

N. F. Nº - 281394.1000/22-6  
NOTIFICADO - XIOLITE S. A.  
NOTIFICANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE  
ORIGEM - DAT SUL/IFMT  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.07.2023

**6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF Nº 0167-06/23NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. Notificado obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança para o Estado se abster da cobrança do ICMS da antecipação nas suas operações. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme artigo 126 do COTEB. Instância única. Notificação Fiscal. **DEFESA PREJUDICADA.** Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 22/08/2022, no Posto Fiscal Jaime Baleiro, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 1.501,20, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 900,72, perfazendo um total de R\$ 2.401,92, 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. 10/58), através de procurador, reproduzindo sinteticamente o conteúdo do lançamento e, em especial, o teor do artigo 332, inciso V, alínea “k”, do RICMS/12, além do seu § 4º, no qual teria o Notificante se respaldado, haja vista 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.

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, que concede 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.

Acrescenta 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 dilatação 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.

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 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 extractivos 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 que 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.

Assevera que demonstrará o recolhimento do ICMS destacado na Nota Fiscal, que originou a Notificação Fiscal, o que afastaria a cobrança ora realizada. Para tanto, apresenta 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; comprovante de recolhimento do ICMS, arquivo em formato de TXT da escrituração do ICMS do mês de agosto/2022, escriturado no SPED-ICMS, que é o documento oficial de registro do imposto exigido pela SEFAZ-BA e recibo de entrega do SPED-ICMS do mês de agosto/2022, de modo a demonstrar que o ICMS destacado na Nota Fiscal autuada foi efetivamente recolhido, razão pela qual requer que o valor principal desta autuação seja dispensado.

Aduz que o ICMS destacado na nota fiscal, objeto da autuação, já havia sido lançado na sua escrituração fiscal, antes da Requerente tomar ciência do lançamento, tornando a infração insubsistente.

Argumenta que é posicionamento unânime da 1ª JJF do CONSEF/BA que, ao julgar outros processos, que tratam de matéria idêntica e que fazem parte do rol de notificações mencionadas na defesa administrativa, decidiu pela improcedência das autuações, sob o argumento de que o ICMS da operação já havia sido escriturado, antes da ciência do lançamento.

Requer, em prestígio ao princípio da verdade material, que o PAF seja convertido em diligência, para que auditor fiscal estranho ao feito possa atestar que o lançamento fiscal deste documento foi efetivamente realizado.

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.
- c) o imposto destacado na nota fiscal já havia sido lançado na escrita fiscal, antes da ciência do lançamento.

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.

Solicita, também, em prestígio ao princípio da verdade material, que o processo seja convertido em diligência, para que fiscal estranho ao feito possa atestar que o lançamento da nota fiscal, objeto da autuação, foi efetivamente realizado.

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\$ 1.501,20, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 900,72, perfazendo um total de R\$ 2.401,92, 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 29.785, emitido em 22/08/2022 (fl. 05).

Na descrição dos fatos, o Notificante esclarece que o sujeito passivo deu saída de produtos extractivos minerais não metálicos, 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 comprehensível

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.

Mister registar que o Notificado obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança de nº 8059730-79.2023.8.05.0001, para o Estado da Bahia se abster da cobrança do ICMS na operação de comercialização, ora em lide.

A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Nos termos expendidos, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única, considerar PREJUDICADA a análise do mérito da defesa apresentada, referente à Notificação Fiscal nº 281394.1000/22-6, lavrado contra XIOLITE S/A no valor de R\$ 1.501,20 acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Fica suspensa a exigibilidade do crédito, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala de Sessões virtual do CONSEF, 15 de junho de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR