

N. F. Nº - 281394.0943/22-4
NOTIFICADO - XIOLITE S. A.
NOTIFICANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPÉ
ORIGEM - DAT SUL - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.07.2023

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº. 0169-06/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE DIFERIMENTO. A empresa Notificada obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança para que o Estado se abstinha 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

A Notificação Fiscal ora apreciada foi lavrada em 29 de agosto de 2022 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 10.759,62, 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 extractivos 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 29803, de 22/08/22*”.

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,

anticipar 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 do 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 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 científica 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, 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. 54 a 63.

Não há Informação Fiscal prestada.

Foram os autos recebidos no CONSEF em 03/02/2023 (fl. 66) e encaminhados a este relator em 06/04/2023 (fl. 66-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 217447.1158/22-5, em 29/08/2022, de acordo com o documento de fls. 03 e 04.

Os documentos que suportam a acusação se encontram às fls. 05, 07 e 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.

Tendo em vista a notícia de concessão de medida liminar em Mandado de Segurança relativo ao processo 8059730-79.2023.8.05.0001, exarada pela 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 15/05/2023, exatamente sobre a matéria em discussão no presente Auto de Infração, qual seja a cobrança do ICMS devido por diferimento, quando da realização de operações interestaduais, o feito não pode ter o seu julgamento realizado.

A justificativa para tal fato, reside na legislação estadual, especialmente o artigo 125, inciso II, do COTEB (Lei 3.956/81) assim determinar:

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

(...)

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

No mesmo rumo, o artigo 117 do RPAF/99, determina:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Em complemento, o artigo 122, inciso IV, do mesmo Regulamento prevê a extinção do PAF, com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa.

Diante de tal fato, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a questão, ficando, desta maneira, prejudicada a apreciação administrativa e suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a lide seja definitivamente resolvida, observando que a lavratura do Auto de Infração tem o condão de evitar os efeitos da decadência, devendo os autos, após as medidas de praxe, inclusive quanto as demais infrações, serem encaminhados para a Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se adotem as devidas e necessárias providências.

No mesmo sentido do posicionamento ora adotado, posso mencionar decisão da Câmara Superior do CONSEF, no Acórdão CS 0001-21/06, de 30/03/2006.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única, considerar **PREJUDICADA** a Notificação Fiscal nº **281394.0943/22-4**, lavrada contra **XIOLITE S. A.**, ficando suspensa a exigibilidade do crédito, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, diante do ingresso de medida judicial, devendo o processo ser remetido à PGE/PROFIS para que sejam adotadas as devidas medidas legais, em atenção ao disposto no artigo 126 do COTEB.

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

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR