

A. I. Nº - 293259.1401/23-8
AUTUADO - BARÃO DE SERRO AZUL TRANSPORTE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/09/2025

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0171-04/25-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o recolhimento da antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias destinadas à comercialização, como previsto no art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Razões de defesa relacionadas à operação transferência na entrada da mercadoria, amparadas em medida judicial, não são capazes à reforma do lançamento de ofício. Fatos não condizentes com a autuação. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrado em 21/11/2023, exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$ 104.832,00 mais multa de 60%, no valor de R\$ 62.899,20 totalizando o montante de R\$ 167.731,20 em decorrência do 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 na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 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.

Na peça acusatória o Autuante descreve os fatos que se trata de:

“O presente lançamento refere-se à antecipação total do ICMS das mercadorias/produtos tributados (CHARQUE), procedentes de outra Unidade da Federação (SP), constantes na NFE nº 5237 emitida em 28.10.2023, para comercialização, industrialização ou outros atos de comércio por contribuinte situado no Estado da Bahia NÃO detentor do benefício de Regime Especial para postergar prazo de recolhimento até o mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado à NFE, conforme Art. 332, parágrafo 2º do RICMS Ba. 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 Auto de Infração de nº **293259.1401/23-8**, devidamente assinada pelo **Auditor Fiscais** (fl. 01 e 02); o Demonstrativo de Débito (fl. 03); a memória de cálculo elaborado pelo Autuante (fl. 04); o **Termo de Ocorrência Fiscal de nº 1527011934/23-8**, datado de **21/11/2023** (fls. 05 e 06); cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **5.237** procedente do Estado de São Paulo (fls. 07 e 08), emitida em 28/10/2023, pela Empresa “Barão de Serro Azul Transporte Ltda.”, **Transferência de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros**, correspondente à mercadoria de NCM de no. 0210.20.00 (Charque); cópia da consulta cadastral da Autuada, tendo como resultado “**Contribuinte com Restrição de Crédito-Dívida Ativa**”; cópia da consulta dos pagamentos efetuados pela Autuada; cópia dos documentos do motorista e do veículo (fl. 11).

A Autuada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. **21 a 28**), protocolizada no

CONSEF/COORDENACAO/ADMINIST na data de 29/02/2024 (fl. 18).

Em seu arrazoado a Autuada no tópico “**Dos Fatos**” onde após transcrever o teor da acusação asseverou que a Auto de Infração 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 o contribuinte a forma como foram obtidos os valores cobrados.

Tratou 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 Autuada e 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, em 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 Autuada 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 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.

Complementarmente, evocou a doutrina de Hely Lopes Meirelles sobre a Teoria das Nulidades, ao assinalar que o ato administrativo viciado em sua formação – seja por ausência de elementos essenciais ou por inobservância de rito – é nulo de pleno direito, sendo inválido desde sua origem e insuscetível de convalidação. Ressaltou que tal nulidade pode ser explícita, quando prevista expressamente em lei, ou virtual, quando decorre da afronta a princípios estruturantes do Direito Público, como o devido processo legal, a ampla defesa e a legalidade estrita.

Tratou no subtópico “**Cerceamento de Defesa – Falta de Demonstração da Base de Cálculo – Súmula 01 do CONSEF**” onde lembrou 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) 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 Auto de Infração ocorre em vícios existem, 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 Autuada 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 Autuada 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 Autuada, 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).

Alegou, ainda, que o lançamento fiscal se baseou exclusivamente em disposições do RICMS/BA, sem respaldo direto em lei, contrariando o princípio da legalidade estrita. Sustentou que regulamentos administrativos não possuem competência para inovar na ordem jurídica, não podendo criar obrigações tributárias ou sanções sem previsão legal expressa. Assim, a exigência de ICMS antecipado, sem base em lei formal que regulamente expressamente tal obrigação, revela-se indevida e inconstitucional.

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 02/12/2021, 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 suspensa 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*”. Reforçou sua argumentação invocando o julgamento do Tema 1099 pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da cobrança de ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular localizados em diferentes unidades da Federação. Com isso, reafirmou que, mesmo para além do mandado de segurança já concedido em seu favor, a tese fixada pela Suprema Corte tornou-se de observância obrigatória por todos os entes federativos, afastando qualquer possibilidade de exigência do tributo nas operações em questão.

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 do referido Auto de Infração 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.

O Autuante prestou Informação Fiscal às folhas 62 a 66, onde **iniciou** sua manifestação destacando que a Autuada, por meio de seus advogados, buscou se afastar da obrigação tributária alegando: ausência de intimação dos lançamentos; cerceamento de defesa pela falta de demonstração da base de cálculo; inexistência do fato gerador do ICMS; inexigibilidade dos débitos autuados; não incidência de ICMS em operações de transferência; e ausência de fundamentação da antecipação parcial do imposto.

Tratou no tópico **“Da Suposta Ausência de Intimação dos Lançamentos”** que a Autuada sustentou que “não foi devidamente notificada na pessoa de seu representante legal”, o que, em sua ótica, configuraria afronta direta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O Autuante, por sua vez, esclareceu que a empresa é pessoa jurídica constituída sob as normas de sociedade limitada, cuja responsabilidade dos sócios é restrita à integralização do capital social, nos moldes contratuais. Pontuou, ainda, que a responsabilidade tributária é disciplinada de forma ampla pelo Código Tributário Nacional, abrangendo tanto o contribuinte quanto terceiros legalmente vinculados ao fato gerador, conforme disposição legal expressa.

Invocou, para tanto, o disposto no art. 110 do RPAF/99, o qual admite que a ciência ao sujeito passivo pode ser realizada mediante assinatura de representante, preposto ou responsável tributário, com valor meramente formal de “ciente”, sem que isso implique concordância com a exigência. Defendeu, com base nesse dispositivo, que a intimação encaminhada à sócia da empresa, Sra. Lucélia Maria Sarrarbo, e recebida em 15/01/2024, conforme AR acostado à fl. 15, é plenamente válida e eficaz, produzindo todos os efeitos legais. Observou, ainda, que a própria apresentação da defesa comprova o pleno conhecimento da Autuada sobre os termos da acusação, os documentos que embasaram o lançamento e o conteúdo da exigência fiscal, circunstância que, por si só, descaracteriza qualquer alegação de nulidade ou cerceamento de defesa.

Concluiu, assim, que o procedimento de intimação observou rigorosamente as determinações legais e regulamentares aplicáveis, inexistindo qualquer vício formal ou material que justifique o acolhimento da preliminar arguida.

Informou no tópico **“Do Alegado Cerceamento de Defesa por Ausência de Demonstração da Base de Cálculo”** que a Autuada sustentou que o Auto de Infração não atenderia aos requisitos formais exigidos pela legislação, por não apresentar, de forma clara, a base de cálculo do imposto e o método utilizado para apuração, o que dificultaria a apresentação de defesa e comprometeria o contraditório. Alegou, ainda, que o lançamento teria violado os artigos 39 e 51 do RPAF/99, além da Súmula nº 01 do CONSEF/BA. O Autuante, no entanto, rebateu tais alegações ao esclarecer que o art. 39 do RPAF/99 estabelece os elementos obrigatórios do Auto de Infração, como a qualificação do autuado, a descrição precisa dos fatos, a fundamentação legal, o demonstrativo do débito e a identificação do agente autuante, requisitos estes integralmente atendidos no caso em análise.

Esclareceu, ainda, que o art. 51 do RPAF/99, mencionado pela defesa, refere-se exclusivamente à Notificação Fiscal, o que não se aplica ao presente caso. Ressaltou que, logo na folha inicial do Auto, constam de forma clara e detalhada os fundamentos legais e os elementos fáticos que originaram a lavratura, estando igualmente demonstrados o valor das operações, os documentos fiscais utilizados e o cálculo do imposto exigido. Apontou que o detalhamento da base de cálculo encontra-se especificado nas fls. 04 dos autos, onde foram listados os documentos fiscais acompanhados de cópias, indicando os valores das mercadorias, o crédito do ICMS nas respectivas transferências interestaduais e os valores exigidos.

Reforçou que a Autuada recebeu, junto com o Auto de Infração, o Demonstrativo de Cálculo, documento integrante da constituição do crédito tributário, o qual apresenta de forma clara, objetiva e congruente todos os dados necessários à compreensão da apuração, inclusive os valores individualizados por operação, o que demonstra, de forma inequívoca, a transparência e a completude do lançamento. Concluiu, portanto, que não houve qualquer violação ao direito de defesa, estando o lançamento em plena conformidade com os dispositivos do RICMS/2012, da Lei de nº 7.014/96 e do RPAF/99, não se verificando qualquer hipótese de nulidade.

Tratou no tópico “*Da Alegada Inexistência de Fato Gerador, Inexigibilidade do Tributo e Não Incidência do ICMS nas Operações*” onde no mérito, a Autuada alegou a inexistência de fato gerador do ICMS, sustentando que as operações objeto do lançamento não ensejariam a exigência do imposto por se tratarem de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, o que, segundo defendeu, encontraria respaldo na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça. Argumentou, ainda, que estaria amparada por Mandado de Segurança, o qual afastaria a obrigação de recolher o ICMS nas operações praticadas. O Autuante, contudo, refutou essas alegações ao esclarecer que, de fato, a Súmula de nº 166 do STJ consagra que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, mas destacou que tal entendimento se aplica apenas às transferências internas.

Ressaltou que, conforme pacificado no Incidente de Uniformização PGE de nº 2016.169506-0, a Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia delimitou expressamente o alcance da referida súmula, esclarecendo que o não pagamento do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular **não** é admitido, tendo em vista os fundamentos constitucionais relacionados ao pacto federativo e à repartição das receitas entre os Estados. Lembrou, inclusive, que o próprio Superior Tribunal de Justiça reabriu a discussão sobre o tema no julgamento do REsp de nº 1.109.298/RS, cujo objeto é justamente a base de cálculo do imposto nas operações interestaduais realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa, à luz do art. 13, § 4º, da Lei Complementar de nº 87/96.

Esclareceu que o lançamento em exame não tem por objeto a cobrança de ICMS sobre operações de simples transferência, mas sim a exigência do imposto nos moldes da **antecipação parcial**, devida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à revenda, conforme disciplina expressa da legislação estadual. Refutou, com firmeza, o argumento de que a Autuada estaria amparada por decisão judicial que afastaria tal cobrança, afirmando que o **Mandado de Segurança** mencionado nos autos não possui eficácia para obstar a exigência da antecipação parcial, a qual decorre diretamente da legislação tributária vigente.

Asseverou que não há qualquer ilegalidade na exigência formalizada, uma vez que a sistemática da antecipação parcial não implica o encerramento da tributação, mas sim o adiantamento parcial do imposto devido, em consonância com o regime jurídico aplicável às entradas interestaduais com destinação comercial. Concluiu, portanto, que o lançamento se encontra devidamente fundamentado, respaldado por normas constitucionais, infraconstitucionais e regulamentares, sendo plenamente exigível o crédito tributário lançado.

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 VENCIDO

O Auto de Infração em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrado em 21/11/2023, exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$ 104.832,00 mais multa de 60%, no valor de R\$ 62.899,20 totalizando o montante de R\$ 167.731,20 em decorrência do cometimento da seguinte infração (54.05.08) 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 previstos na legislação fiscal.

O enquadramento legal seguiu a infração tipificada referenciando à 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.

Tem-se que o presente Auto de Infração 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 **5.237** procedente do Estado de São Paulo emitida em 28/10/2023, pela Empresa Barão de Serro Azul Transporte Ltda., **Transferência de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros**, correspondente à mercadoria de NCM de no. 0210.20.00 (Charque), no entendimento do Autuante, sem o pagamento da Antecipação Parcial do ICMS, por contribuinte situado no Estado da Bahia.

Relativamente ao momento da **instantaneidade da ação fiscal** do trânsito de mercadorias, essa ocorreu às **11h08min**, em **21/08/2024**, contando nos autos a consulta dos pagamentos realizados pela Autuada, indicando que **“Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado”**, bem como, a consulta da situação cadastral da Autuada 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 Autuada impetrou na data de **05/07/2019** **Mandado de Segurança Cível** de nº **8020851-42.2019.8.05.0001**, julgado em **02/12/2021**, 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 Autuada localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado neste Estado da Bahia, resta-se 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.

Isto exposto, tenho o Auto de Infração como subsistente, tendo em conta estar a defesa apresentada prejudicada.

VOTO VENCEDOR

Com a devida *vênia*, dirirjo da decisão do relator ao julgar a defesa prejudicada, sob entendimento de que a escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ao impetrar Mandado de Segurança, implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, conforme previsto no art. 117 do RPAF/BA.

Vislumbro que estaria certa a decisão, caso a discussão judicial possuísse, especificamente, a

mesma matéria objeto do procedimento administrativo, como previsto no próprio art. 117, § 1º, II, do RPAF, o que não ocorreu, pois, como consignado pelo próprio relator, no citado Mandado de Segurança impetrado “... se discute matéria de ter-se deixado de efetuar recolhimento de ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre os estabelecimentos da Autuada localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado neste Estado da Bahia ...”.

Neste sentido, para corroborar que a medida judicial em espeque não possui identidade de objeto com o Auto de Infração sob análise, tomamos como prova emprestada o Parecer PGE2024130676-0, abaixo reproduzido, insito às fls. 204 e 205 do PAF nº 284119.0014/23-6, lavrado contra o próprio contribuinte, recentemente julgado por esta 4ª JJF, conforme Acórdão JJF nº 0063-04/25-VD, pelo qual, apesar de tratar de multa sobre a antecipação parcial, se aplica à situação em análise.

“Consulta-nos o ilustre Conselheiro da 4ª JJF do CONSEF, em resumo, sobre a repercussão do Mandado de Segurança 8020851-42.2019.8.05.001 em relação ao presente lançamento, em face das operações objeto do Auto de Infração se tratarem de transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular.

Pois bem, compulsando o lançamento em epígrafe, observa-se que as infrações imputadas ao autuado foram: a) Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Contribuinte deixou de recolher o ICMS-ST devido nas entradas por compra de itens sujeitos a antecipação total – ST. Responsabilidade Solidária/Principal. Aquisições de farinha de trigo, dentre outros, em situações de Convênio/Protocolo sem recolhimento da GNRE e fornecedor sem inscrição na SEFAZ/BA, como também em Unidades da federação sem Convênio/Protocolo;

b) Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Contribuinte deixou de recolher o ICMS devido por Antecipação Parcial nas entradas por compra e transferências interestaduais entre estabelecimento filial atacadista situado neste Estado ou em outros Estados da federação de itens de tributação Normal.

Em resumo, as infrações assacadas no lançamento têm relação ao não recolhimento do imposto no regime de substituição tributária.

Desta forma, observa-se, de forma clara, que o Auto de Infração não guarda congruência com a pretensão postulada no Mandado de Segurança 8020851-42.2019.8.05.001, uma vez que o pedido formulado no remédio constitucional se refere a não incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, enquanto que o auto de infração se relaciona às operações regidas pelo regime de substituição tributária, cuja lógica pressupõe operações subsequentes, independentemente de se tratar de transferência ou outro tipo de operação.

No caso das remessas interestaduais de bens e mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade, submetidas ao regime de substituição tributária, não há que se falar em “operação própria do contribuinte remetente”, não havendo que se falar em operações de transferência.

Na responsabilidade por substituição a ocorrência do fato gerador se dá antes da realização da própria operação, ou seja, a lei atribui a condição de responsável tributário a terceira pessoa mesmo antes de ter materializado o fato gerador capaz de gerar a obrigação tributária.

Em face do exposto, entendemos não existir congruência entre a matéria objeto do lançamento e a discussão judicial travada no Mandado de Segurança 8020851-42.2019.8.05.001, não se aplicando a regra prevista no art. 117 do RPAF/BA.” (grifos nossos)

A propósito, por ter acompanhado o voto do relator no aludido Acórdão JJF nº 0063-04/25-VD, peço vênua para utilizá-lo, com as devidas adaptações relativas à multa da antecipação parcial para a própria exigência da antecipação parcial, como minhas palavras fossem.

De início, visando suprir a falta de análise no voto vencido das preliminares aventadas nas razões de defesa, registro que **não procede** a alegação de ausência de demonstração do método aplicado para apuração da base de cálculo do tributo, deixando de informar o contribuinte a forma como foram obtidos os valores cobrados, **eis que** tal detalhamento da base de cálculo encontra-se especificado, à fl. 4 dos autos, onde foram arrolados: documentos fiscais, valores das mercadorias, o crédito do ICMS nas transferências interestaduais e os valores exigidos, cujo demonstrativo analítico de constituição do crédito tributário é auto inteligível e contém os dados

necessários à compreensão da apuração, por operação, da apuração da base de cálculo e do imposto exigido.

Quanto à preliminar de “Ausência de Intimação dos Lançamentos”, tendo o autuado alegado que não foi devidamente notificado na pessoa de seu representante legal, conforme determina o RPAF, o que representa ofensa direta ao contraditório e a ampla defesa, igualmente **não procede** eis que a intimação foi encaminhada à sócia da empresa, Sra. Lucélia Maria Sarrarbo, e recebida em 15/01/2024, conforme AR à fl. 15 dos autos. Ademais, as próprias razões de defesa já comprovam inexistir a alegada ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao mérito, o autuado alegou inexistência do fato gerador, sob o argumento de que transfere mercadorias entre suas unidades, não ocorrendo a troca de titularidade dos produtos, do que informa ser indevida a exação em razão de decisão judicial através do Mandado de Segurança nº 8020851-42.2019.8.05.0001 que reconheceu que as operações de transferências para suas demais unidades, situadas em outras unidades da federação, não configuram fato gerador de ICMS, com fulcro na Súmula 166 do STJ, citando, ainda, para referendar seus argumentos a Súmula 08 deste CONSEF, que definiu que “*não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.*”, estando, portanto, o valor exigido da antecipação parcial suspenso, já que originário de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Contudo, conforme Parecer PGE, antes transcrito, como também os próprios fatos consignados na autuação, CONCLUI-SE que as operações de transferências das mercadorias e a exação do ICMS antecipação parcial não se relacionam entre si, eis que a antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, trata-se de fato gerador distinto e em momento subsequente ao da não incidência da operação de transferência.

Logo, a não incidência da operação na transferência das mercadorias entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte e a **antecipação parcial** do ICMS incidente sobre as mercadorias destinadas à comercialização pelo contribuinte destinatário, fato superveniente àquela, **NÃO** se comunicam entre si, pois a primeira se refere à operação interestadual da entrada das mercadorias e a segunda, por tratar de **antecipação**, *ocorrência do fato gerador se dá antes da realização da própria operação*, obviamente, refere-se às operações subsequentes às entradas em transferências, ou seja, reportam-se às saídas destas mercadorias do estabelecimento autuado quando comercializadas para seus clientes, como se pode constatar através da exegese da norma legal, insita no art. 12-A, § 1º, da Lei nº 7.014/96, na qual estabelece que “*não encerra a fase de tributação*” e se aplica às mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, como é o caso do charque, objeto da exação fiscal, numa prova inequívoca de que se trata, obviamente, de **antecipação** do imposto (parcial) das operações subsequentes, conforme texto a seguir:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Desta forma, considero correto o posicionamento do autuante no sentido de que na sentença proferida no processo nº 8020851-42.2019.8.05.001, exarada em 02/12/2021, assegura ao autuado o direito de não destacar e recolher o ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre os seus estabelecimentos localizados em outros Estados da Federação e o estabelecimento sediado no Estado da Bahia, operação esta que não se confunde com as operações de saídas subsequentes destas mercadorias do estabelecimento autuado, quando comercializadas para seus

clientes, as quais incidem a **antecipação parcial do ICMS**, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96 e, portanto, em nada conflitando com a Decisão Judicial, razão de me coadunar ao opinativo da Douta PGE/PROFIS no sentido de “*não existir congruência entre a matéria objeto do lançamento e a discussão judicial travada no Mandado de Segurança 8020851-42.2019.8.05.001, não se aplicando a regra prevista no art. 117 do RPAF/BA*”.

Registro que diante de tais considerações, apesar de prejudicada a análise relativa à transferência, mesmo assim, consigno ser impertinente invocar a Súmula 08 deste CONSEF, eis que não se aplica ao caso presente, pois o entendimento pacífico contido na referida Súmula se refere a “*operações de transferências internas*”.

Melhor sorte não obteve o defendente quanto à pretensão de que o estabelecimento autuado exerce atividade de industrialização, pois sua atividade econômica está codificada no CNAE: “46.39-7-02 - **Comércio atacadista** de produtos alimentícios em geral, com atividade de fracionamento e acondicionamento associada”, logo, abarcada na previsão legal sujeita à antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, de “... *aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização* ...”.

Também, como visto, inverte a alegação de que o lançamento fiscal se baseou exclusivamente em disposições do RICMS/BA, sem respaldo direto em lei (art. 12-A da Lei nº 7.014/96).

Acerca do pedido do autuado para que seja concedido o efeito suspensivo da exigibilidade do tributo, há de ressaltar que, conforme art. 151, III, do CTN, suspendem a exigibilidade do crédito tributário as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, cuja regra foi recepcionada no art. 146 do COTEB/BA (Lei nº 3.9956/81), até o momento do julgamento definitivo do PAF em instância administrativa.

Quanto ao pedido do defendente para que toda e qualquer intimação seja exclusivamente feita através do procurador Dr. Jhonathas Aparecido Guimarães, inscrito na OAB/SP sob nº 349.850, no endereço indicado, por via postal com aviso de recebimento, sob pena de nulidade, ressalto que, apesar de recomendar que seja inserido nas futuras intimações o nome do patrono do autuado, o descumprimento do pleito não implica em nulidade da intimação, nos termos do art. 108 do RPAF (Decreto 7.629/99), o qual prevê que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Do exposto, voto PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração de nº **293259.1401/23-8**, lavrado contra **BARÃO DE SERRO AZUL TRANSPORTE LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 104.832,00**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2020.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE / VOTO VENCEDOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR / VOTO VENCIDO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA