

A. I. Nº - 092579.0787/24-8
AUTUADO - BARAO DE SERRO AZUL TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - JOAO VITOR PROFETA ALVES
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO INTERNET – 09/04/2025

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0047-01/25-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. Autuado obteve concessão de Mandado de Segurança, visando deixar de efetuar recolhimento de ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre os estabelecimentos da empresa localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado neste Estado da Bahia. Defesa administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Processo deverá ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/10/2024, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 60.300,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Infração 01– 054.005.006 – Falta de recolhimento de ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00, desde que não possua regime especial.*

Consta adicionalmente no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que se refere à falta de recolhimento do ICMS Antecipação em aquisição interestadual tributável de produtos constantes dos DANFEs nºs 7.531 e 7.532, destinados a contribuinte em situação fiscal de descredenciamento.

Data de Ocorrência: 11/09/2024.

O autuado apresentou Impugnação (fls. 20 a 27 dos autos). Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Consigna que a autuação 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 de 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, bem como 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 como foram obtidos os valores cobrados.

Diz que além disso, não se observou que a operação objeto da autuação se trata de transferência de mercadorias entre as unidades do mesmo contribuinte, configurando as operações como remessa/transferência de mercadorias entre o mesmo titular, ou seja, entre matriz e filial, ou entre

filiais, não restando configurado o fato gerador do ICMS, matéria já pacificada nos tribunais, inclusive, em decisão *inter pars* transitada em julgado, a teor da sentença confirmatória da liminar, proferida no Mandado de Segurança n. 8020851-42.2019.8.05.0001 julgado em 03/12/2021, 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 no 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, e realidade, restrição ou limitação de direitos.

Salienta que o Fisco classifica de forma incorreta a natureza da operação realizada, haja vista que descreve no presente Auto de Infração que se trata de aquisição de mercadoria, ou seja, fora inserida informações equivocadas no documento, pois realiza a operação de transferência de mercadoria para industrialização, e não aquisição de mercadorias como classifica o Fisco, devendo, desse modo, ser anulada a infração.

Pontua que consoante fundamentação preliminar ou por ocasião da análise do mérito, restará satisfatoriamente demonstrado que a exigência fiscal deverá ser anulada, não apenas pela nulidade do Auto de Infração diante dos vícios formais sem a exposição da base de cálculo do imposto, violando-se a Súmula 01 do CONSEF Bahia, mas ao direito concedido em sentença transitado em julgado no Mandado de Segurança nº.8020851-42.2019.8.05.0001, que dispõe acerca da inexistência de fato gerador do ICMS a simples transferência entre unidades do mesmo contribuinte.

Em caráter preliminar, argui a nulidade da autuação por ausência de intimação do lançamento.

Invoca o artigo 129 do COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia, artigos 38 e 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF), aprovado pelo Decreto 7.629/99, para afirmar que não foi devidamente notificado na pessoa de seu representante legal conforme determina a legislação de regência, o que apresenta ofensa direta ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Afirma que é imprescindível que seja feita a notificação 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 aqui se aponta a ausência de fato gerador e não justifica a tributação imposta pela autuação. Neste sentido, invoca e reproduz lição de Hely Lopes Meirelles.

Conclusivamente, consigna que diante disso, requer seja acolhida a fundamentação para cancelamento da autuação por nulidade absoluta, conforme previsto no art. 18, inciso II, do RPAF/BA/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, haja vista que preteriu o seu direito de defesa. Requer, ainda, caso se entenda que não é hipótese de nulidade, mas suscetível de correção, uma vez consumada esta, seja restituído integralmente o prazo de defesa.

Prosseguindo, alega cerceamento de defesa por falta de demonstração da base de cálculo. Súmula 01 do CONSEF.

Observa que o Auto de Infração 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).

Pontua que na modalidade de ato vinculado o Auto de Infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados no RPAF/BA/99, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, entre eles os requisitos elencados nos artigos 39 e 51, acarretando, por certo, a nulidade do ato o seu descumprimento.

Diz que inexiste documento se não estiver presente todos os elementos indispensáveis, assim não se tem um Auto de Infração, administrativamente considerado.

Assevera que a autuação não apresenta de forma clara a base de cálculo e método utilizado para a apuração do tributo, ofendendo o disposto na Súmula 01 do CONSEF Bahia, cujo teor reproduz.

Alega que a descrição dos fatos constante do Auto de Infração aponta como causa da infração a falta de antecipação do imposto por contribuinte antes da entrada na primeira repartição fazendária do Estado da Bahia, sem descrever a operação que levou ao fato gerador do ICMS.

Diz que o Auto de Infração não demonstra de forma clara e objetiva a base de cálculo do imposto, apenas aponta que a base de cálculo do ICMS é o valor de R\$ 294.146,34, inexistindo demonstrativo de obtenção de tal valor.

Afirma que se não bastasse, no presente caso não houve a constituição do fato gerador do ICMS, pois os produtos transportados entre as unidades da empresa, e acobertados por nota fiscal de transferência não se destinam diretamente à comercialização, mas sim a uso diverso interno, ou seja, transformação em novos produtos – industrialização.

Pontua que a sua atividade econômica, 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.

Acrescenta que o Auto de Infração apresenta o enquadramento legal incompleto, na medida em que não indica os fundamentos da antecipação tributária, pois a fundamentação traz apenas a previsão do prazo de recolhimento do imposto, no caso artigo 332, inciso III, alíneas “a” e “d”, o local do recolhimento do imposto, art. 32, da Lei 13.780/12 [Decreto] e por último a previsão das infrações e penalidades, art. 40, da Lei 13.780/12 [Decreto].

Alega que se verifica que o enquadramento legal é desprovido da fundamentação do recolhimento do ICMS em regime de substituição tributária por antecipação, inexistindo os fundamentos da caracterização do fato gerador, fazendo menção apenas a dispositivos legais alheios ao caso em questão.

Alega, ainda, que o RICMS editado pela SEFAZ/BA não possui competência para criar obrigação, haja vista que o Regulamento não pode criar direitos ou obrigações, estabelecer sanções ou penas não previstos em lei, sendo a sua função senão para executar fielmente a lei. Diz 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 da Bahia.

Conclusivamente, sustenta que assim sendo, o Auto de Infração é nulo de pleno direito, haja vista que não apresenta os elementos mínimos esculpidos no art. 39 e 51 do RPAF, não apresentando os elementos mínimos capazes de possibilitar o seu conhecimento da origem da infração, e apresentar uma defesa firme rebatendo os argumentos da autuação, devendo ser decretado nulo.

Continuando, reporta-se sobre o mérito da autuação.

Alega inexistência do fato gerador do ICMS – Suspensão da exigibilidade dos débitos autuados – artigo 151, V, do CTN.

Afirma que a exação exigida pelo Fisco não é devida por força de decisão judicial, pois ajuizou, em desfavor do Estado da Bahia, Mandado de Segurança em 05/07/2019 sob o n. 8020851-42.2019.8.05.0001, para fins de que fosse reconhecido que as suas operações de transferência para suas demais unidades, localizadas em outros estados da Federação, não configuravam fato gerador de ICMS, com fulcro na Súmula 166 do STJ.

Diz que ante o seu julgamento definitivo, restou impedido o Estado da Bahia de exigir o referido tributo em tais operações de transferência entre unidades da mesma empresa, conforme reproduz abaixo:

"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."

Salienta, que além da decisão transitada em julgado fazendo lei entre as partes, é assertivo que as operações de transferências de mercadorias entre unidades da mesma empresa não constituem fato gerador do ICMS, que o Conselho Fiscal do Estado da Bahia - CONSEF pacificou o entendimento e editou a Sumula 08 com a seguinte redação "*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*".

Afirma que resta evidente a violação a legislação tributária, a ampla defesa e ao contraditório, diante do início dos processos acima mencionados, haja vista que estando suspensa a exigibilidade de ICMS em transferência de mercadorias, é prematura e inadequada a autuação, assim como os atos subsequentes, qual seja, levar o mesmo a protesto ou promover execução fiscal e, isto é, por consolidado na compreensão de que, como no caso, deve-se suspender a exigibilidade do crédito tributário se discutida sua validade, portanto, pende de discussão quanto a certeza e a liquidez da dívida.

Sustenta que diante do exposto, é nulo o presente Auto de Infração desde a sua constituição, haja vista que possui como objetos débitos fiscais com a exigibilidade suspensa, o que impede medidas administrativas para cobrança, tais como lavratura do Auto de Infração, inscrição em dívida ativa e o ajuizamento de ação judicial, dada à interposição de recurso administrativo, ofendendo ao disposto no art. 151, V do CTN e ordem judicial concedida no Mandado de Segurança n. 8020851-42.2019.8.05.0001, devendo restar desconstituída a obrigação tributária originária dos débitos nele mencionados, assim como as acessórias, declarando nulo o presente Auto de Infração.

Consigna que conforme já mencionado, os débitos objeto da autuação referem-se a ICMS oriundo de operações de transferência, as quais, corretamente, não configuram fato gerador do referido tributo, questão ignorada pelo Fisco.

Pontua que a Lei Complementar 87/96, que instituiu o ICMS, prevê em seu art. 2º, a incidência do ICMS para as operações relativas à circulação de mercadorias, descrevendo, no art. 12, inciso I, quando ocorre o fato gerador. Reproduz referido dispositivo legal.

Observa que a Súmula 166 do STJ, já em 14.08.1996, apontava que não constitui fato gerador do ICMS o deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, como no caso em apreço.

Aduz que colocando fim em quaisquer outras divagações sobre o tema, o STF julgou inconstitucionais os artigos 11, § 3º, II, 12, I, e 13, § 4º, da LC 87/96, que tratam sobre o fato gerador do ICMS nas operações de circulação de mercadorias entre unidades do mesmo titular.

Acrescenta que entre os dias 09 a 16 de abril de 2021, o STF, por unanimidade de votos, entendeu pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais mencionados, encerrando a discussão sobre a possibilidade de exigência de ICMS em operações de transferência de mercadorias entre unidades da mesma empresa, sendo que tal posicionamento foi mantido pelo STJ no Tema Repetitivo 259. Diz que do mesmo modo, o STF julgou a ADC 49 e entendeu serem inconstitucionais os dispositivos legais da LC 87/96 que admitiam como fato gerador de ICMS as operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, ao passo que no dia 19/12/2023, foi sancionada a Lei Complementar 204/2023 proibindo a cobrança de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Assinala que a exigibilidade do tributo enfocado pela autuação restará suspenso, haja vista o que

dispõe o artigo 151 do CTN,

Finaliza a peça impugnatória requerendo a declaração de nulidade ou a anulação do presente Auto de Infração. Requer, ainda, que seja suspensa a exigibilidade do tributo consoante o artigo 151 do CTN, assim como que toda e qualquer intimação seja exclusivamente feita através do Domicílio Tributário Eletrônico. Manifesta o seu interesse em exercer o direito de sustentação oral de suas razões na sessão de julgamento realizada pelo CONSEF/BA.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.67/68). Contesta a alegação defensiva de que não foi devidamente notificado do Auto de Infração dizendo que não deve prosperar, haja vista que à fl. 16 dos autos encontra-se o demonstrativo da intimação do autuado realizada em 08/11/2024.

Do mesmo modo, contesta a alegação do impugnante de cerceamento de defesa por falta de demonstração da base de cálculo afirmando que a memória de cálculo da autuação encontra-se à fls. 04 dos autos.

Quanto à alegação do impugnante de inexistência da ocorrência do fato gerador do ICMS nas transferências de mercadoria entre estabelecimentos da mesma titularidade, contesta essa alegação dizendo que na transferência não há circulação jurídica ou econômica da mercadoria, mas apenas um deslocamento físico, contudo a ausência de credenciamento do contribuinte altera o regime tributário aplicável, permitindo que o fisco exija o ICMS com base na presunção de posterior comercialização da mercadoria. Diz que essa exigência é legítima quando prevista na legislação estadual ou em normativas específicas, especialmente com o objetivo de proteger a arrecadação tributária e prevenir evasão fiscal.

Afirma que, dessa forma, muito embora a transferência não constitua fato gerador, a exigência do ICMS pelo Fisco refere-se à operação futura de comercialização, configurando um fato gerador distinto. Diz que assim sendo, o fundamento para a exigência está relacionado ao regime diferenciado aplicável a contribuintes não credenciados, que exige o recolhimento antecipado da exação tributária como garantia de cumprimento da obrigação tributária na operação subsequente.

Salienta que essa diferenciação evidencia que a transferência e a comercialização são momentos tributários distintos, mas interligados, onde a falta de credenciamento justifica o tratamento fiscal específico.

Finaliza a peça informativa dizendo que considera procedente o lançamento.

VOTO

O Auto de Infração em exame, lavrado no trânsito de mercadorias, formaliza a exigência de crédito tributário em razão de irregularidade cometida pelo autuado decorrente de falta de recolhimento de ICMS no desembarço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00, por não ser detentor de regime especial.

Consta adicionalmente no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que se refere à falta de recolhimento do ICMS Antecipação em aquisição interestadual tributável de produtos constantes dos DANFEs nºs 7.531 e 7.532, destinados a contribuinte em situação fiscal de descredenciamento.

Inicialmente, cabe apreciar arguições de nulidades suscitadas pelo impugnante.

O autuado argui a nulidade do lançamento alegando preterição ao seu direito de defesa, haja vista que não fora devidamente notificado, na pessoa de seu representante legal, conforme determina o art. 108 do Decreto 7.629/99.

Por certo que tal alegação não pode prosperar, tendo em vista que em conformidade com os documentos acostados aos autos, verifica-se consta à fl. 16, intimação da lavratura do Auto de

Infração, emitida em 08/11/2024, tendo sido inicialmente endereçada à sócia da empresa, senhora Lucélia Maria Serrarbo Santos, no endereço na cidade de São Paulo, com data de recebimento em 08/11/2024.

Argui, ainda, com base no art.39 e art. 51 do RPAF/BA, insegurança na constituição da base de cálculo, e consequentemente cerceamento do direito de defesa, sob a alegação de que não foi demonstrado como surgiu a base de cálculo utilizada para a apuração do tributo.

Do mesmo modo da arguição anterior, não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isso porque, a base de cálculo está claramente demonstrada na Memória de Cálculo elaborada pelo autuante acostada à fl. 04, assim como no corpo do Auto de Infração e respectivo Termo de Ocorrência, nos quais constam os registros dos DANFEs das Notas Fiscais arroladas na autuação, no caso n^{os} 7.531 e 7.5532, referentes a mercadoria farinha de trigo.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas.

O autuado alega que 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 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.

Consta ainda o registro feito pelo ilustre Magistrado de que: *Sob outro ângulo, cobrança antecipada de ICMS em substituição tributária, igualmente não encontra o Ente suporte de juridicidade porque, como já dito, os produtos transportados pela Impetrante entre São Paulo, Paraná e a Bahia não se destinam diretamente à comercialização, mas sim a uso diverso interno (transformação em novos produtos, daí porque não há o enquadramento na hipótese do art. 12-A da Lei Estadual citada).*

O caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que *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.*

Já os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

"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."

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte da via judicial importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Diante disso, considerando que a existência de ação judicial, impetrada pelo autuado contra o Estado da Bahia, envolvendo matéria tratada no presente lançamento de ofício, importa a

renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, resta prejudicada a análise das razões defensivas.

Diante do exposto, resta PREJUDICADA a análise da Defesa interposta, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a Defesa interposta, no que tange à obrigação tributária principal, constante no Auto de Infração nº.092579.0787/24-8, lavrado contra **BARÃO DE SERRO AZUL TRANSPORTE LTDA.**, no valor de R\$ 60.300,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2025.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR