

N.F. Nº - 298942.1415/22-3
NOTIFICADO - IBAR NORDESTE LTDA.
NOTIFICANTE- HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL/INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/05/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0055-01/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ENQUADRADAS NO REGIME DE DIFERIMENTO. DESACOMPANHADAS DE DAE OU CERTIFICADO DE CRÉDITO. O Notificado realizou operações interestaduais com produtos extrativos minerais sem o recolhimento do imposto antes da saída da mercadoria, conforme disposto na alínea “k” do inciso V do art. 332 do RICMS. Valor de parte da exigência fiscal já havia sido lançada pelo notificado em sua escrituração fiscal antes da ciência do presente lançamento tributário. A outra parte da exigência fiscal se mostrou indevida em razão de não existir previsão expressa na legislação de que a redução da base de cálculo estaria condicionada a uma demonstração expressa na nota fiscal de que o desconto foi repassado no valor cobrado do destinatário. Rejeitada arguição de nulidade. Notificação fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A notificação fiscal em lide, lavrada em 17/09/2022, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$ 8.854,36 em decorrência de falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do regime, desacompanhada de DAE ou certificado de crédito (50.01.01), ocorrido no mês de setembro de 2022, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O notificante acrescentou que o notificado reduziu indevidamente a base de cálculo da operação com base no Convênio ICMS 100/97, pois não demonstrou o repasse do benefício ao preço da mercadoria, condição estabelecida no referido convênio para fruição do benefício. Disse, ainda, que o notificado não recolheu o imposto nas saídas de produtos extrativos minerais, cujo prazo seria antes da saída das mercadorias, conforme inciso V do art. 332 do RICMS. Acrescentou que o pedido formulado pelo notificado para fruição de prazo especial foi indeferido pela SEFAZ.

O notificado apresentou defesa das fls. 12 a 22. Disse que a ciência desta notificação apenas ocorreu em 07/11/2022. Alegou que a presente exigência fiscal deve ser considerada nula porque a ação fiscal foi desenvolvida na fiscalização do trânsito de mercadorias, por servidor que ocupa o cargo de AUDITOR FISCAL como consta do corpo da notificação fiscal em apreço, em decorrência da ausência de regular intimação acerca do indeferimento da autorização para recolhimento do ICMS no prazo normal e porque o ICMS relativo ao DANFE nº 38467, objeto da presente exigência fiscal, já foi recolhido, como se vê no livro de saída de mercadoria e no livro de apuração do ICMS, ambos em anexo, em razão da compensação com o saldo credor da apuração mensal decorrente do princípio da não cumulatividade do ICMS.

Reiterou a incompetência da autoridade fiscal para proceder o lançamento de ofício, uma vez que contraria o inciso I do art. 42 do Decreto nº 7.629/99, pois tal competência é atribuída por Lei aos AGENTES DE TRIBUTOS ESTADUAIS, como determina o art. 42, II em consonância com o art. 18, I, ambos do RPAF-BA. Citou decisões do CONSEF que vão ao encontro do requerido, como os Acórdãos JJF Nº 0173-02/19, JJF Nº 0029-06/19, JJF Nº 0132-03/15 e CJF Nº 0262-12/19.

Disse, ainda, que a Lei nº 11.470/09 introduziu alterações na Lei nº 8.210/2002 e nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, atribuindo essas competências.

Também requereu a nulidade em razão da ausência de regular intimação acerca do indeferimento da autorização para recolhimento do ICMS no prazo normal. Anexou parecer à fl. 43, expedido pela SEFAZ em 2020, onde consta o indeferimento, mas sem ciência do sujeito passivo, impedindo a correção da irregularidade apontada como motivo para negação da autorização para recolhimento no prazo normal.

Anexou à fl. 48, trecho do registro de saída do mês de setembro de 2022 onde consta o lançamento da nota fiscal nº 38467, objeto da presente exigência fiscal. Assim, destacou que ficou evidente a dupla exigência fiscal, acarretando em enriquecimento sem causa, prática condenável no mundo jurídico. Concluiu que cobrar duas vezes o mesmo imposto é efetuar confisco do patrimônio do contribuinte, vez que o imposto só deve ser pago uma única vez, sob pena de incorrer na prática condenável do “BIS IN IDEM”.

Requereu que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus patronos, no endereço constante do rodapé da petição de defesa.

VOTO

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

A presente notificação fiscal exige ICMS em razão do não recolhimento do imposto antes da saída interestadual de óxido de magnésio.

Rejeito o pedido de nulidade da notificação fiscal sob o argumento de que o auditor fiscal responsável pela lavratura não teria competência para fazê-lo. Decisão do STF na ADI 4.233 excluiu dos atuais Agentes de Tributos Estaduais a competência para a constituição de créditos tributários, alterando sobremaneira as atuais atribuições tanto dos auditores fiscais como dos agentes de tributos, fazendo com que essas atribuições retornassem ao patamar existente antes da vigência da Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009, que alterou a Lei nº 8.210/02.

O art. 7º da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, que reestruturou o Grupo Ocupacional Fisco da Secretaria da Fazenda, estabelecia dentre as atribuições do Agente de Tributos Estaduais as indicadas a seguir, que foram posteriormente alteradas pela Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009:

Art. 7º São atribuições dos titulares dos cargos de Agente de Tributos Estaduais:

II - executar procedimentos de fiscalização de receitas estaduais no trânsito de mercadorias, sob coordenação do Auditor Fiscal

III - executar atividades de monitoramento de contribuintes de baixa capacidade contributiva;

Com a decisão do STF, as novas atribuições estabelecidas pela Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009, aos atuais Agentes de Tributos Estaduais deixaram de ter eficácia, a saber:

Art. 7º São atribuições dos titulares dos cargos de Agente de Tributos Estaduais:

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

As demais atribuições dos Agentes de Tributos Estaduais, previstas no art. 7º da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, que permanecem inalteradas, são:

- I - arrecadar receitas estaduais;
- IV - efetuar vistorias e diligências para coleta de informações e documentos;
- V - realizar contagem física de estoques e examinar a respectiva documentação fiscal;
- VI - coordenar e executar atividades de apoio técnico especializado na área tributária;
- VII - executar atividades de captação, guarda e distribuição dos recursos públicos estaduais;
- VIII - executar atividades de administração das aplicações no mercado financeiro dos recursos públicos estaduais, da dívida pública estadual e do patrimônio de títulos mobiliários do Estado;
- IX - executar atividades relativas à operacionalização do sistema financeiro e de contabilidade;
- X - efetuar a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil do Estado;
- XI - subsidiar a elaboração da programação financeira do Estado;
- XII - subsidiar a elaboração dos Demonstrativos Contábeis do Balanço Geral do Estado, bem como os exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal;
- XIII - planejar, coordenar e executar as demais atividades de apoio técnico especializado inerentes ao funcionamento da Secretaria da Fazenda nas áreas financeira, contábil, orçamentária, patrimonial, previdenciária, tecnológica, de recursos humanos e de administração geral;
- XIV - executar atividades que auxiliem o Auditor Fiscal no exercício de suas atribuições.

A Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, também foi alterada pela Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009, para atribuir ao Agente de Tributos Estaduais a função fiscalizadora que era exercida exclusivamente pelos Auditores Fiscais, perdendo também a sua eficácia, conforme a seguir:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos estaduais.

Nota: A redação atual do § 1º do art. 107 foi dada pela Lei nº 11.470, de 08/04/99, DOE de 09/04/09, efeitos a partir de 01/07/09.

Redação anterior: "§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais."

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Nota: A redação atual do § 3º do art. 107 foi dada pela Lei nº 11.470, de 08/04/99, DOE de 09/04/09, efeitos a partir de 01/07/09.

Redação anterior: § 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a execução de tarefas de subsídio à fiscalização.

Com a decisão do STF, os auditores fiscais retornam a exercer privativamente a competência da função fiscalizadora, cabendo aos agentes de tributos a execução de tarefas de subsídio à fiscalização.

Os auditores fiscais têm competência exclusiva na ação fiscal sendo a autoridade administrativa que efetuará as tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária e lavrará, conforme o caso, a notificação fiscal ou o auto de infração.

Também rejeito o pedido de nulidade em relação ao fato de não ter sido intimado para tomar conhecimento de decisão que negou o pedido para autorizar o recolhimento do ICMS nas saídas de produtos extrativos minerais no dia 09 do mês subsequente ao da saída das mercadorias. A solicitação efetuada pelo notificado não garantia de imediato a fruição do tratamento dispensado na legislação. Necessário o recebimento da autorização expressa para que a partir daí pudesse utilizar do prazo especial de pagamento.

No mérito, a presente notificação fiscal trata da exigência de ICMS sobre a saída interestadual de

óxido de magnésio sem o recolhimento do imposto incidente na operação antes da ocorrência do fato gerador. Nas saídas interestaduais a operação deve ser tributada, pois a alínea “k” do inciso V do art. 332 do RICMS estabelece que o recolhimento do ICMS será feito antes da saída com produtos agropecuários e extrativos vegetais e minerais. De acordo com definição encontrada no endereço <https://blog.nutritienda.com/pt/oxido-de-magnesio-2/>, o óxido de magnésio é um produto obtido da calcinação do mineral magnesita (carbonato de magnésio). A calcinação é o processo pelo qual o minério bruto de magnesita é aquecido para eliminar o CO₂ e formar MgO (óxido de magnésio). Assim, de fato, o recolhimento do ICMS nas saídas do produto óxido de magnésio deveria ter sido efetuado antes da saída da mercadoria.

Entretanto, a ciência do presente lançamento tributário somente ocorreu dia 08/11/2022, conforme documento trazido pelo notificado à sessão de julgamento (fl. 65/68), após o notificado ter efetuado o lançamento do débito fiscal indicado na nota fiscal nº 38467 em sua EFD relativa ao mês de outubro de 2022.

No que diz respeito à redução da base de cálculo efetuada pelo autuado, a mesma está amparada no artigo 268, inciso LXIII, do RICMS/BA e Cláusula primeira, inciso III do Convênio ICMS nº 100/97, uma vez que o produto em questão trata-se de um derivado da magnesita, que serve de insumo (aditivo) na fabricação de ração animal, ou seja, tem uso na pecuária:

RICMS/BA:

Art. 268 – É reduzida a base de cálculo:

LXIII – nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, exceto os previstos nos incisos LXIV e LXV do caput do art. 268 deste Decreto, na forma e condições estabelecidas no acordo interestadual

Convênio ICMS 100/97:

Cláusula primeira. Fica reduzida em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:

III - rações para animais, concentrados, suplementos, aditivos, premix ou núcleo, fabricados pelas respectivas indústrias, devidamente registradas no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, desde que:

- a) os produtos estejam registrados no órgão competente do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e o número do registro seja indicado no documento fiscal, quando exigido;
- a) os produtos estejam registrados no órgão competente do Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária e o número do registro seja indicado no documento fiscal;
- b) haja o respectivo rótulo ou etiqueta identificando o produto;
- c) os produtos se destinem exclusivamente ao uso na pecuária;

Quanto ao questionamento do autuante de que o autuado não demonstrou expressamente no documento fiscal a dedução no preço da mercadoria do valor correspondente ao imposto dispensado (Cláusula quinta, inciso II, do Convênio ICMS 100/97), verifico que, apesar de constar no art. 268, LXIII, do RICMS/BA, acima transcrito, que a redução deve obedecer as condições estabelecidas no Convênio ICMS 100/97, entendo que essas condições não se referem à exigência contida no inciso II da Cláusula quinta, do referido Convênio, pois essa condição deveria estar expressa na legislação do Estado.

Vale destacar, que o próprio inciso III da Cláusula primeira, do Convênio em questão, estabelece as condições para fruição do benefício da redução da base de cálculo, que estão elencadas no dispositivo legal mais acima transcrito, que no caso seria, dentre outras, a de estar o aditivo devidamente registrado no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA. Assim as condições a serem observadas, de que trata o art. 268, LXIII, do RICMS/BA, se referem aquelas especificadas no referido inciso.

Inclusive, cabe assinalar, que os incisos LXIV e LXV, do RICMS/BA, que também tratam de redução da base de cálculo autorizadas pelo mesmo Convênio, não estabelecem nenhuma exigência de demonstração no documento fiscal do desconto decorrente da redução ou qualquer outra condição para fruição do benefício, nem de forma genérica. Assim seria incoerente entender que para alguns produtos do Convênio haveria a necessidade de demonstrar o desconto no preço e em outras mercadorias, não.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da notificação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **298942.1415/22-3**, lavrada contra **IBAR NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o notificado para tomar conhecimento da decisão.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR