

A. I. N° - 3002003018/16-7

AUTUADO - TRANSUCATA COMÉRCIO E SERVIÇO DE METAIS LTDA.

AUTUANTE - JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU

ORIGEM - INFAS ATACADO

PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/07/2017

2º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0094-02/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS BENEFICIADAS PELO INSTITUTO DO DIFERIMENTO DO ICMS. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS referente a operações de entradas de mercadorias ao abrigo do diferimento. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 01/09/2016, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$351.160,50, em razão de:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.41 – “*Utilizou indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is).*” Consta ainda, que a empresa habilitada para operar no Regime de Diferimento nas aquisições internas de Sucata de Aço e não poderia se creditar do imposto que foi destacado indevidamente nas notas fiscais emitidas pelo seu fornecedor, em desacordo com o art. 286, XVI, § 1º do RICMS-BA, que veda o destaque do imposto nessas operações. Conforme NFe de entradas; livros Registros de Entradas e planilha.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 77 a 91, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente, esclarece que o Autuado é pessoa jurídica de direito privado cuja atividade empresarial abrange tanto representações e beneficiamento de ferro, aço e seus resíduos, sucatas e materiais não ferrosos, a fabricação de bens de consumo quanto atividades comerciais em todo território nacional, sujeitando-se, assim, à incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias (ICM-Mercadoria). Diz que nas suas atividades, o Autuado adquire mercadorias de inúmeros, diversos, fornecedores. E que alguns destes fornecedores efetuam as suas vendas com base no diferimento do Autuado, fazendo menção ao regime nas notas fiscais e deixando de pagar e destacar o ICMS na saída. E outra parte destes fornecedores não efetiva as vendas levando em conta o regime diferido e, ao se relacionar com o Autuado, vende sucata sujeitando-se ao pagamento normal de ICMS, que é embutido no preço e destacado na Nota Fiscal. É deste segundo tipo que se trata no presente caso.

Prosseguindo, apresenta as razões para desconstituição do lançamento.

ITEM I - DO REGIME DE “DIFERIMENTO” – SUBSTITUIÇÃO PARA TRÁS QUE NÃO ABRANGE TODAS AS OPERAÇÕES DA EMPRESA – EXIGÊNCIA DE REFERÊNCIA AO DIFERIMENTO NA NOTA FISCAL PARA TANTO – INEXISTÊNCIA – OPERAÇÃO NÃO SUJEITA AO REGIME - DIREITO A CREDITAMENTO

Aduz que através do diferimento do ICMS, tem-se uma técnica impositiva de deslocamento da exigência do tributo para momento posterior à ocorrência do fato gerador, com a imputação da responsabilidade de seu recolhimento a terceiro. Desta forma, mesmo ocorrendo o fato gerador, os efeitos jurídicos só se dão em momento posterior, em relação a sujeito diverso. Nesta linha, entende que o regime do “diferimento” institui uma técnica de tributação típica de “substituição tributária para trás”, na qual um determinado sujeito da cadeia econômica se responsabiliza pelos fatos geradores antes diferidos. É nestes termos que foi admitido o regime do “diferimento” no Estado da Bahia, já que, na Lei Estadual n° 7.014/1996 – BA, a “Subseção III” referiu-se ao

instituto através da locução “*DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR DIFERIMENTO*”, aduzindo ainda que:

Art. 7º. Dar-se-á o diferimento quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação forem adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.

Diante disto, frisa que o regime do “diferimento” adentrou o sistema tributário estadual afigurando-se como: 1) uma técnica de tributação, que concentra no substituto o dever de pagar por toda a cadeia econômica; e 2) do ponto de vista prático, uma benesse para o substituído, que não terá sobre si o ônus de lançar o tributo e recolhê-lo.

Contudo, entende que o regime do diferimento não se põe no sistema tributário genericamente para todos os contribuintes. Existem limitações diversas à sua utilização, as quais podem ser também classificadas em duas: i) limitações objetivas; e ii) limitações subjetivas.

Realça que dentre as limitações objetivas, ganha eminência o tipo de mercadoria envolvida, que sinaliza o segmento de atividades identificado e visado pelo legislador com o diferimento, transcrevendo o art. 286, XVI, do Decreto Estadual nº 13.780/2012 (RICMS/BA):

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

[...]

XVI - nas sucessivas saídas internas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, bem como nas sucessivas saídas internas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias;

[...]

§ 1º. Não é permitido o destaque do imposto nos documentos fiscais relativos a operações beneficiadas com o regime de diferimento.

Sustenta que o que os dispositivos revelam, em verdade, não é que o diferimento é uma obrigação do contribuinte, mas, uma possibilidade. Quando se fizer presente esta possibilidade, então, não poderá haver destaque e creditamento de ICMS nas notas fiscais associadas àquelas operações. Observa que a razão de ser da negativa de destaque e creditamento é muito evidente: se na operação houve diferimento, então não houve pagamento de ICMS; se não houve pagamento, não há porque haver destaque na nota fiscal e, tampouco, direito a crédito.

Argumenta que na autuação impugnada, vê-se que a Autoridade Fiscalizadora não esconde, em momento algum, sua percepção: identificou operações com sucata e, de pronto, reputou tratar-se ali de operações sujeitas ao regime de diferimento, negando a possibilidade de destaque do ICMS pago e respectivo creditamento. Todavia, o julgador perceberá facilmente o equívoco da Fiscalização, pois não foi esta a situação havida no plano fático. Não houve diferimento na operação e fizeram-se presentes limitações subjetivas e formais que impedem que a operação se enquadrasse naquele regime.

Explica que a Lei Estadual nº 7.014/96 (ICMS/BA) assim estabelece:

Art. 7º. [...].

§ 3º O regulamento poderá estabelecer exigências e condições para autorizar o contribuinte a operar no regime de diferimento.

Diz que o regulamento poderá autorizar certos contribuintes a operar no regime de diferimento. Outros contribuintes, não autorizados, não se encontrarão sob tal regime, ainda que dêem saída a produtos idênticos. Por sua vez, o Regulamento do ICMS/BA especifica que:

Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime [...]
(Destaques da defesa)

E, ainda, que:

Art. 55. Quando a operação ou prestação for beneficiada por isenção, redução da base de cálculo ou diferimento, ou quando estiver amparada por imunidade, não-incidência ou suspensão da incidência do ICMS, ou, ainda, quando o imposto já houver sido lançado por antecipação, essa circunstância será mencionada em todas as vias do documento fiscal, indicando-se o dispositivo pertinente da legislação, ainda que por meio de código, cuja decodificação conste no próprio documento fiscal, exceto quando se tratar de Cupom Fiscal ou Nota Fiscal de Venda a Consumidor emitida por Emissor de Cupom Fiscal (ECF). (Destques da defesa)

Isto, sem falar que:

Art. 288 [...].

Parágrafo único. O número do Certificado de Habilitação para o regime de diferimento e a expressão “ICMS diferido - art. 286 do RICMS” deverão constar, obrigatoriamente, em todos os documentos fiscais emitidos para dar curso ao produto até o estabelecimento destinatário. (Destques da defesa)

Aduz que neste ponto é que a questão se tornará cristalina e o equívoco cometido na Autuação ficará evidenciado.

Chama atenção que a legislação indica que certas operações estarão beneficiadas pelo regime do diferimento, desde que: 1) digam respeito à circulação de produtos específicos (art. 286, RICMS/BA); 2) o destinatário esteja habilitado para operar neste regime (art. 287, RICMS/BA); e, ainda, 3) haja a indicação de que aquela operação está, efetivamente, sendo realizada beneficiada por aquele regime.

Salienta que os elementos de nº 2 e 3, acima, são de especial relevância para demonstrar que nem todas as operações com sucata estarão sujeitas ao REGIME DE DIFERIMENTO. Seja porque o destinatário não está habilitado para fazê-lo, seja porque não foi uma opção dos agentes econômicos deixar de recolher o ICMS, de modo que não registraram a benesse nas notas fiscais.

Alerta que o Regulamento é claro, se a operação em regime de diferimento tem de ser evidenciada na nota fiscal que a representa, então, aquelas notas que não tenham esta evidência não se sujeitam ao regime.

Aduz que apesar de dizerem respeito a aquisição de sucata, as notas fiscais a partir das quais o Autuado tomou crédito fiscal não têm a indicação do diferimento, justamente porque não estavam sujeitas ao regime.

Reitera que a legislação tributária do Estado da Bahia não impede que uma operação de sucata tenha aplicação da tributação normal pela sua circulação onerosa. Pelo contrário, estabelece que o diferimento do imposto é a exceção, cabível somente quando todos os requisitos se fazem presentes.

Registra que, no regime de diferimento, juridicamente, a operação de circulação de mercadoria é tributada – apenas deixa de haver, economicamente, o imposto a recolher na operação diferida, já que este fica transferido para a operação seguinte. Com isto, o diferimento apenas simplifica a fórmula do recolhimento do ICMS, de modo que a adesão a esta sistemática é uma faculdade do contribuinte.

Destaca que verificando a ausência de prejuízo ao Erário é que, este CONSEF/BA anulou lançamento anterior lavrado em caso similar:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0321-12/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA SUJEITA AO DIFERIMENTO. DESTAQUE IRREGULAR DO IMPOSTO EM NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS.
Operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento deverão ser realizadas com emissão do documento fiscal próprio. **Inexistência de prejuízo ao Erário Estadual. Infração Improcedente Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO.** Decisão não unânime.

Comenta que, no caso supra, este CONSEF/BA verificou que mercadoria sujeita ao diferimento teve o ICMS destacado na Nota Fiscal de Entrada, quando, em verdade, não deveria tê-lo sido. Contudo, ao final, os Julgadores constataram que o creditamento daquele valor destacado não

trazia nenhum prejuízo ao Erário, justamente porque o valor correto viria a ser pago na sequência.

Afirma que o que se verifica nestes autos é situação muitíssimo similar, à qual sobrepõe-se outra percepção.

Argumenta que, se ao adquirir a mercadoria de seu fornecedor, o Autuado já custeou o ICMS que fora recolhido naquela hipótese, então ele precisa se creditar daquele valor, sob a ameaça de, caso contrário, ocasionar locupletamento ilícito da Fazenda Estadual.

Explica que pelo regime do diferimento, o substituto tributário, ao final da cadeia, encerra o diferimento e recolhe o tributo segundo substituição “para trás”, em relação a todas as operações anteriores. Se, numa destas operações anteriores, já houve recolhimento de ICMS, isto significa dizer que o substituto, ao final, acabará por recolher novamente o tributo sobre aquela, já tributada. Então, se, ainda que por erro, houve recolhimento e destaque do ICMS em um dos elos da cadeia econômica, o direito ao creditamento na etapa seguinte se faz necessário para corrigir o equívoco, impedindo que se dê *bis in idem*.

Por isto, entende que, mesmo que a mercadoria pudesse estar sujeita ao diferimento, o fato econômico é que ela não se sujeitou, a Nota Fiscal não fez referência ao regime, tendo havido destaque e recolhimento do ICMS. Aduz que não houve prejuízo ao Erário, que já recolheu parte do tributo que viria somente com o encerramento do diferimento e, ao permitir o creditamento, se está a corrigir o futuro *bis in idem* que se afiguraria sobre a operação.

ITEM II - DA REGRA-MATRIZ DO DIREITO DE CRÉDITO – EXIGÊNCIA DE DESTAQUE NO ICMS PAGO

Argumenta que na legislação do ICMS, Lei Complementar nº 87/1996, os arts. 19 e 20 regulamentam a não cumulatividade e são expressos acerca deste direito de crédito que deriva da existência de pagamento anterior à entrada no estabelecimento do adquirente. Da leitura especialmente do art. 20 da LC 87/96, fica evidente o antecedente da norma de crédito do ICMS em favor do contribuinte. É a existência de cobrança de ICMS na operação anterior, de que resultou a entrada da mercadoria no seu estabelecimento.

Sustenta que em todas as notas fiscais emitidas que geraram crédito em favor do Autuado, as operações de fato não foram sujeitas ao diferimento, não tiveram indicação de habilitação de nenhuma das partes, nem se eximiram do destaque do ICMS. Com isto, criou-se para o alienante o dever de pagar aquele ICMS destacado e, para o adquirente, o direito de creditar-se por aquela quantia.

Destaca que nenhuma daquelas notas fiscais foi declarada inidônea por qualquer motivo, as operações se concretizaram normalmente e o fato jurídico antecedente – isto é, a sujeição do alienante à cobrança do ICMS – ocorreu. Entende não haver nenhuma razão para que se impeça o adquirente – ora Autuado – de proceder ao respectivo creditamento.

Ressalta que a existência de habilitação em regime de diferimento para algumas mercadorias não desfaz o fato jurídico tributário ocorrido anteriormente, ensejador de crédito. Diz que, em verdade, a norma jurídica que impõe o diferimento – tido este como hipótese de substituição tributária – não pode ter qualquer efeito sobre outra norma que não a de incidência tributária. Se a norma que impõe a tomada de crédito decorre de fato jurídico distinto (incidência anterior) e tem consequência distinta (crédito do contribuinte), então evidencia-se que se trata de norma distinta. E se é norma distinta, não há que se estender os efeitos do diferimento sobre esta.

Este entendimento decorre daquele esposado já por diversas vezes na jurisprudência pátria. Como paradigma, cita o AgRg no Resp nº 1.065.234/RS, acórdão relatado no STJ pelo Ministro Luiz Fux, atual componente do Supremo Tribunal Federal, o qual transcreve trecho.

Conclui que, neste sentido, a existência de destaque nas notas fiscais que evidenciam a entrada no estabelecimento do Autuado é suficiente ao creditamento correspondente, servindo de elemento de presunção suficiente.

ITEM III - DA IMPOSSIBILIDADE POSTERIOR DE RESTITUIÇÃO DO ICMS RECOLHIDO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DIFERIMENTO NAS NOTAS FISCAIS

Frisa que poderá ser da convicção deste órgão julgador que, em razão da compulsoriedade do diferimento para as operações analisadas – com o qual, discorda -, o creditamento do Autuado seria vedado e que, para evitar o locupletamento, que os envolvidos poderiam pedir ressarcimento. Contudo, avssevera que não se pode esquecer que, no caso concreto, não haveria nenhuma possibilidade deste ressarcimento. Isto porque, por mais que a fiscalização insista que o caso devesse ser de diferimento, o fato é que este não foi considerado para as operações efetivamente realizadas, de modo que as notas fiscais não tiveram nenhuma indicação deste diferimento, tampouco registro do número do sujeito habilitado.

Assim, destaca que a operação não ficou formalmente caracterizada para fins do diferimento, por não ter atendido ao art. 55 do RICMS-BA, que exige a indicação expressa do benefício nas notas fiscais, sob pena de não usufruir do regime. Daí porque, mesmo que o Autuante ou seus fornecedores buscassem o ressarcimento do ICMS com base no “*necessário diferimento das operações*”, seria minúscula a probabilidade de a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia autorizar este ressarcimento, já que os pressupostos formais não se fizeram presentes.

Assim, ainda por esta razão, entende ser preciso que seja mantido o direito de creditamento das operações fiscalizadas, sob pena de se concretizar enriquecimento ilícito em favor do Estado da Bahia, com duplo recolhimento sobre uma mesma operação.

Ao final, requer:

- a) No mérito, SEJA TOTALMENTE CANCELADO O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO, para que nada lhe seja exigido à título de ICMS, juros e multa, haja vista a legalidade do creditamento, a ausência de prejuízo para o Fisco Estadual e a iminência de enriquecimento ilícito em caso contrário;*
- b) Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada de documentos, ainda que posterior, caso se faça necessário.*

O autuante, fls. 114 a 117, ao prestar a informação fiscal, aduz que o presente lançamento tributário foi efetuado com perfeita observância de todos os princípios legais e constitucionais, tendo assegurado ao autuado o amplo direito de defesa e do contraditório. A empresa tomou ciência e recebeu cópia do auto de infração e de todos os demonstrativos que embasaram a autuação.

Salienta que em sua peça defensiva o autuado demonstra ter entendido perfeitamente a infração que lhe foi imputada, mas usa diversos argumentos tentando convencer que não houve irregularidade no diferimento e creditamento do imposto.

Argumenta que os dois pressupostos básicos para que haja a substituição tributária por diferimento do ICMS é que a mercadoria esteja enquadrada no regime de diferimento e que o destinatário requeira e obtenha previamente da SEFAZ, sua habilitação para operar no referido regime.

Destaca que no caso específico, trata-se de notas fiscais de entradas de sucatas provenientes do mercado interno, mercadoria enquadrada no regime de diferimento, conforme previsto no artigo 286, inciso XVI, do RICMS-BA, Decreto 13.780/2012.

Já em relação à autuada, diz que estranhamente a peça defensiva diz que a empresa não está habilitada para operar no regime, mas a mesma pleiteou e obteve da SEFAZ a habilitação para operar no regime de diferimento nas operações de aquisição de sucata, que se encontra ativa, conforme certificado de habilitação constante à folha 7 deste processo.

Frisa que por outro lado, analisando as notas fiscais que acobertaram as operações, folhas 09 a 18, existem alguns aspectos bem elucidativos:

- a) Tem como natureza da operação “Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”;*
- b) a base de cálculo do imposto é mais de sete vezes maior que o valor dos produtos;*
- c) o valor do imposto destacado e creditado indevidamente, é bem superior ao valor dos produtos.*

Ressalta que começando pelo item “a”, vê-se claramente que houve a emissão de notas fiscais com o CFOP 5949 - outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado. Classificam-se neste código outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificadas nos outros códigos, logo, não se pode confundir com uma operação de venda de produtos em que se destaca o imposto e transfere o crédito fiscal para o destinatário.

Salienta que nos itens “b” e “c”, se descortina claramente o absurdo do que pleiteia o autuado, com o destaque do imposto e o seu creditamento indevido. Pergunta:

Como pode se alegar que em operações como essas, o ICMS está embutido no valor dos produtos e foi recolhido aos cofres do Estado, se o valor do imposto é bem maior que o valor dos próprios produtos, do que o valor da operação, como quer a autuada?

Destaca que a empresa emitente das notas fiscais, ultimamente vem acumulando créditos fiscais sucessivos, mês a mês, sem recolhimento de ICMS aos cofres do Estado da Bahia.

Esclarece que o crédito tributário só é assegurado ao contribuinte nos casos do imposto regularmente destacado, que não se configura nas operações objeto desta autuação.

Realça que diferentemente do que alega a autuada, o RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, em seu artigo 286 é bem incisivo em relação à substituição tributária por diferimento:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

...

XVI - nas sucessivas saídas internas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, bem como nas sucessivas saídas internas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias.

Argumenta que como a sucata está enquadrada no regime de substituição tributária por diferimento e a autuada tem certificado de habilitação para operar no referido regime, há sim a compulsoriedade do diferimento.

Registra que se considerando o que pleiteia o autuado, existiria em seu estoque sucata que teria sido objeto de diferimento e sucata tributada normalmente, ambas com tratamento tributário totalmente diverso nas operações de saídas, situação esdrúxula e incompatível com a legislação em vigor.

Entende que também não há que se falar em bitributação, uma vez que se houve erro no momento da emissão da nota fiscal, não se corrige utilizando-se o crédito fiscal de forma indevida, mas a empresa emitente do documento fazendo o devido estorno do débito correspondente ou solicitando à SEFAZ autorização para fazê-lo, conforme previsto na legislação.

Assegura que: “*É razoável supor que aqui não houve um simples erro na emissão das notas fiscais que acobertaram as operações, mas que houve operações com imposto destacado deliberadamente para benefício de terceiros, deixando assim a autuada de recolher imposto que seria devido, em detrimento da Fazenda Pública.*”

Afirma que o que se vê é que a autuada está se beneficiando de operações acobertadas por notas fiscais com diversas impropriedades e se creditando indevidamente de imposto que tem o seu destaque vedado na legislação própria, conforme previsto no § 1º do Artigo 286 do RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012:

§ 1º Não é permitido o destaque do imposto nos documentos fiscais relativos a operações beneficiadas com o regime de diferimento.

Realça que a infração está bem clara e devidamente caracterizada, com multa prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da lei nº 7.014/1996.

Ao final, opina pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS imputando ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente de

crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de julho, outubro e dezembro de 2015, na condição de empresa habilitada para operar no Regime de Diferimento nas aquisições internas de Sucata de Aço e que não poderia se creditar do imposto que foi destacado indevidamente nas notas fiscais emitidas pelo seu fornecedor, em desacordo com o art. 286, XVI, § 1º do RICMS-BA, que veda o destaque do imposto nessas operações. Conforme NFe de entradas acostadas às folhas 09 a 18; livros Registros de Entradas acostadas às folhas 25 a 68 e planilha acostadas à folha 08.

Em sua defesa o sujeito passivo não apontou qualquer erro nos números, nem negou que se referem a aquisição de sucatas. Também não negou que realmente tivesse apropriado em sua escrita fiscal os valores constantes no levantamento fiscal relativos ao ICMS destacado nos documentos fiscais que foram objeto do lançamento tributário. Entretanto, defende ter direito ao crédito pois nos citados documentos não consta a observação de que às operações foram amparadas pelo diferimento e que, conforme natureza não cumulativa do ICMS, é assegurado o direito ao aproveitamento do crédito, já que este efetivamente existiu na operação anterior. Alegou, ainda, impossibilidade de restituição do ICMS destacado nas notas fiscais.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

Entendo que os argumentos apresentados pela defesa não são capazes de elidir a autuação, uma vez que a legislação tributária do Estado da Bahia não respalda o posicionamento do autuado, visto que o diferimento do imposto é técnica impositiva de tributação, o RICMS/BA não concede ao contribuinte margem de opção e renúncia à sua utilização a cada operação. Assim, para essas mercadorias não poderia, portanto, o remetente destacar o ICMS nos documentos fiscais, renunciando informalmente ao diferimento. O RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, em seu artigo 286 é bem incisivo em relação à substituição tributária por diferimento:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

...

XVI - nas sucessivas saídas internas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, bem como nas sucessivas saídas internas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias.

Este entendimento encontra respaldo no artigo 7º da Lei nº 7.014/96, no qual atribui ao adquirente a responsabilidade pelo pagamento do imposto, no caso, sobre as mercadorias objeto da autuação, pelo regime de substituição tributária por diferimento.

No mesmo sentido, o destaque do ICMS é vedado, e no presente caso, é incorreto o creditamento do imposto por parte do destinatário das mercadorias, conforme a norma prevista no no § 1º do Artigo 286 do RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012:

§ 1º Não é permitido o destaque do imposto nos documentos fiscais relativos a operações beneficiadas com o regime de diferimento.

Ainda que o imposto relativo a esta operação esteja destacado no documento fiscal de aquisição, concluo que foi correto o procedimento da fiscalização, haja vista que, de fato, não poderia o autuado ter lançado o crédito objeto do presente lançamento tributário, pois o Regime de Diferente estava Ativo desde 29/12/2000, até, pelo menos, 17/08/2016, conforme relatório do Sistema INC – Informações do contribuinte, fl. 07. Logo, como os fatos geradores autuados ocorreram em 2015, não resta dúvida que o autuado estava, legalmente, habilitado no citado regime, por sua própria solicitação e deferimento da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Pelo acima alinhado, não ocorreu descumprimento por parte da fiscalização do princípio da não-cumulatividade.

Sendo assim, o ICMS destacado indevidamente nos documentos cabe pedido de restituição, caso seja comprovado o recolhimento indevido, em processo específico, o qual deverá ser examinado pela INFRAZ de origem.

Ante o exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **3002003018/16-7**, lavrado contra **TRANSUCATA COMÉRCIO E SERVIÇO DE METAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$351.160,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR