

PROCESSO	- A. I. N° 206926.0001/19-6
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS METÁLICOS DA BAHIA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0176-01/19
ORIGEM	- INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 27/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0323-12/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERIMENTO. Comprovado nos autos que a operação objeto da autuação é contemplado no regime de diferimento (art. 286, LXII do RICMS/12), e cabível a exigência do recolhimento do imposto nas operações de saída do Estado antes da saída da mercadoria do estabelecimento (art. 332, V, “n” do RICMS/12). Mantido o acolhimento da preliminar de nulidade e reformado a decisão de mérito. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração *Procedente*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que desonerou o valor total exigido no o Auto de Infração lavrado em 20/02/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$108.590,42 (Exercício de 2016), acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Na decisão proferida (fls. 634/638) apreciou a nulidade suscitada sob alegação de falta de clareza da autuação, fundamentando que o “DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS DE SUCATA”, com indicação das notas fiscais e datas de ocorrências, a indicação dos dispositivos infringidos da legislação tributária, oferecem dados e informações necessários ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, inexistindo qualquer prejuízo ao autuado. Rejeitou a nulidade suscitada e passou a análise do mérito.

Cabe analisar o tratamento tributário dispensado pelo RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, à sucata de alumínio no período objeto da autuação, no caso meses de julho e agosto de 2016.

O inciso XVI do artigo 286 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, atualmente vigente e vigente à época de ocorrência dos fatos, estabelece que:

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;

Verifica-se da leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido que o diferimento do lançamento do ICMS ocorre apenas nas sucessivas saídas internas de sucatas de metais. Ou seja, não é aplicável às operações de saídas interestaduais, conforme é o caso das operações interestaduais acobertadas pelas quatro notas fiscais arroladas na autuação.

Na realidade, o dispositivo regulamentar que normatizava as operações de saídas interestaduais de sucatas de metais era o inciso LXII, do mesmo artigo 286 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, que apresentava a seguinte redação:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS

LXII - nas saídas interestaduais dos produtos a seguir indicados, destinadas a estabelecimento industrializador localizado em Estado signatário do Protocolo ICMS 44/13, inscrito como contribuinte substituto no Estado da Bahia, observando-se as condições e os procedimentos descritos no referido

protocolo: a) desperdícios e resíduos, inclusive a sucata, dos metais cobre, níquel, chumbo, zinco, estanho e alumínio, e quaisquer outras mercadorias classificadas respectivamente nas subposições NCM/SN 7404.00, 7503.00, 7802.00, 7902.00, 8002.00, 7602.00; b) alumínio em formas brutas, alumínio não ligado, ligas de alumínio, inclusive a granalha de alumínio e quaisquer outras mercadorias classificadas na posição NCM/SN 7601.

Ocorre que o referido inciso LXII fora revogado pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeito a partir de 01/06/16, portanto, em momento anterior às operações interestaduais de saídas realizadas pelo autuado, descabendo, desse modo, falar-se em diferimento e, consequentemente, em falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, conforme a acusação fiscal.

Vale consignar que as Notas Fiscais contêm o destaque do imposto quando devido.

Diante disso, a autuação é insubstancial.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

VOTO

O Recurso de Ofício, interposto pela 1ª JJF desonerou o valor total exigido no o Auto de Infração em decorrência da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Inicialmente ressalto que na decisão recorrida foi apreciado e rejeitada nulidades suscitadas.

Na defesa inicial (fl. 19) foi alegado que o “Demonstrativo das Saídas de Sucata” apresentado pela fiscalização não era possível se extrair quais operações estavam sendo objeto da autuação “uma vez que não são indicadas as notas fiscais relacionadas às operações”, o que foi rebatido pelo autuante na informação fiscal prestada (fl. 615) afirmando que o referido demonstrativo juntado à fl. 7 relaciona os números das notas fiscais e indica venda de “sucatas de alumínio”.

Constatou que o demonstrativo de fl. 7 relaciona as notas fiscais de números 2, 3, 4 e 6 emitidas pelo próprio estabelecimento autuado, cujas cópias foram juntadas a informação fiscal às fls. 616 a 619. Portanto, não procede a alegação de falta de clareza da autuação, como fundamentado na Decisão ora recorrida de que a indicação das notas fiscais, datas de ocorrências e dispositivos infringidos da legislação tributária, possibilitaram exercer seu direito de defesa.

Ao tomar conhecimento da informação fiscal, o sujeito passivo alegou que no Auto de Infração foi indicado como infringidos os artigos 7º e parágrafos; art. 23, §1º e art. 32 da Lei nº 7.014/96 e que na informação fiscal o autuante indicou o art. 332, V do RICMS/2012 o que no seu entender configura uma inovação, indo de encontro ao disposto no art. 39, V, “a” e “b” do RPAF/BA.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- A) A infração foi descrita como falta de recolhimento do ICMS substituído, na condição de diferimento, de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, tendo como suporte o demonstrativo de fl. 7 que relaciona vendas de “sucatas de alumínio” para contribuinte localizado em outro Estado (Taubaté-SP);
- B) Os dispositivos infringidos indicados no Auto de Infração tratam do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS, cujo art. 7º, §1º, II da Lei nº 7.014/96 determina que o pagamento pelo responsável no momento “da saída subsequente” e o §2º estabelece que:
“...o regulamento poderá submeter ao regime de diferimento operações ou prestações, estabelecendo o momento em que devam ocorrer o lançamento e o pagamento do imposto, ficando atribuída a responsabilidade por substituição ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento”.
- C) Por sua vez, o art. 23, § 1º refere se ao pagamento do imposto diferido e o art. 32 tudo da Lei nº 7.014/96 determina que o imposto será recolhido no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, “no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou Convênio firmado”.

Pelo exposto, os dispositivos indicados na Lei nº 7.014/96 indicam as operações contempladas com diferimento que engloba os produtos objeto da autuação (sucatas de alumínio) e remete para o regulamento indicar os prazos e forma de recolhimento. Logo, a indicação do momento do recolhimento com base no art. 332, V do RICMS/BA tem consonância com as regras gerais estabelecidas na Lei nº 7.014/96 (art. 23 e 32).

Mesmo que caracterizasse não observância de exigências formais, não acarreta a nulidade do Auto de Infração visto que foi possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário e tendo sido indicado na informação fiscal o dispositivo regulamentar e dado ciência ao estabelecimento autuado (fl. 622), mesmo que não tenha sido determinado pelo órgão julgador, o fato foi comunicado ao sujeito passivo que foi intimado para tomar conhecimento e se manifestou no prazo concedido (fls. 624 a 628), em conformidade com o disposto no art. 18, §1º do RPAF/BA.

Dessa forma, considero que não merece qualquer reparo a rejeição das nulidades suscitadas na Decisão ora recorrida.

No mérito, a Decisão apreciou que o art. 286, VI do RICMS/BA/12, contempla o diferimento de sucata de alumínio no período autuado (julho e agosto de 2016), mas que não se aplica as operações de saídas interestaduais, por entender que “*o dispositivo regulamentar que normatizava as operações de saídas interestaduais de sucatas de metais*” previsto no inciso LXII, do mesmo artigo 286 do RICMS/BA foi revogado pelo Decreto nº 16.738 de 21/05/16, com efeito a partir de 01/06/16, “*descabendo, desse modo, falar-se em diferimento e, consequentemente, em falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido*”.

Quanto a primeira fundamentação, de que o produto objeto da autuação “sucata de alumínio” é contemplado pelo diferimento nas operações de saídas internas estar correta, visto que o artigo 286, XVI do RICMS/BA estabelece:

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;

Quanto ao segundo fundamento, de que não se aplica às operações de saídas interestaduais, conforme é o caso das operações interestaduais em função da revogação do inciso LXII do art. 286 do RICMS/BA a partir de 01/06/16, está equivocado por não se coadunar com a exigência fiscal.

O citado art. 286, LXII contemplava diferimento do lançamento do ICMS nas saídas interestaduais de produtos relacionados no Prot. ICMS 44/13, que englobava “*desperdícios e resíduos, inclusive a sucata, dos metais.... alumínio*”, cuja Cláusula primeira estabelecia:

Cláusula primeira: *Nas operações interestaduais realizadas entre os Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, com desperdícios e resíduos, inclusive a sucata.... e alumínio..., fica atribuída ao estabelecimento industrializador destinatário, na condição de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido em relação às operações antecedentes.*

...

§ 2º O imposto devido, relativamente às operações interestaduais, deverá ser recolhido mensalmente em favor da unidade federada de origem, até o décimo dia do mês subsequente ao da entrada do produto no estabelecimento industrial, mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE ou outro documento de arrecadação autorizado na legislação da unidade federada remetente.

§ 3º Para o recolhimento de que trata o § 2º, a unidade federada remetente poderá exigir a inscrição do estabelecimento industrializador destinatário

Nesta situação, estando o industrializador estabelecido em Estado signatário do mencionado Protocolo e tendo procedido inscrição como contribuinte substituto no Estado da Bahia, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS diferido para as saídas de sucata de alumínio ficava atribuída ao destinatário.

Com a exclusão do Estado da Bahia pelo Protocolo ICMS 28/16, a partir de 01.06.16 e revogado o art. 286, LXII do RICMS/BA/12, pelo Decreto nº 13.780/12, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS diferido voltou a ser atribuída ao remetente.

A autuação recai sobre as operações de vendas de sucatas de alumínio, contempladas pelo regime de diferimento (art. 286, XVI do RICMS/BA) consignadas nas notas fiscais de saídas de números 2, 3, 4 e 6 emitidas pelo próprio estabelecimento autuado, conforme demonstrativo de fl. 7, cujas cópias foram juntadas às fls. 616 a 619, destinadas a ATOMEX IND REPR E COM DE LIGAS E METAIS LTDA, situado no Estado de São Paulo, configurando encerramento do diferimento, cujo ICMS deve ser lançado pelo responsável (art. 286, §2º do RICMS/12).

Neste caso, o ICMS deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria para outra unidade da Federação, acompanhado do respectivo Documento de Arrecadação Estadual (DAE), conforme disposto no art. 329, V, “n” do RICMS/12, abaixo transscrito:

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:

Nota: A redação atual do inciso V do caput do art. 332 foi dada pela Alteração nº 10 (Decreto nº 14.295, de 31/01/13, DOE de 01/02/13), mantida a redação de suas alíneas, efeitos a partir de 01/02/13.

n) com 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;

...

§ 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.

Assim sendo, assiste razão ao autuante, visto que a legislação do ICMS determina que o imposto diferido deve ser recolhido antes da saída da mercadoria para outro estado, fazendo-se acompanhar do comprovante de pagamento (DAE), não sendo facultado ao contribuinte proceder com liberalidade, sob pena de desvirtuar o regime de diferimento, inclusive podendo ser autorizado pelo titular da repartição fiscal que estiver vinculado (Inspeção Fazendária) o que não foi comprovado na situação presente.

Por tudo que foi exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, reformando a Decisão recorrida de IMPROCEDENTE para PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206926.0001/19-6, lavrado contra **CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS METÁLICOS DA BAHIA LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$108.590,42** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS