

N.F. Nº - 0841380434/21-9
NOTIFICADO - TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA
NOTIFICANTE - CORALIA PEREIRA PADRE
ORIGEM - SAT / IFMT SUL POSTO FISCAL JAIME BALEEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/06/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100-02/22NF-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DO REGIME DE DIFERIMENTO. AUSÊNCIA DE DAE OU CERTIFICADO. venda de Minério de Ferro Granulado para fora do Estado da Bahia sem o recolhimento do ICMS. Valor a recolher já destacado na nota fiscal notificada. Notificante atribuiu metodologia de cálculo imprópria e reduz o valor a ser recolhido. Reforma do cálculo acarretaria numa exigência de ICMS maior do que o lavrado. Princípio “*non reformatio in pejus*”. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 11/10/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 1.376,34, mais multa de 60% equivalente a R\$ 825,81, perfazendo um total de R\$ 2.202,15, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 050.001.001: **Falta de recolhimento** do ICMS em **operação com mercadorias no regime de diferimento** em situação onde não é possível a adoção do referido regime, **desacompanhada de DAE ou Certificado de Crédito**.

Enquadramento Legal: Art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 332, inciso V do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Tipificação da Multa: art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória a Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS de mercadorias diferidas destinadas a outra Unidade da Federação”.

Anexo aos autos, dentre outros documentos, encontram-se: a memória de cálculo elaborada pela Notificante (fl. 03); o Termo de Ocorrência Fiscal de nº 2323421008/21-0, **datado de 09/10/2021** (fl.04); a cópia do DANFE de nº **004.254** (fl. 09), **emitido pela Notificada na data 03/10/2021**, Venda de Produção do Estabelecimento, com destino à Empresa GERDAU AÇOMINAS S/A, no Estado de Minas Gerais, carreando as mercadorias de **NCM de nº 2601.11.00 (Minério de Ferro Granulado)**; o Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº 64.487 (fl.11); cópia do documento do motorista e do veículo (fls.12 e 13).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 23 a 32), protocolizada na CORAP NORTE/PA SAC. IRECÊ na data de 14/02/2022 (fl. 22).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua defesa arguindo a tempestividade desta e no tópico **“Panorama Geral da Notificação Fiscal”** tratou do apontamento da infração e no tópico **“Esclarecimentos Iniciais do Recolhimento Feito pela Impugnante”** acentuou que tratou-se da Notificação Fiscal pela ausência de recolhimento de ICMS antes da saída do minério de ferro da Notificada, ou seja, decorre de hipótese de pagamento do imposto por antecipação citando a base normativa disposta no art. 332, inciso V e § 4º, do RICMS/BA/12, onde asseverou que desta legislação,

constata-se que existem disposições na legislação estadual para o **pagamento antecipado** e para o **vencimento do imposto estadual**.

Consignou que a Notificada pagou o ICMS no dia 9 do mês subsequente, dentro do prazo de vencimento fixado pelo Decreto Estadual, explicando que para definição de vencimento (“dia 9 do mês subsequente”, disposto no § 4º do RICMS/BA/12), isto é, o momento em que o pagamento do tributo deve ocorrer, a jurisprudência é pacífica no sentido da possibilidade da sua regulamentação por Decreto Estadual, não sendo o princípio de reserva legal para o vencimento.

Ensinou que de outro tanto, a **antecipação do pagamento** (disposto no art. 332, inc. V, do RICMS/BA/12) resulta em antecipação do critério temporal de incidência tributária, isto é, determina-se o pagamento em momento anterior à ocorrência do próprio fato gerador. Por tratar de hipótese que altera a matriz de incidência tributária, tem-se que sua **regulamentação por Decreto Estadual, sem previsão expressa em lei ordinária, é inconstitucional**.

Garantiu no tópico “*Inconstitucionalidade da Previsão de Antecipação do Pagamento do ICMS por Meio de Decreto Estadual sem Respaldo em Lei Ordinária – Violação ao Princípio da Reserva Legal*” que o momento de configuração do fato gerador do ICMS é um dos aspectos da regra matriz de incidência do tributo e sua alteração implica reconhecer a imposição de novas condições para pagamento e exigência da exação. Neste contexto, a antecipação fictícia do fato gerador do ICMS está sujeita ao princípio da reserva legal, estabelecida no art. 150, inciso I, da Constituição e art. 97, inc. III, do Código Tributário Nacional, cujos dispositivos determinam que um tributo somente pode ser exigido mediante obrigação instituída por **lei no sentido formal**, bem como a definição do seu fato gerador e respectiva modificação do momento de sua incidência, sendo que como desdobramento dessa diretriz constitucional, restou assentado, no § 7º, do art. 150, também da Constituição, a possibilidade de antecipação tributária, com base em fatos geradores presumidos, desde que esta obrigação seja fixada por lei.

Citou julgamento do Supremo Tribunal Federal que decidiu, sob a sistemática dos julgamentos repetitivos, que a alteração do critério temporal da hipótese de incidência do ICMS exigido pelo Estado do Rio Grande do Sul está submetida à reserva legal. No julgamento do RE de n.º 598.677 (Tema 456 da repercussão geral), a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da regulação da matéria por decreto do Poder Executivo (Decreto de n.º 37.699/1997 – RICMS/RS), sem lei ordinária que suporte a sua previsão.

Explanou, especificamente que nas hipóteses do Estado da Bahia, foi proferida sentença nos autos do Mandado de Segurança de n.º 0359008-60.2013.8.05.0001 (29/10/2013), pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança antecipada sem respaldo em lei formal.

No caso em tela, considerando que o recolhimento do ICMS vem sendo exigido de forma antecipada da Notificada com fundamento no Decreto Estadual de n.º 13.780/2012 (RICMS/BA/12), a cobrança consubstanciada na presente Notificação Fiscal é manifestante inconstitucional.

Defendeu no tópico do “*Equívoco na Identificação do Montante do Tributo Supostamente Devido*” que a adoção do cálculo com base nos valores constantes nas Notas Fiscais, sem descontar o valor do tributo recolhido no dia 9 do mês subsequente pela Notificada (nos termos do § 4º do RICMS/BA/12) denota que existe erro na identificação do montante do tributo devido.

Contemplou que independentemente de qual seja o resultado da análise de mérito a ser feita sobre a inconstitucionalidade suscitada, faltou ao Fisco realizar procedimento essencial: abater o ICMS pago, para, então, apurar o saldo remanescente a ser cobrado, não se podendo admitir que o contribuinte que realizou o pagamento de ICMS, ainda que o Fisco o considere realizado fora do prazo, seja **obrigado a desembolsar valores a título do mesmo imposto, sob pena de caracterização de bis in idem**. E, não socorre a assertiva de que o dúplice recolhimento pode ser tolerado diante do pagamento extemporâneo. Não há autorização para que um tributo recolhido possa ser novamente exigido em relação ao mesmo fato gerador.

Discorreu que nesse sentido, o Código Tributário Nacional - CTN acaba por cancelar as presentes digressões, quando diz, em seu **art. 156**, que o **pagamento é causa extintiva do crédito tributário**. Não há ressalvas no dispositivo. Isto é, tendo ocorrido o pagamento do imposto, somente é facultado à Administração Pública exigir o pagamento do montante remanescente, caso ainda exista.

Protestou no tópico “**Cancelamento da Multa Aplicada**” que a imposição de multa no patamar de 60% (sessenta por cento) é punição que ultrapassa os limites fixados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e mesmo da capacidade contributiva da Notificada, e caso a Autoridade Julgadora entenda que a multa aplicada não pode ser integralmente afastada, requer-se a sua redução, tendo em vista em que, na realidade, se muito, deveria ser aplicada a sanção no patamar de 50% e não de 60%.

Acrescentou no tópico “**Apuração de Saldo Remanescente**” que a cobrança deverá ser cancelada parcialmente, para o saldo remanescente da atualização monetária entre a data que deveria ter sido paga antecipadamente o ICMS e a data do efetivo pagamento, além, de multa moratória e juros de mora pelo atraso.

Finalizou requerendo que:

- a) Seja a presente impugnação julgada procedente, para cancelar integralmente o crédito tributário exigido na Notificação Fiscal ora impugnada;
- b) Subsidiariamente, seja a presente cobrança substancialmente reduzida, para o cancelamento/redução da multa de ofício e apuração do saldo remanescente.

Verifico não haver Informação Fiscal.

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.

Participou da sessão de julgamento a representante da empresa, a Dra. Tassya Wallace Nunes OAB/MG 133.288, que em sustentação oral, afirmou que a exigência da antecipação do pagamento do tributo em questão não pode ser regulamentada por Decreto, caso não seja precedida de autorização por meio de Lei Ordinária, ocorrendo em possível inconstitucionalidade já proferida pelo Supremo Tribunal Federal. E que a Notificada efetuou o pagamento na data do vencimento.

Subsidiariamente questiona o *bis in idem*, em razão do pagamento já efetuado pela Notificada, tendo a fiscalização ignorado o pagamento, suscitando a retirada do valor pago na data própria de vencimento.

Não há razão da aplicação da multa, tendo em vista que o pagamento fora feito dentro do próprio vencimento. Subsidiariamente, a multa deva ser aplicada de forma proporcional na razão de 50%.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 11/10/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 1.376,34, mais multa de 60% equivalente a R\$ 825,81, perfazendo um total de R\$ 2.202,15, em decorrência do cometimento da Infração **(050.001.001) - falta de recolhimento** do ICMS em **operação com mercadorias no regime de diferimento** em situação onde não é possível a adoção do referido regime, **desacompanhada de DAE ou Certificado de Crédito**.

O enquadramento legal baseou-se no art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 332, inciso V do RICMS, Decreto nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Verifico que Por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei de nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

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.

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível, relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Tem-se que na peça inicial acusatória, à folha 01, a Notificante imputa à Notificada o cometimento da Infração tipificada sob o código **050.001.001 o qual a acusa da falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias no regime de diferimento**, em situação onde não é possível a adoção do referido regime, **desacompanhada de DAE ou Certificado de Crédito**, em relação aos DANFE de nº **004.254** (fl. 09), o qual dispunha da mercadoria NCM de nº **2601.11.00 (Minério de Ferro Granulado)**, numa operação interestadual entre a Notificada e a Empresa GERDAU AÇOMINAS S/A., Localizada no **Estado de Minas Gerais**.

Nestas circunstâncias, o enquadramento legal tipificado no **artigo 332, inciso V**, traz **a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS antes da saída das mercadorias**, para aquelas dispostas nas alíneas deste inciso, especificamente aquelas carregadas pelas citadas Notas Fiscais, em sua **alínea “o”**, entretanto, atribuindo o benefício do diferimento do **recolhimento para o dia 09** do mês subsequente, desde que haja autorização do titular da repartição fiscal ao qual a Notificada estiver vinculada conforme o estabelecido em seu **parágrafo 4º**:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:

(...)

o) com pedras de mármore e granito, minério de ferro, manganês e barita;

(...)

§ 4º O recolhimento do imposto no prazo previsto nos incisos V (exceto as alíneas “a”, “b”, “c” e “d”) e VII poderá ser efetuado no dia 9 do mês subsequente, desde que o contribuinte seja autorizado pelo titular da repartição fiscal a que estiver vinculado.

No presente caso concreto a Notificada **não possuía a referida autorização, ao tempo da**

lavratura da presente notificação em 11/10/2021, conforme verifiquei no Sistema da Secretaria da Fazenda de Controle de Processo Tributário, tendo a mesma solicitado o requerimento deste Regime Especial para o recolhimento do ICMS nos termos do art. 332, inciso V, alínea “o”, conforme previsão do art. 107 e 107-A do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, através do Processo de nº 002488/2022-4, datado de 17/01/2022, e conseguido sua habilitação para o diferimento através do Parecer de nº 0357/2022 na **data de 19/01/2022** com vigência até 31/12/2022.

Neste sentido, considera-se que a autuação de mercadorias em **trânsito é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal**. Assim sendo, na ação fiscal procedida **averiguou-se na abordagem do veículo** da Empresa Transporte Rodoviário 1550 LTDA. (fl. 04) **na data de 09/10/2021**, que a mesma carregava as mercadorias da Notificada a qual dever-se-ia ter-se feito circular a Nota Fiscal de nº **004.251 já com o pagamento do imposto nela destacado (através do Documento de Arrecadação Estadual – DAE) no valor de R\$2.752,69**, calculado à **alíquota de 12%** na **mercancia interestadual** com o Estado de Minas Gerais.

Entretanto, sob estas circunstâncias a Notificante **estabeleceu**, ao seu entendimento, **ainda o cálculo do ICMS a ser exigido na presente lavratura à Notificada**, conforme disposto em sua planilha à folha 06, de onde, sob o que chamou de Base de Cálculo (Valores dos produtos destacados nas Notas Fiscais – **R\$22.939,08**) **aplicou a alíquota de 18%**, e dos haveres resultantes (**R\$4.129,03**) concedeu um crédito, cujo o valor foi aquele destacado na nota emitida pela Notificada (**R\$2.752,69**), encontrando-se, nesta situação, o valor de **R\$1.376,34 a ser exigido**, sendo este um procedimento completamente desproporcionado de ter-se realizado, uma vez que o imposto a ser recolhido, neste cenário, seria o montante de **R\$2.752,69**, já destacado na nota fiscal.

Entende-se que o arco estabelecido pela Notificante para a lavratura desta Notificação adequa-se à nulidade amparada nos dizeres da **Súmula do CONSEF de nº 01** em que se disporá de nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração do método aplicado para a apuração do tributo, proporcionando-se **o cerceamento de defesa**, tal qual a nulidade estabelecida **no art. 18, inciso II do RPAF/99**.

Ressalta-se que é necessário atentar-se para o Princípio “*non reformatio in pejus*” onde este princípio recursal garante o direito **à não se deparar com decisão pior do que aquela à qual a parte recorreu**, uma vez que no presente lançamento a reforma acarretar-se-ia numa exigência de ICMS no valor de **R\$2.752,69**, ao invés do valor a menor de **R\$1.376,34** que fora exigido na peça acusatória.

Nesta perspectiva o artigo 156 do RPAF/99 traz que ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outra Notificação Fiscal, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento.

De tudo exposto, voto pela **NULIDADE** da Notificação Fiscal, no entanto, nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal da Notificada, se pertinente, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **084138.0434/21-9**, lavrada

contra **TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2022

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR