

N. F. Nº - 441367.0083/19-3
NOTIFICADO - BARÃO SERRO AZUL TRANSPORTE LTDA.
NOTIFICANTE - MARIA EMÍLIA DAMASCENO CRUZ
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/05/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO 0099-02.25NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. 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 02/11/2019. Rejeitada a preliminar de nulidade. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 02/11/2019, no Posto Fiscal Eduardo Freire, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 7.365,60, multa de 60% no valor de R\$ 4.419,36, perfazendo um total de R\$ 11.784,96, 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 000.086 (fl. 9); II) cópia da Consulta do Contribuinte - Descredenciado (fl. 3); III) Cópia do DACTE 0161 (fl. 8); IV) cópia do documento de veículo e CNH do motorista (fls. 10/11)

O Notificado apresenta peça defensiva através de advogado com anexos, às fls. 16/76, fazendo inicialmente uma síntese fática da lavratura da notificação fiscal e falando sobre a tempestividade da defesa.

Em preliminar diz que o contribuinte não foi devidamente notificado na pessoa de seu representante legal conforme determina o artigo 48 do RPAF, o que apresenta ofensa direta ao princípio do contraditório e ampla defesa. Dessa feita, independente da forma, é imprescindível que seja feito a notificação acerca da infração e, portanto argui-se 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 de pagamento, e aqui se aponta a ausência de fato gerador e não justifica a tributação imposta pela autuação. Nestas condições, requer seja acolhida a fundamentação para cancelamento da autuação por nulidade absoluta, conforme previsto no art. 18, inciso II, do Decreto 7.629/99, visto que preteriu o direito de defesa do contribuinte, caso a autoridade entenda que não é hipótese de nulidade, mas suscetível de correção, pede que seja restituído integralmente o prazo de defesa.

Em outro pedido de nulidade o contribuinte entende que há ausência de origem da infração que é um ato vinculado, devendo o auto de infração conter os exatos e precisos ditames determinados por lei específica, a saber do RPAF, já que vícios existem como o descumprimento dos requisitos elencados no art. 39 e art.51 acarretando, por certo, a nulidade do ato.

Diz 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 a notificação fiscal, o que dificulta a apresentação de defesa pelo contribuinte às violações. A descrição dos fatos 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, sem descrever a operação que levou ao fato gerador do ICMS. No entanto, há que observar que o contribuinte se encontra com a situação cadastral ativa desde 30/08/2019, ou seja, devidamente credenciado junto a SEFAZ/BA.

Frisou que, a notificação fiscal apresenta enquadramento legal incompleto, na medida em que não apresenta os fundamentos da antecipação tributária, a fundamentação do auto 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 13.780/12) e a previsão das infrações e penalidades (art. 40, da Lei 13.780/12), vemos que no enquadramento legal é desprovido da fundamentação do recolhimento do ICMS em regime de substituição tributária por antecipação, não existindo os fundamentos da caracterização do fato gerador. Sendo, portanto, um ato administrativo praticado em desconformidade com as prescrições em seu procedimento formativo devendo ser decretado nulo.

Em mais um pedido de nulidade diz que é ilegal a imposição ao contribuinte via regulamento, tal ilegalidade surge a partir da imposição do art. 332 do RICMS de 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 6 meses, para obtenção de prazo para recolhimento do ICMS. O regulamento editado pela SEFAZ/BA RICMS não possui competência para criar obrigação, pois, o regulamento não pode criar direitos ou obrigações, estabelecer sanções ou penas não previstos em lei, a função do regulamento é nada obstante que senão para executar fielmente a lei, 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 inciso II do art. 5º da Constituição Federal.

No tópico “B MÉRITO” INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS – APLICAÇÃO DA SÚMULA 266 DO STJ: informou que inexistente o fato gerador do ICMS no caso em análise, com a comprovação de que houve uma transferência de mercadoria entre unidades da mesma empresa (sede/filial), não houve a existência do fato gerador, tanto do imposto quanto da multa acessória, o destinatário final ficou mantido, foi efetuado transferência entre as unidades do mesmo contribuinte com o fim exclusivo de industrializar e fracionar a mercadoria. Incorre o fato gerador notificado no art. 12-A da Lei Estadual n. 7.014/96 uma das supostas fundamentações legais da notificação previu os seguintes requisitos:

- a) Aquisição de mercadoria;
- b) Operações tributárias em âmbito interestadual;
- c) Destinação das mercadorias à comercialização;

Observou que somente 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.

Destacou que a transferência de mercadorias entre unidades do mesmo contribuinte não configura fato gerador do ICMS, já é uma matéria pacífica nos tribunais, tanto é verdade que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 166, nos seguintes termos:

Súmula 166: *Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.*

Ante o exposto, quanto ao auto de infração n. 4413670083/19-3, requer o que segue:

- a) Declaração da nulidade e pleno direito do auto de infração por ausência dos elementos mínimos esculpidos no art. 39 e 51 do RPAF;
- b) A anulação do referido auto 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 Contribuintes credenciadas localizadas em São Paulo/SP e Feira de Santana/BA
- c) 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 para tanto informa DR. JHONATAS APARECIDO GUIMARÃES SUCUPIRA, brasileiro, advogado, inscrito no CPF/MF 034.382.579-12, e inscrito na OAB/SP sob o nº 349.850, com endereço profissional à Avenida Paulista, 1439, 1º Andar, conjunto 12, Bairro Bela Vista, CEP: 01311-200 na cidade, Comarca e Estado de São Paulo.

Não consta informação fiscal.

É o relatório

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS da antecipação parcial das mercadorias constantes no DANFE 00086 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.

Em preliminar a Impugnante solicita a nulidade da notificação fiscal pelos seguintes motivos: I) que o contribuinte não foi devidamente notificado na pessoa de seu representante legal conforme determina o artigo 48 do RPAF, o que apresenta ofensa direta ao princípio do contraditório e ampla defesa; II) a notificação fiscal apresenta enquadramento legal incompleto, na medida em que não apresenta os fundamentos da antecipação tributária, a fundamentação do auto 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 13.780/12) e a previsão das infrações e penalidades (art. 40, da Lei 13.780/12), vemos que no enquadramento legal é desprovido da fundamentação do recolhimento do ICMS em regime de substituição tributária por antecipação.

Passamos então a analisar suas alegações:

Observe que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração de sua defesa lhe foram entregues e pelo teor da defesa, devidamente recebida e ora apreciada, situação demonstrada na própria defesa, pois o Impugnante plotou no relatório cópia da capa da notificação fiscal, não havendo qualquer dúvida de que o contribuinte entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recaiu.

No que diz respeito aos aspectos formais, constato que o Notificante, descreveu a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Verifico que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e o demonstrativo de débito tratam da falta de recolhimento do ICMS da Antecipação Parcial, na entrada do Estado da Bahia sobre mercadorias destinadas à Contribuinte DESCREDENCIADO. Observe que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração de sua defesa lhe foram entregues e pelo teor da defesa, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que o contribuinte entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recaiu.

Observe, portanto, que a capitulação legal constante da infração é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, desta forma concluo que o Notificado foi garantido a ampla defesa, que exerceu livremente o exercício do contraditório, inexistindo na Notificação Fiscal qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 que ensejasse sua nulidade.

No mérito o Impugnante solicita a anulação do referido auto 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 própria empresa.

Analisando a Nota Fiscal n. 00086 que acobertou o transporte das mercadorias, verifico que a natureza da operação é “Transferência PARA INDUSTRIALIZAÇÃO” da empresa localizada na cidade de São Paulo/SP 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 02/11/2019:

“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 PROPRIEDADE 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. Nº 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 Nº 0471-12/24-VD**, abaixo transcrito:

ACÓRDÃO CJF Nº 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 **441367.0083/19-3**,

lavrada contra **BARÃO SERRO AZUL TRANSPORTE LTDA.**

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 07 de maio de 2025.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA

