

N. F. N° - 2121460131/19-2

NOTIFICADO - RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A.
NOTIFICANTE - NOEL SACRAMENTO BARRETO
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2025

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0089-02/25NF-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 25/10/2019. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 25/10/2019, no Posto Fiscal Francisco Hereda, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 7.102,59, multa de 60% no valor de R\$ 4.261,55, perfazendo um total de R\$ 11.364,14, 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 dos DANFES 329399,329497, 329499,329536 a 329540, 329542 e 329543 (fls. 4/14); II) cópia da Consulta do Contribuinte - Descredenciado (fl. 15).

O Notificado apresenta peça defensiva através de advogado com anexos, às fls. 21/60, fazendo inicialmente uma síntese fática da lavratura da notificação fiscal e falando sobre a tempestividade da defesa.

No tópico “PRELIMINARMENTE DA SITUAÇÃO ATUAL DA EMPRESA IMPUGNANTE - RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CRISE FINANCEIRA” - Relata que em razão da delicada situação financeira em que se encontra a Impugnante insta noticiar que foi requerida e deferida pelo Juízo da 1^a Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, o processamento de sua recuperação judicial (1070860-05.2020.8.26.0100), conforme despacho

proferido em 10 de agosto de 2020. Portanto, a realização de quaisquer atos executórios prejudica imensamente a continuidade do processo de recuperação judicial da Impugnante, vindo a colocá-la em risco, por prejudicar a saúde financeira da empresa no seu dia a dia e por configurar ato que frustrará o interesse dos credores habilitados na aludida recuperação judicial. Assim, em razão da função social que deve ser preservada, serve a presente impugnação para requerer sua procedência total, anulando todo lançamento, eis que este, além de abusivo (em razão da multa exorbitante), pode vir a gerar danos ao processo de reestruturação da empresa.

No tópico “DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE ICMS POR ANTECIPAÇÃO – AUTORIZADA POR DECRETO ESTADUAL – ENTENDIMENTO STF” – diz que o auto de infração foi baseado da suposta ausência de recolhimento de ICMS de produtos sujeitos a antecipação, ocorre que as infrações apontadas pelo fisco foram publicadas por decreto, qual seja o Decreto 13.780/2012. Nesse sentido, o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os estados não podem exigir, por meio de decreto, o recolhimento antecipado do ICMS, na entrada de mercadoria que vem de outros estados, faz também uma exposição do entendimento do Relator do referido julgamento, o Ministro Dias Toffoli.

Informa também que é entendimento do STF, julgado no Tema 456, a necessidade de uma Lei Complementar para a cobrança do ICMS antecipado.

Adentra por fim, na discussão acerca da aplicação de multas tributárias que considera exorbitantes, onde o contribuinte é gravemente penalizado com multas que ultrapassam os limites de razoabilidade e que podem ocasionar o surgimento de dívidas impagáveis com o poder público, levando, à falência de empresas e ocasionando o confisco, expressamente vedado na Constituição Federal do Brasil, nos termos do seu artigo 150, inciso IV.

Informa que o STF julgou inconstitucional através do Recurso Extraordinário nº 833.106, a aplicação de qualquer sanção administrativa tributária punitiva, tanto em caráter federal, estadual e municipal, em percentual tão elevado e apresenta diversos entendimentos jurídicos e votos de alguns Ministros do STF sobre o tema.

No tópico “DOS PEDIDOS” diz que, assim pelos fatos e direito contidos na presente impugnação, é a presente para requerer seja a conhecida e julgada integralmente procedente a presente impugnação para:

- a) Decretar a nulidade do Auto de Infração em razão da impossibilidade de cobrança de ICMS por antecipação por meio de regulamentação proveniente de decreto estadual, anulando, também, o lançamento;
- b) Decretar a nulidade do Auto de Infração pela impossibilidade de cobrança de valores a título de ICMS por antecipação em razão do quanto decidido pelo STJ, na tese de Repercussão Geral do tema 456;
- c) Por fim, caso não sejam acolhidos os argumentos esposados pela Defendente, seja a multa aplicada anulada, certo do seu evidente caráter confiscatório ou, minimamente, seja reduzida pelo princípio da equidade, na medida que a autuação ultrapassou os limites do princípio do não- confisco, da legalidade tributária e da capacidade econômica do contribuinte.

É o relatório

Não consta informação fiscal.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS da antecipação parcial das mercadorias constantes nos DANFES relacionados no corpo da Notificação Fiscal, com valor histórico de R\$ 7.102,59.

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) solicita a nulidade da Notificação Fiscal pela impossibilidade de cobrança de ICMS por antecipação por meio de regulamentação proveniente de decreto estadual; b) Pede também para decretar nulidade pela impossibilidade da cobrança de ICMS antecipação em razão do quanto decidido pelo STJ na tese de Repercussão Geral do tema 456.

Passamos então a analisar as argumentações defensivas:

Analizando os DANFES anexados ao processo, que acobertaram o transporte das mercadorias, verifico que a natureza da operação é “Transferência de Mercadorias Adquiridos de Terceiros” da empresa localizada na cidade de Paulista/PE destinado para a filial localizada em Simões Filho/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.

Embora na sua defesa o Impugnante não tenha argumentado que se tratava de uma transferência de mercadorias da mesma empresa, a busca da verdade material nos obriga a analisar esta questão.

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 25/10/2019:

“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.

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

2121460.0131/19-2, lavrada contra RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 23 de abril de 2025.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA

