº - 293259.0872/23-7
NOTIFICADO - BARÃO DE SERRO AZUL TRANSPORTE LTDA.
NOTIFICANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.07.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0123-05/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. Cobrança da antecipação tributária parcial da mercadoria açúcar. Notificado obteve concessão de Mandado de Segurança, visando deixar de efetuar recolhimento de ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre os estabelecimentos da Notificada localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado neste Estado da Bahia. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, portanto, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Defesa apresentada **PREJUDICADA**. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 27/06/2023, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 7.027,65 mais multa de 60%, no valor de R\$ 4.216,59 totalizando o montante de R\$ 11.244,24 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.005.008: Falta de recolhimento do ICMS, referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

O Notificante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

*“O presente lançamento refere-se à **antecipação total** do ICMS das mercadorias/produtos tributados (Farinha de Trigo) procedente de outra unidade da Federação (SP) para comercialização ou outros atos de comércio, constantes na NF-e de nº 673, por contribuinte situado no Estado da Bahia sob regime especial de fiscalização e pagamento. Falta da denúncia espontânea e pagamento do ICMS devido antes da entrada no território deste Estado.”*

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº 293259.0872/23-7, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); a memória de cálculo elaborada pelo Notificante, utilizando a metodologia dos **produtos sujeitos à Antecipação Parcial** (fl. 03); o **Termo de Apreensão de nº 152701.1492/23-5**, datado de 27/06/2023 (fls. 04 e 05); cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 673 procedente do **Estado de São Paulo** (fl. 07), emitida em 26/05/2023, pela Empresa “Barão de Serro Azul Transporte Ltda.”, **Transferência de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros**, correspondente à mercadoria de NCM de nº 1701.14.00 (Açúcar Cristal); cópia da consulta cadastral da Notificada na data de 26/06/2023, tendo como resultado “**Contribuinte com Restrição de Crédito-Dívida Ativa**” (fl. 09); cópia da consulta dos pagamentos efetuados pela Notificada na data de 26/06/2023, tendo

como resultado “Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado” (fl. 10); cópia dos documentos do motorista e do veículo (fl. 08).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 19 a 29), protocolizada no CONSEF/COORDENACAO/ADMINIST na data de 20/12/2023 (fl. 17).

Em seu arrazoado a Notificada no tópico “*Dos Fatos*” após transcrever o teor da acusação, asseverou que a Notificação Fiscal não aponta em sua descrição de fatos qual a origem da suposta infração, na medida em que traz a operação que deu origem ao lançamento do ICMS, apontando que se trata de contribuinte não detentor do benefício de regime especial para postergar o prazo para recolhimento até o mês subsequente ao ICMS devido, asseverando que quanto aos critérios formais não aponta a base de cálculo demonstrando de forma clara e concisa o método aplicado para a apuração do tributo e da multa acessória, deixando de informar ao contribuinte a forma como foram obtidos os valores cobrados.

Afirmou que não se observou que a operação se trata de transferência de mercadorias entre as unidades da mesma contribuinte, configurando as operações com remessa/transferência de mercadorias entre o mesmo titular, matriz e filial, ou seja, não resta configurado o fato gerador do ICMS, matéria já pacificada nos tribunais, inclusive, em decisão *inter pars* proferida no **Mandado de Segurança de nº 8020851-42.2019.8.05.0001**, julgado em 03/12/2021, para assegurar à Notificada **o direito de não ter de destacar e recolher o ICMS nas transferências interestaduais** de mercadorias entre seus estabelecimentos localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado neste Estado da Bahia, ante a inexistência de relação jurídica tributária, na medida em que não há mudança de propriedade das mercadorias, mas meros deslocamentos, sem que fique a impetrante sujeita à imposição de qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos.

Consignou no tópico “*Preliminarmente*” em seu subtópico “*Da Ausência de Intimação dos Lançamentos*” que o COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia, além de disciplinar o processo administrativo fiscal também estabelece e disciplina a formalidade que devem conter os procedimentos administrativos, e seu art. 129 prevê que a exigência de crédito tributário será feita através de auto de infração para lançamento de ofício quando for igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), exigindo a intimação do sujeito passivo para pagamento do débito ou apresentação de defesa no prazo estipulado. O RPAF Decreto nº 7.629/99 - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, além de disciplinar o processo administrativo fiscal também estabelece e disciplina a formalidade que devem conter os procedimentos administrativos e daí observou algumas irregularidades eis que em seu Capítulo III precisamente em seu art. 38, que prevê no decreto o encaminhamento de auto de infração ao contribuinte, e que em seu art. 108, o decreto estipula as modalidades de intimação do sujeito passivo, podendo ser realizada pessoalmente, via postal, ou por meio eletrônico, ocorrendo que a Notificada **não foi devidamente cientificada na pessoa de seu representante legal** conforme determina o citado decreto, o que apresenta ofensa direta ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Transcreveu lição de Hely Lopes Meirelles e concluiu que pretende a Fazenda Estadual exigir do contribuinte o recolhimento de crédito tributário, porém, sem demonstrar a ocorrência do fato gerador, e requer que seja acolhida a fundamentação para cancelamento da autuação por nulidade absoluta, conforme previsto no art. 18, inciso II, do RPAF/99, visto que preteriu o direito de defesa do contribuinte.

Tratou no subtópico “*Cerceamento de Defesa – Falta de Demonstração da Base de Cálculo – Súmula 01 do CONSEF*” onde lembrou que a Notificação Fiscal é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos para tanto, 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 (art. 104 do Código Civil) e na modalidade de ato vinculado deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, a saber do Regulamento do

Processo Administrativo Fiscal – RPAF, e que a Notificação Fiscal incorre em vícios, dentre eles o descumprimento dos requisitos elencados nos art. 39 e art. 51 acarretando, por certo, a nulidade do ato, não tendo a notificação apontado de onde surgiu o valor utilizado como base de cálculo para a apuração do tributo e da multa acessória, deixando de informar à Notificada a forma como foram obtidos os valores cobrados, pairando fortes dúvidas acerca do valor atribuído a base de cálculo, e o método utilizado para a apuração do tributo, ofendendo o disposto na Súmula 01 do CONSEF Bahia, e que os produtos transportados pela Notificada entre as unidades da empresa, e acobertados por nota fiscal de transferência não se destinam diretamente à comercialização, mas sim a uso diverso interno (transformação em novos produtos - industrialização).

Informou que a atividade econômica da Notificada, conforme consta na base de dados está codificada no CNAE: “46.39-7-02 - *Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, com atividade de fracionamento e acondicionamento associada*”, que deixa claro a atividade de industrialização de mercadoria e que apontou o enquadramento legal incompleto, na medida em que não apresenta os fundamentos da antecipação tributária, a fundamentação traz apenas a previsão do prazo de recolhimento do imposto (art. 332, inciso III alínea a e d), o local do recolhimento do imposto (art. 32, da Lei de nº 13.780/12), e por último a previsão das infrações e penalidades (art. 40, da Lei de nº 13.780/12).

Assinalou no tópico do “Mérito” em seu subtópico “*Inexistência do Fato Gerador do ICMS – Da Suspensão da Exigibilidade dos Débitos Notificados – art. 151, V do CTN*” onde reiterou que fora impetrado o **Mandado de Segurança de nº 8020851-42.2019.8.05.0001**, julgado em 03/12/2021, reiterando os argumentos de sua concessão, trazendo o entendimento da Súmula 8 do CONSEF que trata da não exigência do ICMS nas operações internas de transferências de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular, assegurando suspensão a exigibilidade de ICMS entre essas transferências com base no art. 151, inciso V do CTN. E, acentuou sua narrativa sobre o mesmo tema no subtópico “*Da Inexigibilidade dos Débitos Autuados. Não Incidência de ICMS em Operações de Transferência. Mandado de Segurança de nº 8020851-42.2019.8.05.0001*”

Finalizou no tópico “*Dos Pedidos*” onde requereu:

- 1) A Declaração de nulidade e pleno direito por ausência mínima dos elementos esculpidos nos arts. 39 e 51 do RPAF.
- 2) A anulação da referida Notificação Fiscal em razão da inexistência de débito tributário proveniente da operação de transferência de mercadoria com o fim de industrialização e fracionamento, entre as unidades da empresa contribuinte, conforme a ordem judicial transitada em julgado concedida no **Mandado de Segurança de nº 8020851-42.2019.8.05.0001**.
- 3) Seja concedido o efeito suspensivo a fim de suspender a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspenso visto o disciplinado pelo art. 151 do CTN.

Requer por fim que toda e qualquer intimação seja exclusivamente feita através do procurador por via postal com aviso de recebimento sob pena de nulidade Dr. Jhonathas Aparecido Guimarães, inscrito na OAB/SP sob nº 349.850, no endereço que indicou.

Verifico que por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 27/06/2023, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 7.027,65 mais multa de 60%, no valor de R\$ 4.216,59 totalizando o montante de R\$ 11.244,24 em decorrência do cometimento da Infração (**054.005.008**) da falta de recolhimento do ICMS referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Infração 01 - 054.005.008: Falta de recolhimento do ICMS, referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

O enquadramento legal baseou-se na Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96 e multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Benito Gama, relacionado ao DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 673 procedente do **Estado de São Paulo** (fl. 07), emitida em 26/05/2023, pela Empresa “Barão de Serro Azul Transporte Ltda.”, **Transferência de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros**, correspondente à mercadoria de NCM de nº 1701.14.00 (Açúcar Cristal), no entendimento do Notificante **sem o pagamento da Antecipação Parcial, antes da entrada no Estado da Bahia**, conforme disposto **inciso III, alínea “b”** do art. 332 do RICMS/BA/12 observado o disposto nos §§ 2º e 3º assistindo-se que o descredenciamento se deu em razão do **inciso III do § 2º** por se encontrar inadimplente com o pagamento do ICMS.

Relativamente ao momento da **instantaneidade da ação fiscal** do trânsito de mercadorias, essa ocorreu às **09h21min**, na mesma data da **lavratura**, ou seja, em **27/06/2023**, contando nos autos a consulta dos pagamentos realizados pela Notificada, indicando que “**Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado**”, bem como, a consulta da situação cadastral da Notificada tendo como resultado “**Contribuinte com Restrição de Crédito-Dívida Ativa**”.

Entendo que antes de que seja feito qualquer exame acerca dos aspectos preliminares, procedimentais e meritórios em torno do presente lançamento, exsurge uma questão prejudicial que inviabiliza a prossecução do julgamento e a continuidade do debate administrativo da exigência tributária.

Verifica-se que a Notificada impetrou na data de **05/07/2019** **Mandado de Segurança Cível** de nº **8020851-42.2019.8.05.0001**, julgado em **03/12/2021**, visando **obter autorização judicial para não ter de destacar e recolher o - ICMS nas transferências interestaduais** de mercadorias entre seus estabelecimentos localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado neste Estado da Bahia, ante a inexistência de relação jurídica tributária, na medida em que não há mudança de propriedade das mercadorias, mas meros deslocamentos, sem que fique a impetrante sujeita à imposição de qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos, donde o Excelentíssimo Magistrado, proferiu decisão, em suma nos seguintes termos:

“Conclui-se, então, com base no julgamento, pelo STF, do Tema 1099, e na prova coligida, existir direito e líquido e certo, de modo que CONCEDO A SEGURANÇA pretendida para assegurar à Impetrante o direito de não ter de destacar e recolher o ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre seus estabelecimentos localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado neste Estado da Bahia, ante a inexistência de relação jurídica tributária, na medida em que não há mudança de propriedade das mercadorias, mas meros deslocamentos, sem que fique a Impetrante sujeita à imposição de qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos.”

Importante ressaltar que não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Equivale dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência:

CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)"

Todavia, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, conforme previsto no art. 117 do RPAF/BA.

RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

(...)

Destaco ainda que os artigos 126 e 127-C, IV do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB coadunam com o previsto no artigo 117 do RPAF-BA/99.

COTEB/BA - Lei nº 3.956/81

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

(...)

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Portanto, ao tomar esta Relatoria ciência da existência de **Mandado de Segurança**, impetrado anterior à presente lavratura, que se discute matéria de ter-se deixado de efetuar recolhimento de ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre os estabelecimentos da Notificada localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado neste Estado da Bahia, resta prejudicada a defesa, em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o Processo Administrativo Fiscal – PAF ser encaminhado ao setor competente.

Mister ressaltar que, conforme disposto no Art. 167, II e III do RPAF-BA/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, assim como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de

autoridade superior.

Em relação ao pedido expresso da defesa a fim de que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Entretanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do ato processual, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei de nº 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Isto exposto, tenho a Notificação Fiscal como subsistente, tendo em conta estar a defesa apresentada PREJUDICADA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada, restando incólume a Notificação Fiscal nº **293259.0872/23-7**, lavrada contra **BARÃO DE SERRO AZUL TRANSPORTE LTDA.**, que exige imposto no valor de **R\$ 7.027,65**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, bem como os acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis, em conformidade com o disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR