

N. F. N° - 293259.0179/23-0
NOTIFICADO - IBAR NORDESTE LTDA.
NOTIFICANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/03/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0036-03/24NF-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 considerado, na notificação, a redução de base de cálculo. Infração parcialmente elidida. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente relatório atende ao disposto no Decreto 7.629/99 (RPAF-BA/99), 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 28/10/2022, no Posto Fiscal Jaime Baleeiro, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 3.644,16, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 2.186,50, no total de R\$ 5.830,66, 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/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Tipificação da Multa - Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos *“falta de recolhimento tempestivo do ICMS referente a saída de produtos extrativos minerais não metálicos (32.000 Kg de óxido de magnésio), com destino a outra unidade da Federação. Autorização para recolhimento em prazo especial INDEFERIDA – Art. 332, § 4º, Dec. 13780/12 – RICMS/BA. NF-e nº 38893, de 26/10/2022 (...)”*.

Foram juntados aos autos, dentre outros documentos, demonstrativo de débito, memória de cálculo, DANFE da NF-e nº 38893, DACTE e DAMDFE.

Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 2105721369/22-5, em 28/10/2022, no Posto Fiscal Jaime Baleeiro, referente as mercadorias constantes no DANFE da NF-e nº 38893.

O contribuinte apresentou a sua peça de defesa (fls. 11/20) através de procurador, na qual descreveu de forma concisa a infração, passando a expor o motivo pelo qual, na sua concepção, a acusação fiscal não pode prosperar.

Alegou 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. Fundamentou sua alegação citando o art. 42, inciso I, do RPAF-BA/99 (Decreto nº 7.629/99).

Prosseguiu as alegações expondo decisões deste Conselho, aduzindo vício de forma e nulidade do lançamento de ofício por força do art. 42, inciso II c/c art. 18, inciso I, ambos do RPAF-BA/99. Mencionou 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.

Asseverou 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, citou os artigos 108 a 110 do RPAF-BA/99, apresentou decisões deste conselho e afirmou 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.

Argumentou que o ICMS relativo ao DANFE da NF-e nº 38893 já foi recolhido, conforme demonstrado no livro de Saída de Mercadoria (fl. 43), no livro de Apuração de ICMS (fls. 45/47) e nos documentos de arrecadação (fls. 49/51), através da compensação do valor devido com o saldo credor da apuração mensal do ICMS decorrente da aplicação do princípio da Não Cumulatividade. Declara 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.

Em 24/01/2024, a notificada apresentou manifestação ao processo, através da qual reiterou o argumento de que o ICMS, objeto da presente exigência fiscal, já foi recolhido, como demonstrou no livro de Saída de Mercadoria e no livro de Apuração de ICMS, em razão da compensação do valor devido com o saldo credor da apuração mensal do imposto, decorrente da aplicação do princípio da Não Cumulatividade, constantes nos autos do processo.

Pugnou pela observância da redução da base de cálculo, haja vista o produto comercializado se tratar de fertilizante (óxido de magnésio), como previsto pelo art. 268, inciso LXV do RICMS/BA, que transcreve.

Em seguida, apresentou o Parecer nº 5384/2020, exarado pela Sefaz/BA, no qual foi reconhecido o direito a aplicação da redução da base de cálculo, na forma do disposto pelo art. 268, inciso LIII, do RICMS/BA. Ainda sobre o mesmo tema, citou jurisprudência das Câmaras e Juntas deste conselho, cujo direito a redução da base de cálculo foi considerado procedente.

Finalizou a manifestação: (i) pugnando pelo reconhecimento da redução da base de cálculo do imposto, a qual não foi considerada pelo notificante no cálculo do ICMS devido; (ii) reiterando que o imposto já se encontra recolhido, conforme documentação comprobatória anexada aos autos do processo; (iii) requerendo a nulidade da notificação fiscal, ou o reconhecimento da sua improcedência; (iv) solicitando o encaminhamento das intimações aos patronos da autuada, no endereço constante no rodapé da peça de defesa.

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/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

A notificada 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.

A notificada 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. A notificada 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/99.

O contribuinte arguiu 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.

A notificada 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 RPAF-BA/99 (Decreto nº 7.629/99) e do art. 107 da lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

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. Tendo em vista o exposto, rejeito o pedido de nulidade.

A notificada 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, a notificada 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 art. 108 do RPAF-BA/99 e o art. 127-D da Lei 3.956/81 (COTEB) 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.

Como exposto, ao se credenciar ao 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.

O mérito da presente notificação fiscal recai sobre a falta de recolhimento tempestivo do ICMS relativo a saída de produtos extrativos minerais não metálicos (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 a notificada 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/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

A notificada apresentou em sua defesa documentos comprobatórios (fls.43/47) 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.

A notificada é contribuinte **obrigado** ao uso da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma dos artigos 247 a 253 do RICMS/BA, 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.

Ademais, caso regularmente comprovada a quitação da exação, não se verifica **espontaneidade** do recolhimento realizado pelo contribuinte em 09/11/2022 (fls. 49/51), haja vista o Termo de

Ocorrência Fiscal, o qual demarca o início da ação fiscal, ter sido lavrado em 28/10/2022. É o que preconiza o art. 138 do Código Tributário Nacional - CTN, 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.

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.

Quanto ao direito a redução da base de cálculo, os comandos regulamentares que recepcionaram na legislação interna do Estado da Bahia as normas do Convênio ICMS 100/97 não trataram da exigência de minoração expressa (na nota fiscal) do preço da mercadoria, para fins de redução de base de cálculo, motivo pelo qual concluo que o sujeito passivo tem direito à mesma.

Em vista disso, com base no artigo 268, inciso LXV, alínea “b” do RICMS/BA (transcrito abaixo), considero que a redução da base de cálculo para fins de apuração do imposto devido, constatada no DANFE da NF-e nº 38893, deve ser aplicada, por se tratar de produto destinado a agricultura, conforme registrado nas “Informações Complementares” do referido documento.

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 (Conv. 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);

O notificante, ao efetivar a lavratura da notificação fiscal, não reconheceu a redução de base de cálculo prevista para esta operação de comercialização de produto utilizado na agricultura. Com efeito, lançou como ICMS devido a quantia de R\$ 3.644,16 (fl. 01), ao invés do destacado no DANFE da NF-e nº 38893, equivalente a R\$ 2.216,74 (fl. 07).

Este fato não exime o julgador, na busca da verdade material, retificar o valor do lançamento. Pelo que, considero que a presente Notificação Fiscal é parcialmente subsistente em R\$ 2.216,74.

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

Isso posto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da notificação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **293259.0179/23-0**, lavrada contra **IBAR NORDESTE LTDA.**, devendo o contribuinte ser intimado, a recolher o imposto no valor de **R\$ 2.216,74**, além da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR