

N.F. Nº - 084138.0451/21-0
NOTIFICADO - TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA.
NOTIFICANTE - CORÁLIA PEREIRA PADRE
ORIGEM - DAT SUL/IFMT SUL – POSTO FISCAL JAIME BALEEIRO

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0103-02/22NF-VD

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS DO REGIME DE DIFERIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. DESACOMPANHADA DE DAE OU CERTIFICADO. venda de Minério de Ferro Granulado para fora do Estado da Bahia sem o recolhimento do ICMS. Recolhimento do ICMS a ser feito antes da saída das mercadorias. Contribuinte não possui diferimento do recolhimento para o dia 09 autorizado pelo titular da repartição fiscal a que estiver vinculado. Recolhimento efetuado posterior à lavratura. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 26/10/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$2.911,32, mais multa de 60%, equivalente a R\$1.746,79, perfazendo um total de R\$4.658,11, 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 2321531005/21-9, **datado de 09/10/2021** (fl.04); a cópia do DANFE de nº **004.251** (fl. 05), **emitido pela Notificada na data 03/10/2021**, Venda de Produção do Estabelecimento, com destino à Empresa GERDAU AÇOMINAS S/A, 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 64.491 (fl.06); cópia do documento do motorista e do veículo (fls.06 e 07).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 18 a 27), protocolizada na CORAP NORTE/PA SAC. IRECÊ na data de 14/02/2022 (fl. 17).

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 **“Eslarecimentos Iniciais do Recolhimento Feito pela Impugnante”** acentuou que se tratou 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 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 premissa que está sendo julgada é uma suposta falta de recolhimento de ICMS de mercadorias diferidas, e que a Notificada recolheu o ICMS, tendo sido juntada a documentação. A Empresa se pautou no Decreto Estadual RICMS/BA/12 o qual permite fazer o recolhimento no dia 09 do mês subsequente.

Informou que o Decreto Estadual RICMS/BA/12 possui dois entendimentos: o vencimento no dia 09 do mês subsequente, e o outro entendimento é que deveria ser feito o pagamento antecipadamente, e que há exigência deste. Consignou que o Decreto Estadual não tem legitimidade para antecipar o fato gerador da obrigação tributária.

A exigência da antecipação do pagamento do tributo em questão não poderia ser regulamentada por Decreto, caso não seja precedida de autorização por meio de Lei Ordinária, violando o princípio da reserva legal, ocorrendo em possível inconstitucionalidade já proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

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.

Solicitou o cancelamento da Notificação Fiscal, tendo em vista a inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto Estadual.

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.

Em relação à multa, não há razão da aplicação desta, tendo em vista que o pagamento fora feito dentro do próprio vencimento, caso entenda-se de forma diversa, devendo ser aplicada de forma proporcional no saldo remanescente.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 26/10/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$2.911,32, mais multa de 60%, equivalente a R\$1.746,79, perfazendo um total de R\$4.658,11, em decorrência do cometimento da Infração **(050.001.001) 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**.

O enquadramento legal baseou-se no art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 332, inciso V do RICMS, publicado pelo 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.

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

Em apertada síntese a Notificada consignou que **pagou o ICMS no dia 9 do mês subsequente**, dentro do prazo de vencimento fixado pelo Decreto Estadual, alegou a inconstitucionalidade da previsão de antecipação do pagamento do ICMS por meio de Decreto Estadual sem respaldo em lei ordinária, 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 denota que existe erro na identificação do montante do tributo devido, e tratou da imposição de multa no patamar de 60% (sessenta por cento) que é punição que ultrapassa os limites fixados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e mesmo da capacidade contributiva da Notificada.

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 **004.251** (fl. 05), 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 pela citada Nota Fiscal, 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 26/10/2021**, 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 verdadeiro os fatos apurados no momento do flagrante fiscal**. Assim sendo, na ação fiscal procedida **averiguou-se na abordagem do veículo** da Empresa Transporte Rodoviário 1500 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\$2.911,32, calculado à alíquota de 12% na mercancia interestadual** com o Estado de Minas Gerais, **tal qual assinalado** na memória de cálculo aposta pela Notificante à folha 03.

Ademais, quanto ao argumento defensivo de abusividade da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pela Notificada, considero que a Notificante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida;

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

E, dado à unicidade jurisdicional do Direito brasileiro e em face da instância em que ora se discute esse contencioso administrativo, conforme disposto no citado artigo 167 do RPAF, a inconstitucionalidade alegada pela Notificada foge à apreciação deste órgão administrativo judicante, tendo-se em vista, também, a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Ressalta-se que a Notificada poderá requerer, aos moldes da legislação, à Gerência de Controle da Arrecadação de Tributos – GEARC a compensação dos valores pagos, através do DAE de nº 2109872823 (fl. 149), efetuado na data de **09/11/2021**, referente à **competência do mês 10/2021**, trazido aos autos pela Notificada, no valor pago de R\$156.299,41, donde consta referenciada em documentação anexa às folhas 121 a 147, “Registro de Saída” a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 004.251 (fl. 124), e o ICMS no valor R\$2.911,32, tendo como contido no supracitado valor pago.

Isto posto, não acolho as argumentações suscitadas pela Notificada e voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** em instância única a Notificação Fiscal nº **0841380451/21-0**, lavrada contra **TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimada a Notificada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.911,32** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2022

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR