

N. F. Nº - 298942.0260/23-4
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 0270-04/23NF-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. Mercadoria comercializada não está sujeita ao regime de apuração Normal. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. 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 16/02/2023, no Posto Fiscal Jaime Baleeiro, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 24.192,00, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 14.515,20, no total de R\$ 38.707,20, 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.

Foram juntados aos autos, dentre outros documentos, demonstrativo de débito, termo de ocorrência fiscal, DANFE da NF-e nº 39864, DACTE e DAMDFE.

O contribuinte apresenta a sua peça de defesa (fls. 13/20) 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 inobservância do devido processo legal, por ser o servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal 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.

Argumenta, que a mercadoria constante no DANFE da NF-e nº 39864 se trata de “MASSA REFRATÁRIA”, a qual não se sujeita ao regime de Diferimento, inexistindo, portanto, tratamento tributário diferenciado. A saída da mercadoria está sujeita ao regime de apuração do ICMS normal, cuja comprovação do recolhimento do imposto é apresentada no livro de Saída de Mercadoria (fl. 43) e no livro de Apuração de ICMS (fls. 45/46), confirmando a improcedência do crédito tributário em discussão.

Afirma, que a exigência do tributo em duplicidade caracteriza *bis in idem*, configurando

enriquecimento sem causa e confisco, este último vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, inciso IV.

Por fim, pede que seja decretada a nulidade total ou 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 a seguinte questão preliminar: incompetência da autoridade fiscal para realização do lançamento de ofício.

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 mérito da presente notificação fiscal recai sobre a falta de recolhimento tempestivo do ICMS relativo a saída de produtos extrativos minerais (CASTIMAG IBAR 90 DC B – MASSA REFRAATÁRIA) 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.

O notificado alega que o produto comercializado se trata de Massa Refratária, para o qual inexistente tratamento tributário diferenciado, estando submetido ao regime de apuração normal do ICMS. Informa, que a comprovação do pagamento do imposto está demonstrada no livro de saída de mercadorias (fl. 43) e no livro de apuração do ICMS (fl. 45/46), anexados ao processo.

Entretanto, conforme descrito no DANFE da NF-e nº 39864, o notificado comercializou o produto CASTIMAG IBAR 90 DC B, cuja especificação encontrada no site oficial do contribuinte (<https://www.ibarnordeste.com.br>) se trata de “*massa refratária granulada seca, a base de óxido de magnésio e aditivos especiais (...)*”, não restando dúvidas de que se trata da comercialização de produto extrativo mineral.

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.*

O notificado apresentou em sua defesa documentos comprobatórios (fls. 43/46) do lançamento do ICMS devido na operação, a qual ensejou a lavratura da presente notificação fiscal. Todavia, os referidos documentos não podem ser acolhidos, uma vez que, a escrituração apresentada não possui a necessária validade jurídica.

O notificado é contribuinte **obrigado** ao uso da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma dos artigos 247 a 253 do RICMS/12, a qual representa a única forma de escrituração aceita pelos Estados e pela Receita Federal do Brasil para o ICMS. Ao utilizar a EFD, o contribuinte garante,

através dos recursos tecnológicos postos à disposição pelos entes públicos, a consistência e validação das informações prestadas, além de assiná-las digitalmente, atendendo, dessa forma, aos padrões estabelecidos nos normativos oficiais.

Caso regularmente comprovada a quitação da exação, não se verifica **espontaneidade** do recolhimento realizado pelo contribuinte em 09/03/2023 (fls. 48/50), haja vista o Termo de Ocorrência Fiscal, o qual demarca o início da ação fiscal, ter sido lavrado em 16/02/2023. É o que preconiza o art. 138 do Código Tributário Nacional, transcrito abaixo (grifos nossos).

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.*

O legislador, ao utilizar o termo “qualquer”, não discriminou o fato do ato praticado ser preparatório ou não, para a perfeita efetivação do lançamento.

É fundamental registrar, que a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias é caracterizada, dentre outras particularidades, pela **instantaneidade**. Na ação fiscal em comento, foi constatado pelo notificante a falta de recolhimento do imposto antes da saída da mercadoria, diante da não apresentação do Documento de Arrecadação (DAE) ou Certificado de Crédito, cuja obrigatoriedade já foi aqui demonstrada, quando recorrido sobre o indeferimento, a época do lançamento, da autorização fazendária para recolhimento do ICMS em prazo normal, não restando dúvidas sobre a subsistência da infração.

Não obstante, na hipótese de comprovação do recolhimento, posterior, do imposto exigido na presente ação fiscal, o montante pago deverá ser aproveitado, sem prejuízo das correções e penalidades legais aplicadas ao caso.

Como já dito, consta nos controles da Sefaz-BA a informação de que o notificado teve seu pleito de autorização para recolhimento do ICMS em prazo normal indeferido, não tendo apresentado, em sua peça de defesa, elementos comprobatórios de que dispunha de autorização para atuar de modo diferente ao disposto nos dispositivos legais supramencionados.

Isso posto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº 298942.0260/23-4, lavrada contra **IBAR NORDESTE LTDA.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher o imposto no valor de **R\$ 24.192,00**, acrescido 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, 18 de dezembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO – RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA