

N. F. Nº - 272466.1140/22-1
NOTIFICADO - XILOLITE S. A.
NOTIFICANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - DAT SUL – IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.05.2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0102-06/23NF-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE DIFERIMENTO. Comprovado nos autos que o Notificado realizou operação interestadual com produto extrativo mineral, efetivando a saída de mercadoria, sem o recolhimento do imposto. Quando da realização da ação fiscal, o Contribuinte não possuía autorização do titular da repartição fiscal a que está vinculado, para efetuar o recolhimento no dia 9 (nove) do mês subsequente ao da venda da mercadoria. O fato do Notificado ser beneficiário do Programa DESENVOLVE, no caso em lide, não o favorece. Registros Fiscais apresentados na Impugnação demonstram que o recolhimento do imposto exigido foi efetuado em momento posterior à saída das mercadorias comercializadas. Infração subsistente. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 21/08/2022, no Posto Fiscal Jaime Baleeiro, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 3.196,80, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 1.918,08, perfazendo um total de R\$ 5.114,88, em decorrência da 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.

Enquadramento Legal - Art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso V do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Tipificação da Multa - Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva com anexos (fls. 10/64), através de procurador, reproduzindo sinteticamente o conteúdo do lançamento, para em seguida afirmar que o lançamento foi feito em desacordo com a legislação estadual 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 o benefício da dilação de prazo de setenta e dois meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativamente às operações próprias, seja em função da própria sistemática de apuração do imposto, pelo regime não cumulativo.

Reproduz cópia da Resolução 179/2013 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, emitida em 17/12/2013, verificando, 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.

Isto posto, considera que o pagamento antecipado vai 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. Razão pela qual requer seja declarada a improcedência da Notificação.

Argui que a aplicação prática do disposto no artigo 332, inciso V, alínea “k”, do RICMS/12 contraria o 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.

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.

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 Notificada, como todo o restante da cadeia até o consumidor final, sendo este último onerado por uma carga tributária acumulada na cadeia de consumo. Pelo que requer a improcedência da Notificação Fiscal.

Assevera 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.

Para embasar suas alegações, anexa (doc. 03): 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, o que a motiva a postular a dispensa do valor principal, correspondente ao imposto cobrado, nos termos da legislação já invocada.

Aduz que foram lavradas 137 Notificações Fiscais 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. Aduzindo 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.

Informa que imediatamente após tomar ciência da ocorrência de tais Notificações Fiscais, solicitou à Inspetoria Fazendária de sua jurisdição, a autorização para recolhimento do ICMS até o nono dia do mês seguinte, o que foi concedido em 08/09/2022, conforme Parecer nº 3809-2022, exarado pela IFEP SUL, em 08/09/2022, cuja vigência foi de 06/09/2022 a 06/09/2025. Assim, a partir da data de emissão do Parecer supracitado, a situação de trânsito foi resolvida, entretanto, as Notificações Fiscais ocorridas até a emissão do Parecer da SEFAZ já haviam sido lavradas, totalizando cento e trinta e sete processos, incluindo a presente.

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 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;
- b) 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 não 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 objeto da Notificação foi efetivamente recolhido.

Conclui requerendo que a Notificação Fiscal seja julgada de maneira unificada com as outras que tratam da mesma matéria.

Cabe registrar que nos autos não consta Informação Fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$3.196,80, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$1.918,08, perfazendo um total de R\$5.114,88 e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A acusação fiscal trata da 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 (fl. 01). O trânsito das mercadorias foi acobertado pelo DANFE de nº 29.777, emitido em 19/08/2022 (fl. 05).

Na descrição dos fatos, o Notificante esclarece que o sujeito passivo deu saída de produtos extrativos minerais não metálicos (MAGNESITA CRUA), destinadas a outra unidade da federação, sem autorização especial para prazo de recolhimento previsto no §4º do art. 332 do RICMS-BA/2012 c/c alínea “k” do inciso V do mesmo artigo.

Inicialmente, cumpre destacar que a defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando problemas de intempestividade. Entendo que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente estão revestidos das formalidades legais e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Na presente Notificação Fiscal, foram indicados de forma compreensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e não foi constatada violação ao devido processo legal.

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

Entendo que a questão central a ser analisada refere-se ao efetivo recolhimento do imposto quando da saída da substância mineral **MAGNESITA CRUA RM/325 - BB 1.500**, acobertada pelo DANFE nº 29.777 emitido em 19/08/2022, destinada a contribuinte inscrito no estado de São Paulo (fl. 05).

Compulsando os documentos constantes nos autos, observo particularmente: 1) Termo de Ocorrência Fiscal, que demarca o início da ação fiscal, lavrado no Posto Jaime Baleeiro em **21/08/2022** (fl. 03); 2) Notificação Fiscal lavrada em **21/08/2022** (fl. 01); 3) Cópias de documentos relativos ao alegado recolhimento do imposto, ocorrido em **09/09/2022**, concernente à operação de venda acobertada pelo DANFE de nº 29.777 (fls. 55/64), 4) Cópia da Resolução nº 179/2013, anexada pelo Notificado na Impugnação, que trata do benefício da dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor de ICMS, relativo a operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na classe III da tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Imperioso notar que, com relação ao objeto do lançamento, é inegável que o artigo 332 do RICMS/12 estabelece, sem qualquer ressalva, a seguinte obrigação ao contribuinte:

“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:

(...)

k) com produtos agropecuários e extrativos vegetais e minerais

(...)

§ 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”.

Ressalto que o legislador não faz qualquer concessão aos contribuintes quanto ao momento do recolhimento do imposto sobre a operação de venda, ora em lide, o que significa dizer que a obrigação é *erga omnes*, ou seja, para todos, independentemente de estar ou não o contribuinte amparado por qualquer benefício fiscal.

Fato incontestável é que a empresa realizou saídas de produtos minerais, em operação interestadual, sem recolhimento antecipado do imposto e que confessadamente não possuía a devida e necessária autorização da SEFAZ para recolhimento posterior, conforme estatuído no regramento acima mencionado.

Ademais, prova cabal do cometimento da infração é produzida pelo próprio Contribuinte ao requerer e obter **posteriormente ao começo da ação fiscalizatória** a autorização supra junto à Inspetoria Fazendária de sua circunscrição, por meio do Processo SIPRO nº 118.279/2022-2 (fl. 19). A autorização somente passou a vigorar a partir do dia **06/09/2022**, data posterior à lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal, lavrado no Posto Jaime Baleeiro em **21/08/2022**, que demarca o início da ação fiscal.

Quanto aos documentos trazidos pela empresa notificada em sua defesa (fls. 55/64), no sentido de comprovar o lançamento e o posterior recolhimento do valor do ICMS destacado no documento fiscal, que ensejou a lavratura da Notificação Fiscal, especialmente a escrituração do mesmo e a apuração mensal do ICMS, não posso acolher em seu favor, diante do fato de não possuir a escrituração apresentada, emitida por processamento de dados, a necessária e essencial validade jurídica, vez ser a Escrituração Fiscal Digital (EFD) a única forma de prova com possibilidade de ser aceita. Pelo que indefiro o pleito formulado relativo à aplicação do disposto no artigo 42, §1º da Lei 7.014/96.

Esclareço estar o sujeito passivo obrigado à apresentação de Escrituração Fiscal Digital (EFD), uma das partes do SPED Fiscal, como a Escrituração Contábil Digital (ECD) e a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), vindo a ser um arquivo digital, se constituindo de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

Sua instituição deu-se por meio do Convênio ICMS 143/2006 de 15 de dezembro de 2006, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009, de 03 de abril de 2009, e Ato COTEPE 09, de 18 de abril de 2008, estando a regulamentação no estado da Bahia, inserida nos artigos 247 a 253 do RICMS/12.

O arquivo digital deve ser submetido ao programa validador, fornecido pelo SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), o qual verifica a consistência das informações prestadas, assina e transmite. Considerando-se a EFD válida, para os efeitos fiscais, após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém.

A bem da verdade, entendo que os documentos anexados aos autos pela empresa, concernentes à escrituração, lançamento do documento fiscal e pagamento do imposto respectivo, corroboram com a acusação do Fisco, na medida em que demonstram que o ICMS não foi quitado quando da saída da mercadoria comercializada, o que contraria expressamente disposição normativa.

Neste momento, cabe destacar uma das principais características das ações desenvolvidas no trânsito de mercadorias, qual seja, a **instantaneidade**. Quando do desenrolar da atividade fiscal, que redundou na lavratura da presente Notificação, restou constatado a falta de recolhimento do imposto.

Isto posto, entendo, caso regularmente comprovada a quitação, que não houve espontaneidade no recolhimento extemporâneo realizado pelo contribuinte em **09/09/2022**, com base no que preconiza o parágrafo único do art. 138 do Código Tributário Nacional, a seguir transcrito, haja vista o Termo de Ocorrência Fiscal, que demarca o início da ação fiscal, ter sido lavrado em **21/08/2022**.

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

*Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada **após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização**, relacionados com a infração.” (grifos nosso)*

Destaco que o legislador utilizou o termo “qualquer”, inexistindo discriminação quanto ao fato do ato praticado ser preparatório ou não, para a efetivação do lançamento.

Cabe registrar que, no caso em concreto, ainda que o Notificado queira estabelecer, através da Resolução nº 179/2013, correlação entre benefício de dilação de prazo e a operação de saída, ora discutida, com o que discordo, observo que na cópia desta Resolução existe a menção específica da produção de “Talcos Ultrafinos e Magnesita Calcinada Caústica”. Divergindo, portanto, do produto vendido, descrito no DANFE nº 29.777, qual seja, **MAGNESITA CRUA RM/325 – BB 1.500**.

Pesquisas realizadas na internet atestam que a Magnesita Calcinada Caustica é um produto industrializado, resultante do processo de calcinação da Magnesita Crua em fornos. Noutras palavras é oriundo da transformação da matéria-prima Magnesita Crua.

A Magnesita crua é utilizada principalmente para a obtenção de sal de Epson pela reação com o ácido sulfúrico, formando um sulfato de magnésio hidratado, que tem aplicação comumente na indústria química. Já a Magnesita Calcinada Caustica é empregada amplamente como fertilizantes de solos, bem como na alimentação de animais (ração balanceada). Fontes: (www.cetem.gov.br) – CENTRO DE TECNOLOGIA MINERAL e (www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/outras-publicacoes).

Pertinente ressaltar que a irregularidade apurada versa sobre falta de recolhimento do ICMS, não cabendo a argumentação defensiva quanto a não cumulatividade do mesmo, até pelo fato de que a parcela recolhida poder ser lançada na escrituração fiscal da empresa, quando da apuração do ICMS mensal eventualmente devido.

Em relação ao pleito para que as 137 Notificações fossem julgadas de forma unificada, tal pedido se mostra inviável, eis que, apesar de ser basicamente o mesmo tema, existem nuances como a observada no presente lançamento, outras lavradas em data posterior a 05/09/2022, quando já vigorava a autorização da Inspeção para o recolhimento do imposto no dia 9 (nove) subsequente ao da apuração mensal do ICMS, dentre outras situações próprias e peculiares.

Nos termos expendidos, voto pela **PROCEDÊNCIA** da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **272466.1140/22-1**, lavrada contra **XIOLITE S. A.**, devendo o Notificado ser intimado a recolher ICMS no valor de **R\$ 3.196,80**, além da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 02 de maio de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR