



N. F. N° - 217681.0042/20-4
NOTIFICADO - LATICÍNIOS REZENDE LTDA.
NOTIFICANTE - AGENOR CARDOSO SILVA
ORIGEM- - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/02/2025

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0005-02.25NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Após o julgamento da ADC nº 49/17, restou patente que a posição do STF utilizou como conclusões fundantes do seu entendimento que não incide ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, tendo os seus efeitos sido modulados, de forma que a decisão só teria eficácia a partir do exercício financeiro de 2024, sendo ressalvados da modulação os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, que ocorreu em 29/04/2021, que é o caso da presente Notificação Fiscal, lavrada em 13/09/2020. Rejeitada a preliminar de nulidade. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 13/09/2020, no Posto Fiscal Benito Gama, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 8.147,30, multa de 60% no valor de R\$ 4.888,38, perfazendo um total de R\$ 13.035,68, pelo cometimento da seguinte infração.

Infração 01 54.05.08 - 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 previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c Art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Multa prevista no art.42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Consta anexado ao processo: i) cópia do DANFE 606.921 (fl. 6); ii) cópia da Consulta do Contribuinte - Descredenciado (fl. 4); iii) Cópia do DACTE 025286 (fl. 8).

O Notificado apresenta peça defensiva através de advogado com anexos, às fls. 10/60, fazendo inicialmente uma síntese fática da lavratura da notificação fiscal e falando sobre a tempestividade da defesa.

No tópico “RAZÕES PARA O CANCELAMENTO DA NOTIFICAÇÃO FISCAL – AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE FILIAIS – SÚMULA 166 DO STJ E TEMA 1099 DO STF” – A operação autuada não se submete à hipótese de incidência do ICMS-Antecipação, isso porque, a autoridade fiscal deixou de observar que a operação, objeto da Nota

Fiscal 6921, refere-se à mera transferência de produção do estabelecimento da Impugnante localizado no Estado de Minas Gerais para a filial localizada neste Estado.

Diz que a regra-matriz de incidência do ICMS emerge do art.155, inciso II, da Constituição, segundo o qual “*compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre (...) operações relativas à circulação de mercadorias*”, desse modo a operação autuada pela fiscalização sequer configura hipótese de incidência do ICMS, nos termos do art. 155, II da Constituição, Súmula 166do STJ e Tema 1099 do STF:

- *Súmula n. 166 do STJ – Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*

- *Tema n. 1099 do STF – 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.*

Reitera que no caso em apreço, todas as mercadorias, objeto da Nota fiscal n. 6921, foram transferidas ao estabelecimento da Impugnante neste Estado, desse modo, o ICMS é devido apenas na saída da referida mercadoria no mercado interno. Portanto, não há que se falar em cobrança do ICMS antecipado nesta etapa de transferência de produção, o ICMS incide sobre o negócio jurídico mercantil e não sobre simples circulação de mercadoria, conforme é possível se observar no presente caso.

Informa que o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n.166 e do julgamento do REsp n. 1125133/SP submetido ao regime de recurso repetitivo, já pacificou o entendimento de que não constitui hipótese de incidência do ICMS a transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.

No tópico “NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – ERRO NA BASE DE CÁLCULO – VÍCIO MATERIAL” – Alega erro na apuração da base de cálculo do imposto supostamente devido, porque por meio do Processo Administrativo 04781520207 e do Termo de Acordo n. 5062/2020, foi concedido à Impugnante o benefício de redução na base de cálculo das saídas internas, no período de 01/07/2020 até 30/06/2021, nos termos do art.1º do Decreto n. 7.799/2000, que prevê uma redução da base cálculo no percentual de 41,176%, nas operações de saída interna. O ICMS devido por antecipação, como se sabe, antecipa o prazo de recolhimento do imposto, que seria devido na operação de saída interna. Portanto, os mesmos benefícios que seriam aplicados no momento da saída devem ser observados quando do recolhimento do ICMS na forma antecipada.

Enfatiza que isto não ocorreu, a autoridade fiscal ao lavrar o presente auto de infração, desconsiderou o Termo de Acordo n. 5062/2020 e apurou a base de cálculo considerando apenas o valor total da Nota Fiscal n. 6921, sem aplicar a redução da base de cálculo, em evidente erro na apuração da base de cálculo do imposto. Houve, portanto, evidente erro na construção do lançamento, na medida em que a Autoridade Fiscal se equivocou quanto ao cálculo do tributo devido, o que implica víncio material insanável, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional. Portanto, a constituição do crédito tributário, utilizando-se base de cálculo equivocada, implica erro na construção do lançamento fiscal que, por se tratar de mudança de critério jurídico, não pode ser corrigido pelo órgão julgador, sob pena de violação ao disposto no art. 142 do CTN.

Ante o exposto, requer-se o recebimento e processamento da presente impugnação, com efeito suspensivo, para fins de determinar:

- (a) O cancelamento do auto de infração, por ausência de infração, uma vez que a operação autuada se refere à transferência entre filiais, nos termos da Súmula 166 do STJ e tema 1099 do STF;
- (b) sucessivamente, o reconhecimento do víncio material insanável, em razão do erro na apuração da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 142 do CTN;

(c) Alternativamente, caso seja mantida a exigência fiscal, o afastamento da multa de 60% exigida no presente lançamento, em razão da inocorrência da hipótese de incidência do imposto, e da infração descrita no 42, inciso II, alínea “d”, da Lei Estadual n. 7.014/1996;

Outrossim, requer-se o pedido para que todas as publicações e intimações referentes ao presente processo sejam efetuadas, exclusivamente, em nome do advogado Luiz Fernando Sachet, OAB/SC 18.429, sob pena de nulidade.

É o relatório

Não consta informação fiscal.

Participou da sessão de julgamento a Patrona da empresa Dra. Juliana Hasegawa OAB/SP 333.759, que reforça as argumentações defensivas apresentadas na defesa escrita, citando também a aplicabilidade da ADC/49.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS da antecipação parcial das mercadorias constantes no DANFE 6921 como está descrito no corpo da Notificação Fiscal.

O Notificante em sua peça, acusa a Notificada tipificando-a na infração de falta de recolhimento do ICMS ref. à Antecipação Parcial, em aquisição interestadual ou do exterior de mercadorias destinadas a comercialização, e para tal se alicerça do enquadramento do art. 332, inciso III, alínea “a”, §§ 2º e 3º do RICMS/BA/12.

O parágrafo 2º estabelece que contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá 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 deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, que não é a situação deste contribuinte. Em consulta realizada aos sistemas da SEFAZ no momento da ação fiscal, o Agente Fiscal constatou que o sujeito passivo estava descredenciado para o recolhimento do ICMS em momento posterior à entrada da mercadoria no estabelecimento por ter menos de 6 meses de atividade, sendo obrigatório o recolhimento do ICMS antes da entrada da mercadoria no território baiano, o que não foi feito pelo Contribuinte:

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:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

(...)

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá 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 deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa.

Na defesa o Impugnante solicita o cancelamento da Notificação Fiscal abrangendo dois pontos na sua argumentação defensiva: a) o cancelamento do auto de infração, por ausência de infração, uma vez que a operação autuada se refere à transferência entre filiais, nos termos da Súmula 166 do STJ e tema 1099 do STF; b) Pede também o reconhecimento do vício material insanável, em razão do erro na apuração da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 142 do CTN, pois o Notificante no momento da lavratura da Notificação Fiscal não considerou que o sujeito passivo era celebrante do Termo Acordo que previa benefício fiscal nos termos do art.1º do Decreto n. 7.799/2000, que prevê uma redução da base cálculo no percentual de 41,176%, nas operações de saída interna.

Passamos então a analisar as argumentações defensivas:

a) Analisando a Nota Fiscal n. 6921 que acobertou o transporte das mercadorias, verifico que a natureza da operação é “Transferência de Produção do Estabelecimento” da empresa localizada na cidade de Teófilo Otoni/MG destinado para a filial localizada em Feira de Santana/BA. Como vemos, o presente processo só envolve operações de transferência, não se caracterizando como uma operação comercial tributável onde possa ser verificada a efetiva transferência de titularidade da mercadoria, por ato de mercancia, conforme parâmetros definidos na ADC nº 49/17, e, portanto, em que não há a incidência do ICMS.

Após o julgamento da ADC nº 49/17, restou patente que a posição do STF utilizou como conclusões fundantes do seu entendimento que: **a)** não incide ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa; **b)** que a hipótese de incidência do tributo é uma operação jurídica praticada por comerciante (operação comercial); **c)** que a operação comercial acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade.

Entretanto, os seus efeitos foram modulados, sendo definido que a decisão só teria eficácia a partir do exercício financeiro de 2024, sendo ressalvados da modulação os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, que ocorreu em 29/04/2021, que é o caso da presente Notificação Fiscal, lavrada em 13/09/2020.

“Embargo ADC/49 DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIADEDE DE BENS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Enquanto o diploma em análise dispõe que incide o ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, o Judiciário possui entendimento no sentido de não incidência, situação esta que exemplifica, de pronto, evidente insegurança jurídica na seara tributária. Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC. 2. O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. Precedentes. 3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. 4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, § 3º, II, 12, I, no trecho ‘ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular’, e 13, § 4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996”.

Em 14/11/2024, em situação tributária parecida, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, julgou Recurso Voluntário do processo A. I. N° 278003.0006/19-1, acolhendo suas argumentações defensivas considerando improcedente a cobrança do ICMS nas transferências interestaduais das mercadorias das mesmas empresas, conforme **Acórdão CJF N° 0471-12/24-VD**, abaixo transcrito:

ACÓRDÃO CJF N° 0471-12/24-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. TRANSFERÊNCIAS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Após o julgamento da ADC nº 49/17, restou patente que a posição do STF utilizou como conclusões fundantes do seu entendimento que não incide ICMS nas

transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, tendo os seus efeitos sido modulados, de forma que a decisão só teria eficácia a partir do exercício financeiro de 2024, sendo ressalvados da modulação os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, que ocorreu em 29/04/2021, que é o caso do presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2019. Neste sentido foi o posicionamento da PGE/PROFIS, referendado pelo seu Procurador Chefe. Rejeitada a preliminar de nulidade. Negado o pedido de realização de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão não unânime.

Desse modo, acompanho o entendimento da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, considerando improcedente a Notificação Fiscal.

b) Erros materiais de apuração, suscetíveis de correção, a exemplo do que houve com a não aplicação da redução da base de cálculo, não são suficientes para invalidar o ato administrativo, rejeitado o pedido de nulidade.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **217681.0042/20-4**, lavrada contra **LATICÍNIOS REZENDE LTDA**.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2025.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA