

N. F. Nº - 298942.2009/22-9
NOTIFICADO - IBAR NORDESTE LTDA.
NOTIFICANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/12/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0267-04/23NF-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERIMENTO. CONTRIBUINTE NÃO HABILITADO PARA OPERAR NO REGIME. Neste caso, o imposto deve ser pago no ato da saída. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade. Servidor público competente para realizar lançamento de ofício. Contribuinte regularmente intimado. Valor do lançamento retificado, por não ter sido considerada, na autuação, a redução de base de cálculo devida. Comprovado o recolhimento do imposto em momento anterior a saída da mercadoria. Infração elidida. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente relatório atende ao disposto no Decreto 7.629/99 (RPAF-BA), art. 164, inciso II, especialmente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos das peças processuais.

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 13/12/2022, no Posto Fiscal Jaime Baleeiro, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 9.362,98, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 5.617,79, no total de R\$ 14.980,77, 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.

Consta na descrição da infração as seguintes informações sobre a redução **indevida** da base de cálculo: (i) o contribuinte reduziu a base de cálculo baseado em inciso revogado do RICMS; (ii) o Convênio ICMS 100/97 não discrimina o produto do contribuinte como beneficiário da redução da base de cálculo.

Foram juntados aos autos, dentre outros documentos, demonstrativo de débito, termo de ocorrência fiscal, DANFE da NF-e nº 39253, DACTE e DAMDFE.

O contribuinte apresenta a sua peça de defesa (fls. 11/22) através de procurador, na qual descreve de forma concisa a infração, passando a expor o motivo pelo qual, na sua concepção, a acusação fiscal não pode prosperar.

Alega que o servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal é incompetente para proceder lançamento de ofício em ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias. Fundamenta sua alegação com o art. 42, I do RPAF-BA.

Prossegue as alegações expondo decisões deste Conselho, aduzindo vício de forma e nulidade do lançamento de ofício por força do art. 42, II c/c art. 18, I, ambos do RPAF-BA. Menciona ainda, as alterações introduzidas pela Lei nº 11.470/09 na Lei nº 8.210/02 e na Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), especificamente no art. 107, parágrafos 1º, 2º e 3º.

Assevera não ter sido intimado da decisão que indeferiu seu pleito de autorização para recolhimento do ICMS em prazo normal, a qual teria se dado de forma interna, unilateral e sem a regular ciência do sujeito passivo ou de terceiro investido de tal poder. Em seguida, cita os artigos 108 a 110 do RPAF-BA, apresenta decisões deste conselho e afirma ter sido cerceado do direito de corrigir eventual irregularidade que tenha dado causa ao mencionado indeferimento, assim como do direito de impugná-lo ou de recolher o imposto de forma espontânea.

Aduz a inobservância do princípio da verdade material e do art. 2º do RPAF-BA, o qual transcreve, para afirmar que a presente notificação fiscal não merece prosperar, uma vez que contraria o previsto em lei, já que o imposto pleiteado foi recolhido e a mercadoria se encontrava acompanhada da nota fiscal nº 39253, assim como do documento de arrecadação (DAE) e do respectivo comprovante de pagamento.

Prossegue afirmando, que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais fundamentais atribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública, os quais devem se desincumbir deles com a maior presteza possível. O administrador fiscal tem seu campo de atuação delimitado por lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, possuindo função própria de aplicador das leis, assim como a de fazer as pessoas cumprirem.

Argumenta que o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador, não possuindo qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal. A autoridade fiscal, impulsionada pelo seu dever de ofício, deve apurar o valor do tributo de acordo com os fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do fisco atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos. Em seguida, cita decisões deste conselho para ratificar seu entendimento.

Defende que não há que se falar em falta de recolhimento do imposto, haja vista que o pagamento do ICMS foi efetivamente realizado, conforme se comprova com a nota fiscal nº 39253, com o documento de arrecadação (DAE) e seu respectivo comprovante de pagamento, anexados ao processo.

Por fim, pede que seja decretada a improcedência da notificação fiscal; requer que todas as intimações sejam encaminhadas aos patronos da autuada, no endereço constante no rodapé da peça de defesa; apresenta documentos de representação legal, documentos comprobatórios das alegações e mídia digital.

Não consta informação fiscal no processo.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre registrar que a defesa foi exercida dentro do prazo regulamentar, não se identificando ocorrência de intempestividade. O lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente atendem as formalidades legais e não se inserem em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O notificado compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, abordando os aspectos da imputação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos, que ao seu entender, sustentam suas teses defensivas, tendo exercido, sem qualquer restrição, o contraditório no presente processo administrativo fiscal.

O notificado realizou requerimento acessório para recebimento das comunicações, relativas ao processo, no endereço constante no rodapé da peça de defesa. Embora não exista óbice ao atendimento do requerido, eventual inobservância não enseja motivo para alegação de nulidade. O notificado e seus patronos devem observar os comandos normativos específicos para

contribuintes credenciados ao serviço Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), como também o disposto nos artigos 108 a 110 do RPAF-BA.

O contribuinte argui em sua defesa as seguintes questões preliminares: **(i)** incompetência da autoridade fiscal para realização do lançamento de ofício e **(ii)** ausência de intimação acerca da decisão que indeferiu pleito de recolhimento do ICMS em prazo normal.

O notificado defende ser o servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal incompetente para lavratura de lançamento de ofício no trânsito de mercadorias, sob o argumento de que essa competência seria do servidor ocupante do cargo de Agente de Tributos Estaduais, na forma do art. 42 do decreto nº 7.629/99 e do art. 107 da lei nº 3.956/81.

Entretanto, em atenta leitura ao disposto pelo art. 6º, I, “a” da Lei nº 8.210/02 (transcrito abaixo), a qual dispõe sobre a estrutura do Grupo Ocupacional Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, constata-se que o legislador ordinário atribuiu competência privativa e irrestrita ao servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal para constituição de crédito tributário.

Art. 6º - São atribuições dos titulares dos cargos de Auditor Fiscal:

*I - constituir **privativamente**:*

a) créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

(...)

Todavia, esse **caráter privativo** da competência para constituição de crédito tributário foi flexibilizado pelo legislador, o qual tornou **compartida** a competência do servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal e a competência do servidor ocupante do cargo de Agente de Tributos Estaduais para constituição de crédito tributário, especificamente, durante fiscalização no trânsito de mercadorias e perante contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Ao alargar a competência para constituição de crédito tributário, permitindo ao servidor ocupante do cargo de Agente de Tributos Estaduais constituir crédito em situações específicas, o legislador não excluiu a competência do servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal, uma vez que prevalece no Direito a máxima de “quem pode mais pode menos”.

Ademais, a mencionada discussão foi levada a apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 4233/BA, na qual se decidiu, em *interpretação conforme*, pela exclusão da competência para constituição de créditos tributários dos **atuais** Agente de Tributos Estaduais, afastando a aplicação automática das disposições legais inseridas na Lei nº 8.210/02 pela Lei nº 11.470/09, especificamente na constituição de crédito tributário durante a fiscalização no trânsito de mercadorias e perante contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Portanto, a lavratura da presente notificação fiscal obedece aos requisitos previstos em lei, especificamente ao disposto pelo art. 6º, I, “a” da Lei nº 8.210/02, não estando maculada por vício de forma, como afirma o contribuinte. Não foram encontradas irregularidades no preparo do processo e os princípios processuais foram preservados.

Pedido de nulidade rejeitado.

O notificado relata ausência de intimação da decisão que indeferiu o pleito de autorização para recolhimento do ICMS em prazo normal.

Contudo, em criteriosa análise das informações econômico-fiscais do contribuinte, constantes nos controles da Sefaz-BA, se verifica que o mesmo é contribuinte credenciado ao serviço Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) **desde 25/04/2020**, através do qual tomou ciência da referida decisão de indeferimento **em 28/12/2020**.

Além disso, em momento posterior a citada ciência, o notificado realizou, sem sucesso, novos requerimentos com semelhante pleito (Parecer nº 4481/2022 e Parecer nº 4517/2022), só tendo seu pedido deferido através do Parecer nº 1594/2023, cuja ciência ocorreu em **17/04/2023**.

Outrossim, o RPAF-BA e a Lei 3.956/81 possuem normas específicas e de caráter vinculativo sobre os meios de ciência ao sujeito passivo. Quando o contribuinte é credenciado ao serviço Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), fica vinculado a este canal de comunicação oficial para receber notificações e intimações, tomar ciência de atos administrativos e avisos em geral relativos aos tributos estaduais. A tomada de ciência, de forma expressa ou tácita, indica que o sujeito passivo tomou conhecimento do conteúdo da intimação, admitida sempre a demonstração em contrário.

É o que se extrai do art. 108 do RPAF-BA.

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

(...)

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo

§ 4º O prazo indicado no inciso III do § 3º:

I - será contínuo, excluindo-se, na sua contagem, o dia do envio da comunicação e incluindo-se o do vencimento;

II - fluirá a partir do primeiro dia útil após o envio da comunicação.

Assim como, do art. 127-D da Lei estadual 3.956/81, Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB).

Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;

b) encaminhar notificações e intimações;

c) expedir avisos em geral;

II - a comunicação eletrônica somente será implementada após credenciamento do sujeito passivo na forma prevista em regulamento;

III - ao sujeito passivo credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

IV - no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.

Como exposto, ao se credenciar ao serviço Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) o contribuinte

passa a ser **obrigado** a acompanhar os comunicados expedidos pela Sefaz-BA neste portal de serviços. Portanto, não é cabível a alegação de ausência de intimação e dos seus efeitos de cerceamento de defesa.

Alegação não acolhida.

O mérito da notificação fiscal recai sobre a falta de recolhimento tempestivo do ICMS, relativo a saída de produtos extrativos minerais (Óxido de Magnésio), com destino a outra unidade da federação.

A notificação fiscal foi lavrada no trânsito de mercadorias, cujos produtos se encontravam desacompanhados de Documento de Arrecadação (DAE) ou Certificado de Crédito, tendo o notificado realizado pedido para recolhimento do imposto em prazo posterior ao da circulação da mercadoria para outra unidade federativa, o qual foi indeferido.

A exigência fiscal tem como base legal o art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso V do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, destacados abaixo (grifos nossos).

*Art. 32. O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo **regulamento** ou convênio firmado.*

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.*

Ao efetivar a lavratura da notificação fiscal, o notificante não reconheceu o direito a redução de base de cálculo, prevista para esta operação de comercialização de produto destinado a pecuária (ração animal), conforme dispõe o artigo 268, inciso LXV, alínea “b” do RICMS/12 (transcrito abaixo). Com efeito, lançou como ICMS devido a quantia de R\$ 9.362,98 (fl. 01), ao invés do destacado no DANFE da NF-e nº 39253, equivalente a R\$ 3.745,19 (fl. 06).

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

*LXV – nas saídas de amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fosfato), DAP (di-amônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples e compostos, fertilizantes e DL Metionina e seus análogos, desde que sejam **destinados a uso na agricultura e na pecuária**, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa, de forma que a carga tributária corresponda aos seguintes percentuais (Convs. ICMS 100/97 e 26/21):*

(...)

b) nas operações interestaduais:

1 - de 01.01.2022 a 31.12.2022, caso a alíquota aplicável seja:

1.1 - 4% (quatro por cento), a carga tributária será equivalente ao percentual de 3,10% (três inteiros e dez centésimos por cento);

1.2 - 12% (doze por cento), a carga tributária será equivalente ao percentual de 7,30% (sete inteiros e trinta centésimos por cento);

Todavia, por se tratar de produto destinado a pecuária, como registrado nas “Informações Complementares” do referido DANFE, a redução da base de cálculo, para fins de apuração do imposto devido, deve ser aplicada.

Por fim, quanto a argumentação do notificado sobre o recolhimento do imposto em momento anterior a saída da mercadoria, acompanhada pela apresentação dos documentos de arrecadação (fls. 41/43) ao processo, concluo que o recolhimento do imposto foi realizado em data anterior (12/12/2022) a da lavratura do termo de ocorrência fiscal (13/12/2022), não sendo cabível a exação.

Isso posto, voto pela IMPROCEDENCIA da notificação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº 298942.2009/22-9, lavrada contra **IBAR NORDESTE LTDA.**

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO – RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA