

N.F. Nº - 128984.0085/22-2  
NOTIFICADO - TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA.  
NOTIFICANTE - RUI ALVES AMORIM  
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL JAIME BALEIRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01.12.2023

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0215-05/23NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DO REGIME DE DIFERIMENTO. DESACOMPANHADAS DE DAE OU CERTIFICADO DE CRÉDITO. 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. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 13/01/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 3.137,05, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 1.882,23, perfazendo um total de R\$ 5.019,28, 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 onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhada de DAE ou Certificado de Crédito.**

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

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

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

*“Refere-se à comercialização interestadual de minério de ferro, destinado ao Estado de Minas Gerais, sem ter sido efetuado o recolhimento do ICMS em virtude do encerramento da fase do diferimento, conforme DANFE de nº. 005.787.”*

Anexo aos autos, dentre outros documentos, encontram-se: a Notificação Fiscal de nº. 128984.0085/22-2, 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. 210446.1000/22-9** (fls. 04 e 05); Documento do histórico dos pagamentos realizados (fl. 05); a cópia do DANFE de nº. 005.787 (fl. 06), **emitido pela Notificada na data 03/01/2022**, 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 Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº. 016.043 (fl. 07).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 12 a 21), e documentação probatória às folhas 22 a 116 protocolizada na CORAP NORTE/PA PAULO AFONSO na data de 19/05/2022 (fl. 11).

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 no 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 n.º 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 manifestadamente 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 dísplice 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-se a sua redução, tendo em vista em 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 paga 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.

Em sessão de Pauta Suplementar, na data de 27/10/2022, a 2<sup>a</sup> JJF decidiu pela conversão do feito em diligência, considerando que a Notificada asseverou que o débito ora exigido tem correlação com o pagamento já efetuado, para que fosse intimada **para desmembrar**, junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o pagamento relativo à Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº. **005.787**, ICMS no valor **R\$ 3.137,05 do montante do DAE de nº 2113010326**, no valor pago de **R\$ 1.281.440,53**, apondo no campos do DAE desmembrado de nº. 04 (Referência **09/2021**) o número da Notificação Fiscal nº. **128984.0085/22-2 visando a possibilidade de homologar o valor pago**.

A Notificada forneceu comunicação às folhas 128 a 130 onde consignou que a fim de mostrar que o montante devido se encontra entre os valores que compõem o montante pago, requereu a juntada do “Livro de Registros de Saídas” da competência de 2022, ressaltando que o montante de ICMS devido para o período de 2022 de R\$ 1.508.025,48, não coincide com o valor indicado no DAE se dá em decorrência dos créditos por entradas e aquisições no valor de R\$ 226.584,95, reiterando as razões postas em sua impugnação para que determine o cancelamento integral da Notificação Fiscal.

Examinado que a Notificada não providenciou o desmembramento solicitado na Diligência.

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 epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 13/01/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 3.137,05, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 1.882,23,

perfazendo um total de R\$ 5.019,28, 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 onde 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 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 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 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. **005.787** (fl. 06), o qual 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 **parágrafo 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 10/01/2022 (Termo de Ocorrência Fiscal nº. 2104461000/22-9)** e, da lavratura da presente notificação **na data de 13/01/2022**, conforme verifiquei no Sistema da Secretaria da Fazenda de Controle de Processo Tributário, 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 do 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 ICMS 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 D'Granel Transportes e Comércio LTDA. (fl. 04) **na data de 10/01/2021**, que a mesma carreava as mercadorias da Notificada a qual dever-se-ia ter-se feito circular a Nota Fiscal de nº **005.787 já com o pagamento do imposto nela destacado (através do Documento de Arrecadação Estadual – DAE) no valor de R\$ 3.137,05**, calculado à **alíquota de 12% na mercancia interestadual** com o Estado de Minas Gerais, **tal qual assinalado** na memória de cálculo apostado 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, em relação à inconstitucionalidade suscitada 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.*

Ressalta-se que a Notificada poderá requerer, aos moldes da legislação, à Gerência de Controle da Arrecadação de Tributos – GEARC a compensação dos valores pagos, através do DAE de nº 2113010326 (fl. 149), efetuado na data de **09/02/2022**, referente à **competência do mês 01/2022**, trazido aos autos pela Notificada, no valor pago de R\$ 1.281.440,53, donde consta referenciada em

documentação anexa às folhas 51 a 107, “Registro de Saída” a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 005.787 (fl. 51), e o ICMS no valor **R\$ 3.137,05**, tendo como contido no supracitado valor pago.

Isto posto, não acolho as argumentações suscitadas pela Notificada e voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

### 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 nº **128984.0085/22-2**, lavrada contra **TOMBADOR IRON MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimada a Notificada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.137,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos seus acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR