

N.F. Nº - 128984.0275/21-8
NOTIFICADO - TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA.
NOTIFICANTE - RUI ALVES AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFMT – POSTO FISCAL JAIME BALEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30.08.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0142-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS DO REGIME DE DIFERIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. DESACOMPANHADA DE DAE OU CERTIFICADO. Venda de Minério de Ferro Granulado para fora do Estado da Bahia sem o recolhimento do ICMS. Recolhimento do ICMS a ser feito antes da saída das mercadorias. Contribuinte não possui diferimento do recolhimento para o dia 09 autorizado pelo titular da repartição fiscal a que estiver vinculado. Recolhimento efetuado posterior à lavratura, devendo serem homologados os valores recolhidos. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, Trânsito de Mercadorias, lavrada em 09/10/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 4.272,45 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 2.563,47, perfazendo um total de R\$ 6.835,92, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 050.001.001: Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias no regime de diferimento em situação em que não é possível a adoção do referido regime, desacompanhada de DAE ou Certificado de Crédito.

Enquadramento Legal: Art. 32 da Lei de nº 7.014/96 c/c o art. 332, inciso V do RICMS, publicado pelo Decreto de nº 13.780/2012.

Tipificação da Multa: art. 42, inciso II, “f” da Lei de nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação em que não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito. Venda interestadual de minério de ferro sem efetuar o recolhimento antecipado do ICMS conforme previsto na legislação DANFE de nº. 004.100 TOF de nº. 2325411008/21-3.”

Anexo aos autos, dentre outros documentos, encontram-se: a Notificação Fiscal de nº. 128984.0275/21-8, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); a memória de cálculo elaborada pelo Notificante (fl. 03); o Termo de Ocorrência Fiscal de nº. 232541.1008/21-3 (fls. 04 e 05); Documento do histórico dos pagamentos realizados (fl. 05); a cópia do DANFE nº.004.100 (fl. 07), emitido pela Notificada na data 28/09/2021, Venda de Produção do Estabelecimento, com destino à Empresa Gerdau Açominas S/A no Estado de Minas Gerais, carreando as mercadorias de NCM de nº. 2601.11.00 (Minério de Ferro Granulado); o Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº. 004.347 (fl. 06).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 19 a 29), e documentação probatória às folhas 30 a 153 protocolizada na CORAP NORTE/PA SAC IRECÊ na data de 14/02/2022 (fl. 19).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua defesa arguindo a tempestividade desta e no tópico “Panorama Geral da Notificação Fiscal” tratou do apontamento da infração e no tópico “Esclarecimentos Iniciais do Recolhimento Feito pela Impugnante” acentuou que se tratou da

Notificação Fiscal pela ausência de recolhimento de ICMS antes da saída do minério de ferro da Notificada, ou seja, decorre de hipótese de pagamento do imposto por antecipação citando a base normativa disposta no art. 332, inciso V e § 4º do RICMS/BA/12, onde asseverou que desta legislação, constata-se que existem disposições na legislação estadual para o pagamento antecipado e para o vencimento do imposto estadual.

Consignou que a Notificada pagou o ICMS no dia 9 do mês subsequente, dentro do prazo de vencimento fixado pelo Decreto Estadual, explicando que para definição de vencimento (“dia 9 do mês subsequente”, disposto no § 4º do RICMS/BA/12), isto é, o momento em que o pagamento do tributo deve ocorrer, a jurisprudência é pacífica no sentido da possibilidade da sua regulamentação por Decreto Estadual, não sendo o princípio de reserva legal para o vencimento.

Ensinou que de outro tanto, a antecipação do pagamento (disposto no art. 332, inc. V do RICMS/BA/12) resulta em antecipação do critério temporal de incidência tributária, isto é, determina-se o pagamento em momento anterior à ocorrência do próprio fato gerador. Por tratar de hipótese que altera a matriz de incidência tributária, tem-se que sua regulamentação por Decreto Estadual, sem previsão expressa em lei ordinária, é inconstitucional.

Garantiu no tópico “*Inconstitucionalidade da Previsão de Antecipação do Pagamento do ICMS por Meio de Decreto Estadual sem Respaldo em Lei Ordinária – Violação ao Princípio da Reserva Legal*” que o momento de configuração do fato gerador do ICMS é um dos aspectos da regra matriz de incidência do tributo e sua alteração implica reconhecer a imposição de novas condições para pagamento e exigência da exação. Neste contexto, a antecipação fictícia do fato gerador do ICMS está sujeita ao princípio da reserva legal, estabelecida no art. 150, inciso I da Constituição e art. 97, inc. III do Código Tributário Nacional, cujos dispositivos determinam que um tributo somente pode ser exigido mediante obrigação instituída por lei no sentido formal, bem como a definição do seu fato gerador e respectiva modificação do momento de sua incidência, sendo que como desdobramento dessa diretriz constitucional, restou assentado, no § 7º, do art. 150, também da Constituição, a possibilidade de antecipação tributária, com base em fatos geradores presumidos, desde que esta obrigação seja fixada por lei.

Citou julgamento do Supremo Tribunal Federal que decidiu, sob a sistemática dos julgamentos repetitivos, que a alteração do critério temporal da hipótese de incidência do ICMS exigido pelo Estado do Rio Grande do Sul está submetida à reserva legal. No julgamento do RE de nº 598.677 (Tema 456 da repercussão geral), a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da regulação da matéria por decreto do Poder Executivo (Decreto de nº 37.699/1997 – RICMS/RS), sem lei ordinária que suporte a sua previsão.

Explanou, especificamente que nas hipóteses do Estado da Bahia, foi proferida sentença nos autos do Mandado de Segurança de nº 0359008-60.2013.8.05.0001 (29/10/2013), pelo Juízo da 9º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança antecipada sem respaldo em lei formal.

No caso em tela, considerando que o recolhimento do ICMS vem sendo exigido de forma antecipada da Notificada com fundamento no Decreto Estadual de nº 13.780/2012 (RICMS/BA/12), a cobrança consubstanciada na presente Notificação Fiscal é manifestante inconstitucional.

Defendeu no tópico do “*Equívoco na Identificação do Montante do Tributo Supostamente Devido*” que a adoção do cálculo com base nos valores constantes nas Notas Fiscais, sem descontar o valor do tributo recolhido no dia 9 do mês subsequente pela Notificada (nos termos do § 4º do RICMS/BA/12) denota que existe erro na identificação do montante do tributo devido.

Contemplou que independentemente de qual seja o resultado da análise de mérito a ser feita sobre a inconstitucionalidade suscitada, faltou ao Fisco realizar procedimento essencial: abater o ICMS pago, para, então, apurar o saldo remanescente a ser cobrado, não se podendo admitir que o contribuinte que realizou o pagamento de ICMS, ainda que o Fisco o considere realizado fora do prazo, seja obrigado a desembolsar valores a título do mesmo imposto, sob pena de

caracterização de *bis in idem*. E, não socorre a assertiva de que o díplice recolhimento pode ser tolerado diante do pagamento extemporâneo. Não há autorização para que um tributo recolhido possa ser novamente exigido em relação ao mesmo fato gerador.

Discorreu que nesse sentido, o Código Tributário Nacional - CTN acaba por chancelar as presentes digressões, quando diz, em seu art. 156, que o pagamento é causa extintiva do crédito tributário. Não há ressalvas no dispositivo. Isto é, tendo ocorrido o pagamento do imposto, somente é facultado à Administração Pública exigir o pagamento do montante remanescente, caso ainda exista.

Protestou no tópico “*Cancelamento da Multa Aplicada*” que a imposição de multa no patamar de 60% (sessenta por cento) é punição que ultrapassa os limites fixados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e mesmo da capacidade contributiva da Notificada, e caso a Autoridade Julgadora entenda que a multa aplicada não pode ser integralmente afastada, requer a sua redução, tendo em vista que, na realidade, se muito, deveria ser aplicada a sanção no patamar de 50% e não de 60%.

Acrescentou no tópico “*Apuração de Saldo Remanescente*” que a cobrança deverá ser cancelada parcialmente, para o saldo remanescente da atualização monetária entre a data que deveria ter sido pago antecipadamente o ICMS e a data do efetivo pagamento, além, de multa moratória e juros de mora pelo atraso.

Finalizou requerendo que:

- a) Seja a presente impugnação julgada procedente, para cancelar integralmente o crédito tributário exigido na Notificação Fiscal ora impugnada;
- b) Subsidiariamente, seja a presente cobrança substancialmente reduzida, para o cancelamento/redução da multa de ofício e apuração do saldo remanescente.

Verifico não haver Informação Fiscal por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18.

No Julgamento da 2ª JJF na data de 24/10/2022 propôs-se, por unanimidade, a conversão do feito em diligência para que a Notificada fosse intimada para desmembrar o pagamento relativo à Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº. 004.100, ICMS no valor R\$ 4.272,45, constante do montante do recolhimento efetuado no dia 11/10/2021 através do DAE de nº. 2109034165 (fl. 152), no valor pago de R\$ 1.154.094,19, onde consta referenciada em documentação (relacionada a dezenas de outras Notas Fiscais) anexa às folhas 68 a 151, “Registro de Saída” a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº. 004.100, ICMS no valor R\$ 4.272,45, objeto da presente notificação (fl. 118), tendo em vista, que na instantaneidade da ação fiscal, na data de 08/10/2021 (Termo de Ocorrência Fiscal de nº. 232541.1008/21-3) e na lavratura da presente notificação na data de 09/10/2021, a Notificada não possuía a autorização do benefício do diferimento do recolhimento para o dia 09 do mês subsequente (artigo 332, § 4º RICMS/BA/12), e não havia feito o pagamento relativo à Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº. 004.100, ICMS no valor R\$ 4.272,45.

O retorno da diligência se fez em sua conclusão à folha 188 onde a Coordenação Administrativa da DAT – NORTE/IFEP informou que “Tendo em vista a conclusão da Diligência com o Desmembramento do DAE conforme acerto SIGAT à fl. 185, como a Relação de DAEs à folha 186 e por fim o pagamento do PAF à folha 187 ” no valor de R\$ 4.272,45.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Registro a participação do Dr. Kauê Gomes, OAB/MG 56.966-E, fazendo sustentação oral.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, Trânsito de Mercadorias, lavrada em 09/10/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 4.272,45 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 2.563,47, perfazendo um total de R\$ 6.835,92, em decorrência do cometimento da Infração (050.001.001) da falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias no regime de diferimento em situação em que não é possível a adoção do referido regime, desacompanhada de DAE ou Certificado de Crédito.

O enquadramento legal baseou-se no art. 32 da Lei de nº 7.014/96 c/c o art. 332, inciso V do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inciso II, “f” da Lei de nº 7.014/96.

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

Em apertada síntese a Notificada consignou que pagou o ICMS no dia 9 do mês subsequente, dentro do prazo de vencimento fixado pelo Decreto Estadual, alegou a inconstitucionalidade da previsão de antecipação do pagamento do ICMS por meio de Decreto Estadual sem respaldo em lei ordinária, que a adoção do cálculo com base nos valores constantes nas Notas Fiscais, sem descontar o valor do tributo recolhido no dia 9 do mês subsequente pela Notificada denota que existe erro na identificação do montante do tributo devido, e tratou da imposição de multa no patamar de 60% (sessenta por cento) que é punição que ultrapassa os limites fixados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e mesmo da capacidade contributiva da Notificada.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Jaime Baleeiro, onde na peça inicial acusatória à folha 01 o Notificante imputa à Notificada o cometimento da Infração tipificada sob o código 050.001.001 o qual a acusa da falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhada de DAE ou Certificado de Crédito, em relação ao DANFE de nº. 004.100 (fl. 07), que dispunha da mercadoria NCM de nº. 2601.11.00 (Minério de Ferro Granulado), numa operação interestadual entre a Notificada e a Empresa Gerdau Açominas S/A., localizada no Estado de Minas Gerais.

Nestas circunstâncias, o enquadramento legal tipificado no artigo 332, inciso V, traz a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS, antes da saída das mercadorias, para aquelas dispostas nas alíneas deste inciso, especificamente aquelas carreadas pela citada Nota Fiscal, em sua alínea “o”, entretanto, atribuindo o benefício do diferimento do recolhimento para o dia 09 do mês subsequente desde que haja autorização do titular da repartição fiscal ao qual a Notificada estiver vinculada conforme o estabelecido em seu § 4º:

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:

(...)

o) com pedras de mármore e granito, minério de ferro, manganês e barita;

(...)

§ 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.

No presente caso concreto a Notificada não possuía a referida autorização, ao tempo da instantaneidade da ação fiscal, na data de 08/10/2021 (Termo de Ocorrência Fiscal nº. 232541.1008/21-3) e, da lavratura da presente notificação na data de 09/10/2021, conforme esta Relatoria verificou no Sistema da Secretaria da Fazenda de Controle de Processo Tributário - CPT, tendo a mesma solicitado o requerimento deste Regime Especial para o recolhimento do ICMS nos termos do art. 332, inciso V, alínea “o”, conforme previsão dos art. 107 e 107-A do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, através do Processo de nº. 002488/2022-4, datado de 17/01/2022, e conseguido sua habilitação para o deferimento através do Parecer de nº. 0357/2022 na data de 19/01/2022 com vigência até 31/12/2022.

Inscrição Estadual	173.886.551	CNPJ/CPF	36.099.655/0002-97
Razão Social	TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA		

Número do Processo: 00248820224 Data de Cadastramento: 17/01/2022
 Parecer: 357/2022 Situação: DEFERIDO Data de Ciência: 19/01/2022
 Tipo: Autorização - Recolhimento Prazo Normal RICMS Art 332 § 4º
 Ementa:
 ICMS . Autorização. Prazo para Recolhimento do Imposto. Postergação do Prazo para Recolhimento do Imposto. Regularidade do Processo. Regularidade Fiscal do Requerente. Previsão regulamentar. Decisão pelo deferimento.

Neste sentido, considera-se que a autuação de mercadorias em trânsito é instantânea, prevalecendo como verdadeiro os fatos apurados no momento do flagrante fiscal. Assim sendo, na ação fiscal procedida averiguou-se na abordagem do veículo da Empresa Transporte Rodoviário 1500 LTDA. (fl. 04) na data de 08/10/2021, que a mesma carreava as mercadorias da Notificada a qual deveria ter-se feito circular a Nota Fiscal de nº. 004.100 já com o pagamento do imposto nela destacado (através do Documento de Arrecadação Estadual – DAE) no valor de R\$ 4.272,45, calculado à alíquota de 12% na mercancia interestadual com o Estado de Minas Gerais, tal qual assinalado na memória de cálculo apostada pelo Notificante à folha 03.

Ademais, quanto ao argumento defensivo de abusividade da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pela Notificada, considero que o Notificante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida;

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

E, dado à unicidade jurisdicional do Direito brasileiro e em face da instância em que ora se discute esse contencioso administrativo, conforme disposto no citado artigo 167 do RPAF, a inconstitucionalidade alegada pela Notificada foge à apreciação deste órgão administrativo judicante, tendo-se em vista, também, a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Após a diligência realizada, a Notificada providenciou perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia o desmembramento do valor exigido na presente Notificação Fiscal no recolhimento

extemporâneo efetuado no dia 11/10/2021 através do DAE de nº. 2109034165 (fl. 152), no valor pago de R\$1.154.094,19, da competência 09/2021 conforme se observa.

Contribuinte

Inscrição Estadual: 173.886.551
 CNPJ / CPF: 36.099.655/0002-97
 Razão Social: TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA

**HISTÓRICO DOS PAGAMENTOS REALIZADOS
09:46**
Data/Hora do último arquivo: 25/06/2023

DAE	Data	Receita	Referência	Valor
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	1.154.094,19
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	-1.154.094,19
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	4.272,45
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	1.149.821,74
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	-1.149.821,74
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	-4.272,45
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	4.272,45
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	-4.272,45
2109034165	11/10/2021	1755 - ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC		4.272,45
2109034165	11/10/2021	0806 - ICMS REGIME NORMAL - INDUSTRIA	09/2021	1.149.821,74

Isto posto, não acolho as argumentações suscitadas pela Notificada e voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal devendo ser homologados os valores já pagos pela Notificada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal de nº **128984.0275/21-8**, lavrada contra **TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimada a Notificada, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.272,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR