

N. F. Nº - 128984.1585/22-9
NOTIFICADO - XILOLITE S.A.
NOTIFICANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTENET – 14.04.2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº. 0071-06/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE DIFERIMENTO. AUSÊNCIA DE DAE OU CERTIFICADO DE CRÉDITO. Comprovado nos autos que o notificado realizou operação interestadual com produto extrativo mineral sem o recolhimento do imposto antes da saída da mercadoria, conforme disposto na alínea “k” do inciso V do artigo 332 do RICMS/12, respaldado em autorização anterior firmada pela titular da repartição fiscal, razão pela qual, o comprovante do pagamento do imposto não deveria acompanhar o documento fiscal, uma vez que na operação objeto da Notificação, o imposto deve ser recolhido no nono dia do mês posterior ao período de apuração do ICMS. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal ora apreciada foi lavrada em 11 de setembro de 2022 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 22.677,84, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **050.001.001**. Falta de recolhimento de 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.

A notificada, por seu procurador devidamente constituído nos termos do instrumento de fl. 25, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 11 a 23, onde argumenta, após sintetizar a infração, e reproduzir o teor do artigo 332, inciso V, alínea “k”, do RICMS/12, além do seu § 4º, no qual teria o notificante se respaldado, que de acordo com a Fiscalização, para que o recolhimento do ICMS pudesse ser realizado no prazo normal de pagamento, deveria a empresa atender a tal preceito.

Alega que a referida autorização para recolhimento do ICMS até o dia nove do mês seguinte se deu em 08/09/2022, conforme Parecer 3809-2022, reproduzido.

Observa que o referido Parecer, datado de 08/09/2022, estipulou o prazo de sua vigência entre 06/09/2022 e 06/09/2025, o que significa que durante este período de vigência o recolhimento do ICMS oriundo das saídas interestaduais de produtos de origem extrativa mineral pode ser realizado até o dia nove do mês subsequente, no momento da apuração normal do imposto.

Frisa que a lavratura da presente Notificação Fiscal se deu em 11/09/2022, conforme se observa no campo “Data e Hora da Lavratura”, portanto, durante a vigência da autorização concedida pela Inspetoria Fazendária para o Trânsito de Mercadorias, sem a necessidade de pagamento antecipado.

Considerando a lavratura da Notificação Fiscal de ICMS totalmente infundada, requer a improcedência da autuação.

Além disso, aduz que o lançamento foi realizado em desacordo com a legislação estadual em vigor, que trata do ICMS, na medida em que tal cobrança realizada antecipadamente, lhe priva de utilizar plenamente as compensações a que tem direito por força de lei, seja em virtude de sua habilitação aos benefícios do Programa DESENVOLVE, seja em função da própria sistemática de apuração do imposto, pelo regime não cumulativo.

Que demonstrará, ter sido o lançamento feito em desacordo com a legislação vigente, na medida em que tal cobrança realizada antecipadamente acaba lhe privando de utilizar plenamente as compensações a que tem direito por força de lei, seja em virtude da sua habilitação aos benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE, que concede dilação de prazo de setenta e dois meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativamente às operações próprias.

Menciona a Resolução 179/2013 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (copiada), pela qual lhe foi concedido o benefício da dilação de prazo de setenta e dois meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativamente às operações próprias.

Verifica, de sua leitura, estar habilitada pelo estado da Bahia aos benefícios de tal Programa, o que significa que, a partir daquele momento a apuração mensal do ICMS passou a ser submetida a tratamento especial e diferenciado, já que o saldo devedor eventualmente apurado no mês está sujeito a uma dilação no seu pagamento de até setenta e dois meses, podendo, caso queira, antecipar esse pagamento e, com isso, obter redução do valor do ICMS a recolher, sendo essa, inclusive, a opção utilizada, desde o momento em que foi habilitada ao referido Programa.

Aduz que as saídas interestaduais de mercadorias, cujo ICMS destacado nas Notas Fiscais irá fazer parte do saldo devedor do imposto, não estão sujeitas a antecipações no pagamento do ICMS, pois tal obrigação de realizar o pagamento antecipado neutraliza o benefício concedido pelo Programa DESENVOLVE, já que o ICMS destacado, ao ser pago antecipadamente não será submetido, nem a dilação do seu prazo de recolhimento, e, pois, ainda, não será objeto de redução, em virtude do pagamento antecipado da parcela dilatada.

Entende que na prática, é como se o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal de venda, ao invés de fazer parte de alguma conta gráfica onde o saldo devedor, apurado através do confronto entre débitos e créditos, seria submetido a um desconto pelo pagamento antecipado da parcela dilatada, tivesse que ser integralmente recolhido de forma antecipada, indo de encontro a principal premissa estabelecida no Programa DESENVOLVE, que seria a de viabilizar às empresas uma redução fiscal em troca dos compromissos assumidos pelas mesmas, mediante Protocolo de Intenções firmado com o estado, de realização de investimentos, geração de empregos, dentre outros.

Assevera ser a cobrança antecipada do ICMS de empresas beneficiadas pelo DESENVOLVE, descabida, pois interfere no cálculo mensal do imposto em seu desfavor, razão pela qual requer seja declarada a improcedência da autuação.

Argui que a aplicação prática do disposto no artigo 332, inciso V, alínea “k”, do RICMS/12 vai de encontro ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, uma vez que ao se cobrar o imposto da forma antecipada, o contribuinte acaba sendo prejudicado na medida em que fica impossibilitado de utilizar os créditos fiscais normais, vinculados às suas operações de entradas, quando da apuração do imposto devido no mês relativo às saídas, cujo ICMS foi pago antecipadamente.

Aponta ter a Constituição Federal de 1988 apenas duas exceções no tocante à vedação do direito ao crédito de ICMS, decorrente do princípio da não cumulatividade, quais sejam, a isenção e a não incidência, o que significa dizer que, salvo nas hipóteses de previsão de manutenção dos créditos concedidos pelos estados, as saídas isentas ou submetidas à não incidência do ICMS não implicarão direito ao crédito ao contribuinte do imposto, acarretando, portanto, a anulação total ou parcial dos créditos das entradas.

Assim, ao tirar do contribuinte o direito de se creditar do ICMS em situações em que a Constituição Federal não elencou como limitadoras a tal direito, que são a isenção e a não incidência, é atitude que a afronta, visto que a sistemática da não cumulatividade não comporta nenhuma restrição advinda da legislação infraconstitucional, pois as diretrizes dessa sistemática foram traçadas pela própria Carta Magna, arremata.

Pontua que, considerando que a sistemática da não cumulatividade possui raiz constitucional, previsão contida no artigo 332, inciso V, alínea “k”, do RICMS/12, ao exigir o pagamento antecipado do ICMS em cada operação de saída realizada pelo contribuinte, restringe por completo o mecanismo de compensação entre débitos e créditos, de garantia constitucional.

Sustenta que no caso concreto, a obrigação constante do artigo 332, inciso V, alínea “k”, do RICMS/12 de que os produtos extrativos minerais devem se submeter ao pagamento antecipado do ICMS, acaba por obstar o aproveitamento pela empresa dos créditos de ICMS oriundos das entradas, já que a conta gráfica em que se realiza o confronto entre créditos e débitos só produz efeito no dia nove de cada mês, quando do vencimento do imposto.

Ressalta ser de clareza solar, portanto, que a obrigação instituída por meio do inciso V, alínea “k”, do artigo 332 do RICMS/12, equivale, na prática, a tornar o ICMS um imposto cumulativo, situação constitucionalmente vedada, e, caso não reparada pelo órgão julgador, o resultado prático prejudica não somente a empresa autuada, como todo o restante da cadeia até o consumidor final, sendo este último onerado por uma carga tributária acumulada na cadeia de consumo.

Frisa que diante da constatação de que o modelo de tributação previsto no artigo supramencionado, de exigir pagamento antecipado e individualizado do ICMS em cada operação de saída, está em desacordo com o princípio da não cumulatividade constitucionalmente consagrado, motivo pelo qual requer a improcedência da Notificação Fiscal.

Se assim não for entendido, assegura comprovará que o imposto aqui cobrado foi recolhido no momento da apuração mensal do ICMS, sendo importante na medida em que a Lei 7.014/96 prevê expressamente no artigo 42, § 1º, que o imposto não recolhido antecipadamente, mas que comprovadamente recolhido em momento posterior, é dispensado o tributo que deveria ter sido pago por antecipação, consoante reprodução do texto legal.

Portanto, demonstrará o recolhimento do ICMS destacado na Nota Fiscal que originou a Notificação Fiscal, o que afastaria a cobrança ora realizada, para tanto, apresentando em anexo (Doc. 3), a Nota Fiscal que originou a presente, a sua escrituração no livro Registro de Saídas de

Mercadorias, a totalização do referido livro do mês em que a Nota Fiscal foi escriturada, o livro Registro de Apuração do ICMS e o comprovante de recolhimento do ICMS, de modo a demonstrar que o total do saldo devedor do ICMS do mês em que a Nota Fiscal que deu azo ao lançamento tributário foi efetivamente recolhido ao Erário.

Considera, pois, demonstrado que o ICMS destacado na Nota Fiscal que ensejou a Notificação Fiscal foi efetivamente recolhida, o que a motiva a postular a dispensa do valor principal, correspondente ao imposto cobrado, nos termos da legislação já invocada.

Informa que as 137 Notificações Fiscais passaram a ser lavradas entre os meses de julho e setembro de 2022, no mesmo Posto Fiscal, sem que tivesse tomado ciência, visto que as mercadorias não foram ali retidas.

Relata que as referidas Notificações Fiscais foram objeto de tramitação interna no âmbito da SEFAZ/BA, sem o seu conhecimento, somente tendo sido cientificada das mesmas algumas semanas após a data da lavratura de cada uma delas.

Considerando que serão apresentadas iguais quantidades de defesas administrativas, que resultarão em iguais quantidades de julgamentos administrativos distintos, postula que as referidas Notificações Fiscais possam ser julgadas de maneira unificada, numa única sessão de julgamento, visto que a matéria é idêntica em todas elas.

Finaliza, requerendo a improcedência da Notificação Fiscal pelas razões seguintes:

- a) A lavratura da presente se deu em 11/09/2022, no entanto, o Parecer 2809/2022, datado de 08/09/2022, estipulou o prazo de vigência entre 06/09/2022 e 06/09/2025, o que significa dizer que durante este período o recolhimento do ICMS nas saídas interestaduais de produtos de origem extrativa mineral pode ser realizado até o dia nove do mês subsequente, e não de maneira antecipada;
- b) A cobrança antecipada de ICMS em empresas beneficiadas pelo DESENVOLVE se mostra descabida, já que o imposto destacado, ao ser pago antecipadamente, não será submetido nem a dilação de seu prazo de recolhimento, e, pior ainda, não será objeto de redução em virtude do pagamento antecipado da parcela dilatada;
- c) O modelo de tributação previsto no artigo 332, inciso V, alínea “k”, do RICMS/12, de exigir o pagamento antecipado e individualizado do ICMS em cada operação de saída, está em desacordo com o princípio da não cumulatividade consagrado no artigo 155, inciso II, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Na hipótese de ser declarada a improcedência da Notificação Fiscal em discussão, requer que o valor principal seja dispensado, conforme previsão do § 1º, do artigo 42, da Lei 7.014/96, já que restou devidamente comprovado que o ICMS destacado na Nota Fiscal autuada foi efetivamente recolhido.

Conclui, requerendo, ainda, que a Notificação Fiscal seja julgada de maneira unificada com as outras que tratam da mesma matéria, numa única sessão.

Acostou documentos comprobatórios dos argumentos defensivos às fls. 56 a 65.

Não há Informação Fiscal prestada.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 16/12/2022, recebidos no CONSEF em 16/01/2023 e encaminhados a este relator em 06/03/2023 (fl. 66-v), tendo sido devidamente instruído e considerado apto para julgamento.

Registrada a presença na sessão de julgamento do Sr. Robson Alexandro Arléo Barbosa Amorim, procurador da notificada, para fins de acompanhar o julgamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, relativa à cobrança de ICMS, objeto de impugnação pela empresa notificada.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da lavratura de Termo de Ocorrência Fiscal 217730.1135/22-9, em 10/09/2022, de acordo com o documento de fls. 04 e 05.

Os documentos que suportam a acusação se encontram às fls. 06 a 09 dos autos.

O notificante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da autuação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender sustentariam suas teses defensivas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da objetiva e clara peça de impugnação apresentada.

Inexiste, pois, qualquer insegurança jurídica em relação ao lançamento, que, conforme visto, seguiu rigorosamente a legislação quando de sua confecção, atentando para os princípios do processo administrativo fiscal, e assegurando o direito a ampla defesa do sujeito passivo, bem como o exercício do contraditório.

Assim, a acusação, foi provada, e se encontra devidamente embasada em elementos da própria documentação acostada, não tendo sido verificada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, estando preenchidos todos os requisitos de validade e eficácia do lançamento, e a possibilidade de atender aos requisitos previstos na legislação em vigor.

Analisando o mérito, diante da ausência de questões preliminares a serem enfrentadas, constato que o deslinde da matéria encartada na notificação, se prende unicamente a verificação quanto ao efetivo recolhimento do imposto quando da saída de Talco Xilosorb C - BA, acobertado pela Nota Fiscal 29.927 emitida em 09/09/2022, e destinada a contribuinte inscrito no estado do Rio Grande do Sul (fl. 06).

Segundo a acusação, a empresa notificada não teria recolhido o imposto devido na operação de forma antecipada, em virtude do encerramento da fase de diferimento.

Entretanto, consta nos autos, nos termos do § 4º, do artigo 332, do RICMS/12, autorização da Inspetoria responsável pelos grandes contribuintes da DAT SUL, concedendo permissão para o recolhimento do imposto no nono dia do mês subsequente, com vigência a partir de 06/09/2022.

Como visto, o documento fiscal foi emitido em 09/09/2022 e o lançamento data de 11/09/2022, ou seja, em data posterior a qual o contribuinte se encontrava desobrigado.

Logo, diante de tal autorização, concedida na forma legal, não mais lhe poderia ser exigido o recolhimento antecipado do imposto devido na operação, descabendo qualquer imposição de penalidade, diante da regularidade procedimental observada.

Assim, inexistente qualquer irregularidade cometida pela notificada, o que concorre para a improcedência da Notificação Fiscal, ficando prejudicada qualquer apreciação adicional frente aos argumentos trazidos em sede de impugnação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, e em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº. **128984.1585/22-9**, lavrada contra **XILOLITE S.A.**

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 30 de março de 2023.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/ RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR