

N. F. Nº - 281394.1123/22-0
NOTIFICADO - XILOLITE S. A.
NOTIFICANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL - IFMT SUL

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº. 0133-06/23NF-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 sem o recolhimento do imposto antes da saída da mercadoria, contrariando o disposto na alínea “k” do inciso V do artigo 332 do RICMS/12, vez não possuir autorização do titular da repartição fiscal, razão pela qual, o comprovante do pagamento do imposto deve acompanhar o documento fiscal, uma vez que na operação objeto da notificação, o imposto deve ser recolhido antes da saída das mercadorias, consoante previsão regulamentar expressa. Irrelevante o fato de ser beneficiário do Programa DESENVOLVE. Registros Fiscais sem validade jurídica não podem ser acolhidos como prova. Infração parcialmente subsistente diante do ajuste realizado de ofício, quanto ao valor do imposto, considerando a redução de base de cálculo na operação. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal ora apreciada foi lavrada em 31 de agosto de 2022 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 4.988,10, 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.

Consta a seguinte informação complementar do notificante na descrição dos fatos: “*Falta de recolhimento tempestivo do ICMS referente a saída de produtos extrativos minerais não metálicos, destinadas 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. 13780/12 – RICMS/BA. NF-e 29823, de 26/08/22*”.

A notificada, por seu procurador devidamente constituído nos termos do instrumento de fl. 23, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 10 a 21, 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 como demonstrará, o lançamento foi 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 o benefício da dilação de prazo de setenta e dois meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativamente às operações próprias.

Apresenta o teor da Resolução 179/2013 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, de 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.

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 o 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, 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 recolhido, 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.

Informa que imediatamente após tomar ciência da ocorrência de tais Notificações Fiscais, solicitou à Inspeção Fazendária de sua jurisdição, a autorização para recolhimento do ICMS até o nono dia do mês seguinte, concedida em 08/09/2022, na forma do resumo que transcreve.

Assim, a partir da data de emissão do Parecer reproduzido, 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. Apresenta tabela com a numeração das Notificações Fiscais até então lavradas contra si. 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 autuada foi efetivamente recolhido.

Conclui, requerendo, ainda, que a Notificação Fiscal seja julgada de maneira unificada com as outras que tratam da mesma matéria. Acostou documentos comprobatórios dos argumentos defensivos às fls. 55 a 63.

Não há Informação Fiscal prestada.

Foram os autos recebidos no CONSEF em 08/03/2023 (fl. 65) e encaminhados a este relator em 08/04/2023 (fl. 65-v), tendo sido devidamente instruídos e considerado aptos para 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 217447.1171/22-1, em 31/08/2022, de acordo com o documento de fls. 03 e 04.

Os documentos que suportam a acusação se encontram às fls. 05 a 08 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 notificada 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, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da objetiva 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 elementos 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 autuação, se prende unicamente a verificação quanto ao efetivo recolhimento do imposto quando da saída da substância mineral XILOMAG F M100, acobertada pela Nota Fiscal 29.823 emitida em 26/08/2022, e destinada a contribuinte inscrito no estado de São Paulo (fl. 05).

Em relação ao objeto do lançamento, é inegável que o artigo 332 do RICMS/12 estabelece, sem qualquer ressalva, a obrigação do contribuinte quanto ao:

“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”.

Observe-se que o legislador não faz qualquer concessão aos contribuintes, quanto ao momento do recolhimento do imposto sobre a operação, 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.

Este, ao ser concedido, através de Resolução transcrita na peça defensiva, igualmente não especifica qualquer diferenciação, como acontece em muitos casos, em relação ao diferimento do recolhimento do imposto, nas aquisições de bens do ativo imobilizado, de forma expressa, cito como exemplo.

Logo, a regra acima reproduzida pode e deve ser observada pelos contribuintes em geral, sendo irrelevante para o deslinde da matéria, o fato de ser o contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, até pelo fato de que, como dito acima, a concessão do benefício não estabelecer qualquer exceção quanto ao diferimento e suas obrigações tributárias quando ocorrido o seu encerramento.

Lembro que a discussão, não se trata de uso ou aproveitamento de crédito fiscal, mas de simples falta de recolhimento do ICMS, não cabendo a argumentação defensiva quanto a não cumulatividade do imposto, até pelo fato de a parcela recolhida poder ser lançada na escrituração fiscal da empresa, quando da apuração do imposto eventualmente devido, no período mensal de apuração, descabendo, pois, qualquer discussão quanto a não cumulatividade em tal sistemática.

Fato é que a empresa realizou saídas de produtos minerais, em operação interestadual, sem recolhimento antecipado do imposto, vez que confessadamente não possuía a devida e necessária autorização da SEFAZ para recolhimento posterior, conforme estatuído no regramento acima mencionado, somente o realizando após diversas autuações, como registra em sua impugnação.

Também é verdadeiro que a autorização, na forma reproduzida pela defesa, somente passou a vigorar a partir do dia 06/09/2022, data posterior ao da realização do lançamento tributário, que data do dia 31/08/2022, ainda que o Termo de Ocorrência Fiscal tenha sido lavrado em 31/08/2022, mesma data.

Quanto aos documentos trazidos pela empresa notificada em sua defesa, 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, da necessária e essencial validade jurídica, vez ser a Escrituração Fiscal Digital (EFD) a única forma de prova com possibilidade de ser aceita.

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.

O arquivo deve ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED. Veio a substituir a escrituração manual, e por processamento de dados, utilizados anteriormente, sendo seu uso obrigatório para os contribuintes do ICMS ou do IPI, hipótese na qual se inclui a empresa notificada.

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 (certificado digital, tipo A1 ou A3, ICP-Brasil) e transmite.

A escrituração prevista na forma do mencionado Convênio substituiu a escrituração e impressão dos seguintes livros: Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Inventário; Livro Registro de Apuração do IPI; Livro Registro de Apuração do ICMS; documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP; Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

A partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com leiaute estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração dos impostos ICMS e IPI.

Este arquivo deverá ser submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

Considera-se a EFD válida para os efeitos fiscais após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém, sendo a periodicidade de apresentação mensal e o arquivo deverá ser enviado no prazo definido em regulamento.

Assim a prova trazida aos autos pela empresa, quanto a escrituração e lançamento do documento fiscal sobre o qual recai a acusação, não é válida e nessa condição não pode ser acolhida, o que conduz, num primeiro momento, à procedência da acusação.

Somente EFD regularmente transmitida e válida poderia provar em favor do contribuinte notificado, o que não ocorreu, diante apenas da apresentação de escrituração sem valor jurídico, reitero.

Ainda que relevante tal fato, lembro se tratar de ação ocorrida no trânsito de mercadorias, onde, no momento da constatação do fato ensejador da lavratura da Notificação, o imposto não havia sido recolhido, o que robustece a acusação, sendo irrelevante para o deslinde do lançamento, o recolhimento posterior, após a ação fiscal desenvolvida.

Entretanto, como já colocado linhas acima, o notificante, ao lançar a parcela de imposto tida como devida, desprezou a informação de ter a operação em tela redução de base de cálculo, nem a descaracterização de tal redução, se mantendo silente quanto a isso, donde se infere que considerou perfeita a operação realizada e a redução de base de cálculo apontada, apenas questionando a falta de recolhimento do imposto.

Desta forma, lançou como ICMS devido a quantia de R\$ 4.988,10 (fl. 01), ao invés do indicado e destacado na Nota Fiscal de R\$ 3.034,41 (fl. 05), não tendo a defesa apresentada feito qualquer comentário a respeito de tal fato.

Isso não exime o julgador de, na busca da verdade material, ainda que de ofício, retificar o valor do lançamento para aquele tido como correto, o que faço neste momento, motivo pelo qual a Notificação Fiscal ora apreciada é tida como parcialmente subsistente em R\$ 3.034,41.

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 a mesma autuação, 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 não mais quando da saída da mercadoria, mas no dia nove subsequente ao da apuração mensal do ICMS, dentre outras situações próprias e peculiares.

De igual modo, não acolho o pleito formulado quanto a aplicação do disposto no artigo 42, § 1º, da Lei 7.014/96, pelas expostas razões.

Assim, tendo em vista os expostos argumentos, tenho a Notificação Fiscal em tela como PARCIALMENTE PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, e em instância única, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº. **281394.1123/22-0**, lavrada contra **XIOLITE S. A.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher ICMS no valor de **R\$ 3.034,41**, 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, 18 de maio de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR

