

N. F. Nº - 128984.1422/22-2
NOTIFICADO - IBAR NORDESTE LTDA
NOTIFICANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL/IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/07/2023

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0172-06/23NF-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 saída 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 pagamento no dia 9 (nove) do mês subsequente ao da venda do produto. Comprovado nos autos que o Notificado tomou ciência da decisão que indeferiu o pleito relativo ao recolhimento postergado do imposto. Registros Fiscais apresentados na Impugnação demonstram que o pagamento do imposto exigido foi efetuado em momento posterior à saída do produto comercializado. Servidor público que emitiu a Notificação Fiscal tem competência para a lavratura. Rejeitada preliminar de nulidade. Infração subsistente. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 19/08/2022, no Posto Fiscal Jaime Baleiro, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 6.889,51, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 4.133,71, perfazendo um total de R\$ 11.023,22, 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. 13/56), através de advogado, reproduzindo sinteticamente o conteúdo do lançamento, para em seguida afirmar que: 1) Que a ação fiscal foi desenvolvida na fiscalização do trânsito de mercadorias, por servidor que ocupa o cargo de AUDITOR FISCAL como consta do corpo da notificação fiscal em apreço; 2) Ausência de regular intimação acerca do indeferimento da autorização para recolhimento do ICMS no prazo normal; e 3) O ICMS relativo ao DANFE nº 38009 (Doc. 04), objeto da presente exigência fiscal, já foi recolhido, como se vê no livro de saída de mercadoria e no livro de apuração do ICMS, ambos em

anexo, em razão da compensação com o saldo credor da apuração mensal decorrente do princípio da não cumulatividade do ICMS.

Considera que o lançamento deve ser julgado NULO, em razão da incompetência da autoridade fiscal para proceder o lançamento de ofício, vez que contraria o Decreto nº 7.629/99, que reproduz. Citando decisões do CONSEF/BA, as quais entende ter correlação com o lançamento ora discutido (ACORDÃO JJF Nº 0173-02/19; ACÓRDÃO JJF Nº 0029-06/19NF; ACÓRDÃO CJF Nº 0262-12/19 e ACÓRDÃO JJF Nº 0132-03/15).

Aduz que este vício de forma, acarreta a nulidade do procedimento, porque ao AUDITOR FISCAL, não é permitido lavrar auto de infração/notificação fiscal sobre mercadorias em trânsito, uma vez que tal competência é atribuída por lei aos AGENTES DE TRIBUTOS ESTADUAIS, como determina o art. 42, II em consonância com o art. 18, I, ambos do RPAF-BA, os quais transcreve.

Alega ausência de regular intimação acerca do indeferimento da autorização para recolhimento do ICMS no prazo normal, conforme se observa no parecer em anexo (Doc. 05), referente ao ano de 2020. Registrando que esta autorização foi indeferida, internamente pela SEFAZ/BA, de forma unilateral e sem a regular ciência do sujeito passivo. Vale dizer, não houve a necessária e indispensável intimação regular para que, se pudesse corrigir eventual irregularidade na autorização para recolhimento no prazo normal.

Afirma que, no caso em tela, deveria ocorrer a regular, necessária e indispensável intimação do sujeito em consonância com os artigos 108 a 110 do RPAF-BA/99, que transcreve.

Diz que nenhuma das formalidades previstas na norma foi observada na intimação que indeferiu a autorização para recolhimento no prazo normal. Afirmando que a ausência de intimação regular, cerceou completamente o direito da requerente de corrigir eventual irregularidade que estivesse dando causa ao referido indeferimento.

Entende que o não atendimento aos critérios legais, que lhe possibilitaria a continuar operando no regimento de deferimento, em momento anterior ao lançamento, causou cerceamento do direito de impugnar o indeferimento ou de recolher de forma espontânea o imposto supostamente devido.

Para embasar sua alegação, cita acórdãos do CONSEF/BA, os quais entende ter correlação com o presente lançamento (ACÓRDÃO JJF Nº 0197-04/16; ACÓRDÃO CJF Nº 0102-11/16; ACÓRDÃO JJF Nº 0029-06/16 e ACÓRDÃO CJF Nº 0015-11/15).

Argumenta duplicidade de exigência fiscal, pois o imposto exigido no presente lançamento, já foi recolhido, como se vê no livro de saída de mercadoria (Doc. 07) e no livro de apuração do ICMS (Doc. 08) em razão da compensação com o saldo credor da apuração mensal decorrente do princípio da não cumulatividade do ICMS. Aduzindo que a dupla exigência fiscal tem como consequência o enriquecimento sem causa, prática condenável no mundo jurídico. Ressaltando que o Autuante, ao exigir mais de uma vez o mesmo imposto, sobre o mesmo fato gerador e no mesmo período recai na ilegal figura jurídica tributária denominada *bis in idem*.

Visando fundamentar sua alegação, cita as seguintes decisões do CONSEF/BA: ACÓRDÃO CJF Nº 0045-11/11; ACÓRDÃO JJF Nº 0016-03/12 e ACÓRDÃO CJF Nº 0158-12/15.

Afirma que a CF/88, veda o emprego do confisco tributário (art. 150, inciso IV), impedindo que todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar tributo, contribuições ou penalidades (multas), que tenham nítido e ostensivo caráter confiscatório.

Finaliza a peça defensiva, requerendo que o CONSEF/BA decrete a nulidade total da notificação fiscal em apreço, e se assim não entender, decrete a improcedência da Notificação Fiscal, para que se faça justiça.

Requer, também, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, em razão da celeridade processual.

Cabe registrar que nos autos não consta Informação Fiscal.

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.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 6.889,51, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 4.133,71, perfazendo um total de R\$ 11.023,22 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 38.009, emitido em 05/08/2022 (fl. 05).

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.

O Notificado alega que o Notificante não tem competência funcional para efetivar lançamentos no trânsito de mercadorias, haja vista a sua condição de Auditor Fiscal e não de Agente de Tributos Estaduais, conforme preceitua o art. 107, § 2º do COTEB.

Diferentemente do Notificado, entendo que o ocupante do cargo de Auditor Fiscal tem competência funcional para lavrar Autos de Infração/Notificações Fiscais, visando cobrar tributos estaduais no trânsito de mercadorias. Haja vista que esta discussão foi examinada e decidida pelo STF, no mês de março/2021, em sede da ADI nº 4.233, **que afastou a aplicação automática das disposições legais inseridas pela Lei nº 11.470/09**, as quais transferiram atribuições, antes privativas dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia, para os ocupantes do cargo de Agentes de Tributos Estaduais, designadamente a lavratura de lançamentos de ofício durante a fiscalização no trânsito de mercadorias e perante contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Com a decisão do STF, os auditores fiscais retornam a exercer privativamente a competência da função fiscalizadora, cabendo aos agentes de tributos a execução de tarefas de subsídio à fiscalização.

Isto posto, considero que as decisões administrativas colacionadas não servem como precedentes para darem lastro à impugnação. Pelo que, rejeito a arguição de nulidade.

Entendo que a questão central a ser analisada refere-se ao efetivo recolhimento do imposto antes da saída do produto mineral PROMAG IBAR Q85S B – MASSA REFRATÁRIA, acobertada pelo DANFE nº 38.009 emitido em 05/08/2022, destinada a contribuinte inscrito no estado de Minas Gerais (fl. 05).

Pesquisa realizada no site da empresa notificada (<https://www.ibarnordeste.com.br>) informa que o produto é uma massa refratária granulada seca, a base de óxido de magnésio e aditivos especiais, para uso em reparos a quente, pelo processo de projeção a seco.

Compulsando os documentos constantes nos autos, observo particularmente: 1) Termo de Ocorrência Fiscal, que demarca o início da ação fiscal, lavrado no Posto Jaime Baleiro em **10/08/2022** (fl. 04); 2) Notificação Fiscal lavrada em **19/08/2022** (fl. 01); 3) Cópias de documentos relativos ao alegado recolhimento do imposto, concernente à operação de venda acobertada pelo DANFE de nº 38.009 (fls. 47/51), 4) Cópia de consulta efetivada no Sistema de Informação do Contribuinte – INC, na qual consta a informação de que o Notificado requereu autorização para proceder o recolhimento no prazo normal de apuração, qual seja, até o dia 09 (nove) do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, quando realizasse operações com extrativos minerais não metálicos. Sendo que o pedido foi **INDEFERIDO**, em virtude do Notificado ter sócios na condição de irregulares. A petição foi efetivada por meio do Processo SIPRO nº 09320220205, cuja ciência do não atendimento do pleito ocorreu em **28/12/2020** (fls. 10 e 43).

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.

Em relação à alegação defensiva de falta de ciência concernente ao indeferimento do pleito de realizar recolhimentos, relativos às operações com extrativos minerais não metálicos, até o dia 09 (nove) do mês subsequente, considero descabida. Haja vista que na consulta realizada no Sistema

INC, anexada pelo Notificante (fl. 10) está registrado que a ciência ocorreu em **28/12/2020**, data anterior à lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal, ocorrida em **10/08/2022**.

Mister destacar que a solicitação efetuada pelo Notificado não garante de imediato a fruição do tratamento dispensado na legislação. Necessário, sim, o recebimento da autorização expressa, para que a partir daí pudesse utilizar do prazo especial de pagamento.

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

Quanto aos documentos trazidos pela empresa notificada em sua defesa (fls. 47/51), 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.

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 antes 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 **Setembro/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 **10/08/2022**.

“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 nossos)

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.

Relativamente ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido notificado, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.”

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999.

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. **128984.1422/22-2**, lavrada contra **IBAR NORDESTE LTDA.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher ICMS no valor de **R\$ 6.889,51**, 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, 20 de junho de 2023.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR