

N.F. Nº - 298942.1006/22-6  
NOTIFICADO - XILOLITE S/A  
NOTIFICANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA  
ORIGEM - DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL JAIME BALEEIRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.05.2023

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0062-05/23-VD**

**EMENTA.** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO NO TRÂNSITO DE MERCADORIAS. DIFERIMENTO. As operações objeto do lançamento fiscal não estão submetidas ao regime de diferimento, previsto no art. 332, inc. V, alínea “k”, do RICMS-Ba, que estabelece a obrigação de pagamento do imposto, de forma antecipada, antes das saídas das mercadorias para outras Unidades da Federação em relação a produtos extrativos. As operações autuadas estavam beneficiadas pelo incentivo fiscal do DESENVOLVE, regulado pela Lei nº 7.980/2001 e pelo Decreto nº 8.205/2002. Em Resolução específica, aprovada em dezembro de 2013, pelo Conselho Deliberativo do Programa, foi concedido ao contribuinte a dilação do prazo de recolhimento do ICMS, em até 72 (setenta e dois) meses, nas operações próprias com talcos ultrafinos e magnesita calcina caustica. Acolhido o principal argumento defensivo para afastar a cobrança antecipada do imposto no trânsito de mercadorias. Incompatibilidade entre a norma do benefício fiscal e a norma geral relativa ao encerramento do diferimento com recolhimento antecipado do imposto, prevista no RICMS-Ba. Configurada a existência de antinomia de normas de mesma hierarquia. Prevalência da norma específica. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada no trânsito de mercadorias, em 14/08/2022, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 7.521,93, acrescido da multa no importe de R\$ 4.513,16, totalizando a quantia de **R\$ 12.035,09**. Na peça acusatória a imputação fiscal foi assim descrita:

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

Constou no campo “**Descrição dos Fatos**” da N.F.: *Falta de recolhimento tempestivo do ICMS referente a saída de produtos extrativos minerais não metálicos, destinados a outra Unidade da Federação. O contribuinte NÃO POSSUI AUTORIZAÇÃO ESPECIAL para prazo de recolhimento do ICMS – Art. 332, V, letra “k”, § 4º, do Dec. 13.780/12 – RICMS/BA. NF-e nº 29.697 e nº 29.700, de 11/08/22, MDF-e e DACTE, anexos.*

**Documentos juntados na peça acusatória (doc. fls. 03/10):** Termo de Ocorrência Fiscal; cópias dos DANFEs nº 29697 e nº 29.700 e Conhecimento de Transporte (CT-e nº 42.443); documentos de identificação do condutor da carga; Termo de Ciência da Notificação Fiscal encaminhado via DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico).

Os documentos fiscais que compõem o lançamento fiscal acobertaram as saídas dos seguintes produtos: **Talco USP PLUS/200, Talco Microlite/20, Talco USP/7 Microns, Talco USP PLUS/325, todos eles classificados na posição 25262000 da NCM/SH.**

O contribuinte ingressou com defesa administrativa, subscrita por seu representante legal, devidamente habilitado a atuar neste processo através do instrumento juntado à fl. 25, em petição datada de 25/09/2022.

Contestou a exigência fiscal, inicialmente, sob o argumento de que a cobrança do imposto, realizada de forma antecipada, acabou privando a impugnante de utilizar plenamente as compensações a que tem direito, por força de lei, seja em virtude da sua habilitação aos benefícios do programa DESENVOLVE, seja em função da própria sistemática de apuração do imposto pelo regime não cumulativo.

Detalhou na sequência que através da Resolução nº 179/2013, de 17/12/2013, reproduzida à fl. 15 dos autos, a notificada foi habilitada ao programa DESENVOLVE, com a concessão do benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor, relativamente às operações próprias. O referido incentivo fiscal abarcou o projeto de modernização e ampliação da planta da XILOLITE S/A, instalada no município de Brumado-Ba, destinada a produzir **talcos finos e magnesita calcinada cáustica.**

A partir da publicação da citada Resolução do DESENVOLVE, em dezembro de 2013, a apuração mensal do ICMS da notificada passou a ser submetida a um tratamento especial e diferenciado, já que o saldo devedor eventualmente apurado no mês está sujeito à dilação de seu prazo de pagamento, podendo a empresa, caso queira, antecipar esse pagamento para obter redução no valor do ICMS a ser recolhido, sendo, inclusive, esta a opção exercida pela impugnante desde que foi habilitada no programa.

Nesse contexto, a notificada sustenta que as saídas interestaduais de mercadorias cujo ICMS destacado nas notas fiscais irá fazer parte do saldo devedor do imposto não estão sujeitas à antecipação de pagamento do imposto, o que acabaria neutralizando o benefício do DESENVOLVE concedido pelo Estado. Assim, a cobrança antecipada do ICMS junto a empresas beneficiadas no Programa DESENVOLVE mostra-se descabida, pois acaba interferindo no cálculo mensal do imposto em desfavor do contribuinte, razão pela qual a notificada requer que ser declarada a IMPROCEDÊNCIA da exigência fiscal objeto do lançamento de ofício.

Mais à frente a defesa argumentou ser forçoso concluir que a aplicação prática do art. 332, inc. V, alínea “k”, do RICMS-Ba vai de encontro ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, na medida em que a cobrança antecipada do imposto acaba impossibilitando que o contribuinte utilize os créditos fiscais normais vinculados às suas operações de entrada. Ressaltou que a Constituição de 1988 fez apenas duas exceções taxativas à vedação de crédito do ICMS decorrente do princípio da não cumulatividade: **a isenção e a não incidência**, sendo que em relação a essas duas exceções foram ressalvadas as hipóteses de manutenção de créditos previstos na legislação de regência.

Assim, considerando que a CF/1988, à exceção da isenção e de não incidência, não elencou outras hipóteses limitadoras do direito ao crédito do imposto, afronta a Carta Magna a previsão contida no art. 332, inc. V, alínea “k”, do RICMS-Ba, de exigir o pagamento antecipado do ICMS em cada operação de saída realizada pelo contribuinte, por restringir por completo o mecanismo de compensação entre débitos e créditos garantida pela Lei Maior do país.

Pelas razões acima expostas, relacionadas ao desatendimento pelo fisco do **princípio da não cumulatividade do ICMS**, a defesa pede que a presente Notificação Fiscal seja julgada totalmente IMPROCEDENTE.

Em outro tópico da peça defensiva, **em razões subsidiárias**, a defesa discorreu que o imposto lançado na presente Notificação Fiscal foi totalmente recolhido no momento da apuração mensal do ICMS. Enfatizou que a legislação do ICMS da Bahia prevê expressamente, no § 1º, do art. 42, da

Lei nº 7.014/96, que o imposto que deixou de ser pago antecipadamente, mas que foi comprovadamente recolhido, em momento posterior, na etapa de saída das mercadorias, é dispensado, conforme a regra referenciada, a seguir reproduzida:

**Art. 42 - (...)**

*§ 1º - No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;*

Visando demonstrar que o ICMS objeto do presente lançamento fiscal foi integralmente recolhido, a defesa procedeu juntada na peça impugnatória dos seguintes elementos de prova, em cópia reprográfica:

- 1 – notas fiscais que serviram de base documental para a cobrança lançada na Notificação Fiscal (**docs. fls. 57/58**);
- 2 – escrituração das notas fiscais acima referenciadas e correspondentes totalizações dos valores destacados no livro Registro de Saídas de Mercadorias – LRS, da impugnante (**doc. fls. 59 a 60**);
- 3 – livro Registro de Apuração do ICMS - LRA do mês em que as NFs objeto do lançamento foram escrituradas, com o objetivo de demonstrar que os totais transportados do LRS correspondem exatamente aos totais escriturados no LRA (**doc. fls. 61 a 64**);
- 4 – comprovante de recolhimento do ICMS com o objetivo de demonstrar que o total do saldo devedor do imposto do mês em que as notas fiscais foram escrituradas (agosto/2022) resultaram em recolhimento em favor do erário estadual (**doc. fls. 65 a 66**).

Com base na documentação acima referenciada a defesa requer o valor principal, lançado na Notificação Fiscal, seja dispensado, conforme previsão contida no § 1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Informa o contribuinte, em acréscimo às razões já apresentadas, que além da Notificação Fiscal de que trata a presente defesa, foram lavradas até a data atual, outras **104 (cento e quatro)** notificações fiscais que se referem exatamente à mesma matéria, ou seja, a falta de recolhimento antecipado do ICMS nas saídas de produtos extrativos minerais, todas elas formalizadas entre os meses de julho e agosto de 2022, no mesmo Posto Fiscal (**Posto Fiscal Jaime Baleeiro**), no município de Urandi-Ba.

Ressaltou ainda que não tomou ciência do início de qualquer ação fiscal, visto que as mercadorias não foram retidas pela fiscalização do trânsito. Relatou na sequência que a ciência dos lançamentos fiscais somente se verificou semanas após a data da lavratura das respectivas Notificações e que ao ser cientificado das infrações que lhe foi imputada solicitou à Inspetoria Fazendária de seu domicílio fiscal autorização para proceder o recolhimento do ICMS até o dia 09 do mês seguinte, sendo-lhe deferida essa medida, em setembro/2022, por meio de Parecer Fazendário proferido no processo nº 11827920222, cujo despacho do Inspetor Fiscal se encontra reproduzido à fl. 21 dos autos.

Pede a defesa, também em **razões subsidiárias**, que as 105 (cento e cinco) notificações fiscais sejam julgadas de forma unificada, em uma única sessão de julgamento, considerando a identidade de matéria existente em todas elas, evitando-se assim que sejam proferidas decisões distintas sobre a mesma questão. Apresentou um quadro demonstrativo, à fl. 22 do PAF, listando os números de registro de todas as notificações lavradas no trânsito de mercadorias contra a Xilolite S/A, entre os meses de julho e agosto de 2022.

Ao finalizar a peça defensiva o contribuinte reiterou todos os pedidos formulados anteriormente, aqui novamente reproduzidos:

- a) Afastamento da cobrança do ICMS antecipado considerando que a empresa é beneficiária

- do DESENVOLVE, de forma a se preservar o seu direito à dilação do prazo de recolhimento do imposto e da correspondente redução dos valores devidos, em caso de pagamento antecipado da parcela dilatada;
- b) Improcedência da cobrança do ICMS antecipado por ocasião das saídas das mercadorias, pois o modelo de tributação previsto no art. 332, inc. V, alínea “k”, do RICMS-Ba está em desacordo com o princípio da não cumulatividade consagrado no art. 155, inc. II, § 2º da Constituição Federal de 1988;
  - c) Em razões subsidiárias a impugnante requer que o valor principal da cobrança seja dispensado, conforme prevê o § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, visto que restou comprovado que o ICMS destacado nas notas fiscais foi recolhido pela empresa na apuração da conta corrente do mês;
  - d) Por fim, a defesa pede que a presente Notificação Fiscal seja julgada por esta JJF de maneira unificada, com as outras 104 (cento e quatro) notificações fiscais que tratam da mesma matéria.

**Documentos adicionais juntados na peça defensiva além dos já mencionados anteriormente (fls. 24 a 55):** Instrumento de procuração conferido ao subscritor da peça impugnatória; Estatuto Social da pessoa jurídica notificada autenticada na Junta Comercial do Estado da Bahia; e, cópia reprográfica da Notificação Fiscal.

Não houve prestação de Informativo Fiscal pela autoridade fazendária responsável pelo lançamento.

O presente PAF foi distribuído para esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal em novembro de 2022 sob responsabilidade de minha relatoria.

Na assentada de julgamento do dia 19/12/2022, em consulta aos sistemas da SEFAZ-Ba, foi constatado que o contribuinte é efetivamente beneficiário do Programa DESENVOLVE, desde dezembro de 2013, através da Resolução nº 179/2013, que estabeleceu a dilação do prazo de recolhimento do ICMS, em até 72 (setenta e dois) meses, nas operações próprias, **com talcos ultrafinos e magnesita calcinada cáustica**. O referido incentivo fiscal abrangeu o projeto de modernização e ampliação da planta da empresa XILOLITE S/A, instalada no município de Brumado, neste Estado.

O colegiado da 5ª JJF, naquela ocasião, resolveu converter o presente PAF em diligência para que a Inspeção Fiscal do domicílio tributário do sujeito passivo (IFEP SUL) procedesse à intimação do sujeito passivo visando trazer aos autos cópia reprográfica do inteiro teor do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e do Parecer técnico elaborado pela Secretaria Executiva do referido Programa que opinou pela aprovação do benefício, vez que essas informações constituem elementos de prova necessários para o deslinde da presente lide fiscal.

Devidamente intimado através do DTE, o contribuinte traz aos autos, em mídia gravada, inserida à fl. 73, o inteiro teor do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, incluído a descrição detalhada do seu processo produtivo que envolve a atividade de extração e beneficiamento de talco e magnesita.

Em despacho exarado à fl. 75 deste PAF, datado de 17/04/2023, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

## VOTO

A Notificação Fiscal objeto da presente lide foi lavrada pela fiscalização do Trânsito de Mercadorias para a cobrança de ICMS nas saídas de produtos extrativos minerais não metálicos,



destinados a outra Unidade da Federação, operação em que houve o encerramento da fase de diferimento do imposto, não possuindo o contribuinte AUTORIZAÇÃO ESPECIAL para recolhimento do tributo nos prazos ordinários estabelecidos na legislação de regência, ou seja, dia 09 do mês subsequente às saídas dos produtos.

Enquadramento do fato nas disposições do art. 32 da Lei nº 7.014/96 e no art. 332, inc. V, letra “k”, do Decreto nº. 13.780/12 – RICMS/BA.

O contribuinte contestou a legalidade do lançamento fiscal, formulando ao final da peça de defesa os seguintes pedidos:

- a) Afastamento da cobrança do ICMS antecipado considerando que a empresa é beneficiária do DESENVOLVE, de forma a preservar o seu direito à dilação do prazo de recolhimento do imposto e da correspondente redução dos valores devidos, em caso de pagamento antecipado da parcela dilatada;
- b) Improcedência da cobrança do ICMS antecipado por ocasião das saídas das mercadorias, pois o modelo de tributação previsto no art. 332, inc. V, alínea “k” do RICMS-Ba está em desacordo com o princípio da não cumulatividade consagrado no art. 155, inc. II, § 2º da Constituição Federal de 1988;
- c) Em razões subsidiárias a impugnante requer que o valor principal da cobrança seja dispensado, conforme prevê o § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, visto que restou comprovado que o ICMS destacado nas notas fiscais foi recolhido pela empresa na apuração da conta corrente do mês;
- d) Por fim, a defesa pede que a presente Notificação Fiscal seja julgada por esta JJF de maneira unificada, com as outras 104 (cento e quatro) notificações fiscais que tratam da mesma matéria.

Passaremos doravante a enfrentar as questões suscitadas na peça defensiva.

Após fazermos uma interpretação sistemática da legislação de regência do ICMS chegamos à conclusão de que as operações objeto do lançamento fiscal não estão submetidas ao regime de diferimento, previsto no art. 332, inc. V, alínea “k” do RICMS-Ba, que estabelece a obrigação de pagamento do imposto de forma antecipada, antes das saídas das mercadorias para outras Unidades da Federação em relação a produtos extrativos.

Isto porque as operações autuadas estavam beneficiadas pelo incentivo fiscal do DESENVOLVE, regulado pela Lei nº 7.980/2001 e pelo Decreto nº 8.205/2002. Em Resolução específica, aprovada em dezembro de 2013, pelo Conselho Deliberativo do Programa, foi concedido ao contribuinte a dilação do prazo de recolhimento do ICMS, em até 72 (setenta e dois) meses, nas operações próprias com talcos ultrafinos e magnesita calcinada cáustica.

No caso em exame, as operações objeto da Notificação alcançaram as saídas acobertadas pelas Notas Fiscais Eletrônicas nº 29697 e nº 29.700, envolvendo os seguintes produtos: **Talco USP PLUS/200, Talco Microlite/20, Talco USP/7 Microns, Talco USP PLUS/325, todos eles classificados na posição 25262000 da NCM/SH.**

Visando exatamente certificar o alcance do benefício fiscal do DESENVOLVE o colegiado desta 5ª Junta de Julgamento converteu o PAF em diligência para que o contribuinte fosse intimado a apresentar nos autos, em cópia reprográfica ou eletrônica, o inteiro teor do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e do Parecer técnico elaborado pela Secretaria Executiva do referido Programa que opinou pela aprovação do incentivo fiscal.

Devidamente intimado através do DTE, o contribuinte juntou no processo, em mídia gravada, inserida à fl. 73, no formato de arquivo digital, o inteiro teor do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, incluído a descrição detalhada do seu processo produtivo que envolve a atividade de extração e beneficiamento de talco e magnesita.

Considerando o acima exposto, **acolho o principal argumento defensivo de mérito para afastar a cobrança antecipada do imposto no trânsito de mercadorias**, visto que há flagrante incompatibilidade entre a norma do benefício fiscal e a norma geral relativa ao encerramento do diferimento e consequente recolhimento antecipado do imposto, prevista no RICMS-Ba, no art. 332, inc. V, alínea “k”.

Configurada neste caso a existência de antinomia entre normas de mesma hierarquia (RICMS vs. Decreto c/c a Resolução do DESENVOLVE). Prevalece nesta situação a norma específica ou especial, concessiva do benefício da dilação de prazo para o recolhimento do imposto.

Aqui, cabe destacar também, que a própria Administração Fazendária reconheceu a incompatibilidade existente entre o regime de diferimento, que estabelece o pagamento antecipado do ICMS, e o benefício do DESENVOLVE, que posterga o recolhimento do tributo, ao editar em setembro de 2022, ato administrativo concreto que autorizou o contribuinte a proceder a quitação do ICMS incidente nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, estabelecendo o mesmo prazo previsto para pagamento do imposto relativo às operações próprias, questão que foi solucionada através do processo nº 1182790222, que tramitou pela IFEP SUL.

No que se refere a alegação defensiva de que o lançamento de ofício incorreu em violação ao princípio da não cumulatividade do ICMS, **a questão se tornou superada**, vez que a cobrança antecipada do ICMS, sem a dedução de créditos de imposto se revelou indevida, com o acolhimento da tese defensiva de que deve prevalecer a norma do benefício fiscal que posterga a apuração e recolhimento do tributo.

Da mesma forma o pedido subsidiário de aplicação das disposições do art. 42, § 1º, visto que o imposto cobrado na Notificação foi recolhido no momento da apuração mensal do imposto, remanescendo tão somente a multa pecuniária, que é indevida neste específico caso.

Por último, quando postulação de natureza processual de reunião de todas as notificações fiscais sobre a mesma matéria em discussão nesta lide, em um único ato de julgamento, num total de 105 PAFs, trata-se de medida que não tem previsão nas normas do processo administrativo tributário da Bahia, positivadas no Código Tributário Estadual (COTEB – Lei nº 3.956/81) e correspondente Regulamento (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, ou mesmo no Regimento Interno do CONSEF (Decreto nº 7.592/99).

#### **Pedido indeferido.**

Isto posto, nosso voto, no mérito, é pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar, em instância ÚNICA, **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **298942.1006/22-6**, lavrada contra **XIOLITE S/A**.

Sala de Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR