

PROCESSO	- A. I. N.º 281332.0002/20-2
RECORRENTE	- LATASA RECICLAGEM S.A. (RECLIVALE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS S/A)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0030-01/21-VD
ORIGEM	- INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 05/10/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0224-11/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO. SUCATA ALUMÍNIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a falta de habilitação prévia pelo destinatário junto à repartição fiscal para fruição do benefício do regime de diferimento do ICMS, prevista no art. 287 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), cabe ao remetente das operações de vendas de sucatas de alumínio a sujeição passiva da obrigação de recolher normalmente o imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 1ª JJF - Acórdão JJF nº 0030-01/21-VD – que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$963.477,03, sob a acusação de que o contribuinte deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de julho de 2016 a maio de 2017.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” que:

Empresa do ramo de reciclagem, trabalha preponderantemente com sucata de alumínio. A autuação refere-se basicamente a operações de venda ocorridas entre os meses de julho/2016 a maio/2017 para a empresa CG Metais Ltda. IE 065.756.590 CNPJ 05.978.425/0001-93 com ICMS diferido sem que a CG Metais Ltda tenha recebido do Estado habilitação para operar nesse regime conforme previsão do Art. 287 do RICMS.

Uma análise da DMA da CG Metais toda mostra que 100% das entradas dessa empresa nos exercícios de 2016 e 2017 referem-se às operações com a Latasa S.A. e nesses exercícios praticamente não existem operações de saídas, tanto que os Valores Adicionados nos exercícios de 2016 e 2017 são R\$ -17.857.482,81 R\$ -16.870.588,40 respectivamente. Valores que correspondem às operações de compra referidas anteriormente. A CG Metais encontra-se inapta.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes razões:

VOTO

O autuado, preliminarmente, alega que o presente Auto de Infração contém vícios que devem implicar na sua nulidade.

Todavia, da análise do Auto de Infração, depreende-se que o ilícito fiscal imputado ao autuado foi descrito de forma clara e precisa, inclusive na “Descrição dos Fatos” da pag. 1 do A.I. Registro que a autuante também elaborou demonstrativos às fls. 11 a 48, e em mídia à fl. 50, que detalham a apuração do imposto lançado. Nesses demonstrativos e na mídia que o autuado recebeu cópia (fls. 51 e 59), constam, dentre outras informações, a data da ocorrência das infrações, os valores das operações, a base de cálculo do imposto lançado, a alíquota e o imposto exigido.

Dessa forma, ficam afastadas as preliminares suscitadas, pois o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais, no que preceitua o RPAF/99, não sendo constatada qualquer violação ao

devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde, não havendo do que se falar em nulidade do ato, nem ofensa às determinações do art. 142 do CTN.

No mérito, a infração cuida da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto, tendo em vista que o autuado efetuou venda de sucata de alumínio, com o imposto diferido, para a empresa sem habilitação para operar nesse regime.

O autuado alegou que à época das operações realizadas, a destinatária se encontrava em situação regular perante o fisco, não havendo como saber se estaria, no futuro, inapta para a realização de operações. Entende ainda, que não pode ser responsabilizada pela desídia de outra empresa.

Entretanto, razão não assiste ao autuado, pois mesmo estando o adquirente com sua situação cadastral regular perante o Estado, quando da ocorrência das operações, o art. 287 do RICMS/2012, abaixo transcrito, impõe uma condição para a fruição do regime de diferimento, ou seja, a necessidade da habilitação do adquirente ou destinatário para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário:

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, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:

- I - apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal;*
- II - seja produtor rural, não constituído como pessoa jurídica; ou*
- III - seja optante pelo Simples Nacional, exclusivamente nas seguintes situações:*

- a) nas aquisições de mercadorias destinadas a processo de industrialização;*
- b) nas aquisições de sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais.*

Como bem frisou a autuante em sua informação fiscal, a condição imposta no dispositivo acima mencionado, para a fruição do regime de diferimento, não foi cumprida. Dessa forma, sem a habilitação do seu cliente, o autuado não poderia fazer o diferimento, sendo obrigado a recolher normalmente o imposto na saída do produto do seu estabelecimento.

Vale frisar, que é obrigação acessória do remetente ao efetuar a venda, fazer a consulta pública no site da Sefaz, onde é possível verificar se o destinatário encontra-se habilitado para o diferimento, no momento da emissão do documento fiscal.

Ressalto ainda, que na oportunidade, faço juntar aos autos documentos que demonstram que o destinatário das mercadorias não se encontrava habilitado para o diferimento no período que foi objeto da autuação, e que nas notas fiscais emitidas pelo autuado (remetente), não havia destaque de ICMS, nem menção a referida habilitação.

Em relação ao pedido de redução da multa, sob alegação de que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação, friso que a Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para cancelar ou reduzir multas por descumprimento de obrigação principal, sendo tal atribuição exclusiva da Câmara Superior ao apelo de equidade, conforme dispõe o art. 176, III, "c" do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, de fls. 118 a 137 dos autos, o recorrente, através de seu advogado devidamente habilitado, Dr. Vitor Ramos Mello Camargo, OAB/SP nº 330.896, aduz que a RECLIVALE INDÚSTRIA E COMERCIO DE METAIS S/A, atual razão social de LATASA RECICLAGEM S/A teve lavrado contra si o Auto de Infração decorrente, basicamente, das operações de venda de sucata de metal ocorridas entre os meses de julho/2016 a maio/2017 para a empresa CG Metais Ltda., I.E. 065.756.590 e CNPJ 05.978.425/00001-93, com ICMS diferido, sem que, em tese, a CG Metais LTDA. tenha recebido do Estado da Bahia a habilitação para operar nesse regime, conforme previsão do art. 287 do RICMS. Em consequência, segundo a fiscalização, o recorrente deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Em seguida, o recorrente manifesta inconformismo com a Decisão recorrida, visto que não dispensou a necessária atenção às razões contidas na defesa, eis que, ao se manifestar sobre as preliminares arguidas, não as examinou com a necessária atenção, pois foram consideradas de forma superficial deixando a Decisão recorrida maculada pela nulidade. Aduz, ainda, que as questões de mérito arguidas também não foram suficientemente analisadas, o que, do mesmo modo, macula a Decisão, a exemplo das razões apresentadas acerca da boa-fé e efetividade das

operações ocorridas, sendo certo que a destinatária da mercadoria somente fora considerada inapta posteriormente, de modo que à época das operações sua situação cadastral estava absolutamente regular.

Defende que merece ver enfrentadas adequadamente suas alegações de defesa, impondo-se a decretação de nulidade da Decisão recorrida, visto que eivada de vício, ferindo direito do autuado à ampla defesa e ao contraditório, assegurado pela Carta Magna, do que cita jurisprudência.

Em outra vertente, requer a nulidade do Auto de Infração sob a alegação recursal de que o lançamento incorreu em evidente cerceamento do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, previsto no artigo 5º, LV da Carta Magna, eis que o fisco deixou de esclarecer, justificar e juntar ao processo provas que dariam base à acusação, impondo ao recorrente a difícil tarefa de entender o porquê da acusação descrita no relato da exação, especialmente porque os documentos juntados, como resposta do contribuinte à notificação, demonstram a efetividade das operações realizadas, dentro da regularidade e normalidade, impedindo a elaboração de eficiente e adequada defesa para contraditar a acusação, impondo-se a decretação da nulidade do Auto de Infração.

Aduz que outra nulidade que deve ser reiterada é a falta de requisitos necessários e imprescindíveis ao ato administrativo que deve conter, dentre outros pressupostos, aqueles contidos no art. 37 da Constituição Federal e na legislação estadual reguladora do procedimento administrativo. Neste passo, dentre os diversos princípios que devem reger os atos administrativos, está a motivação que impõe ao agente público o dever de designar, pormenorizadamente, os detalhes que o levam a impor a exigência tributária eis que, como se verifica da peça inicial, a descrição da ocorrência é vaga, confusa, pois, como se retira dos autos, os documentos juntados pelo próprio fisco comprovam que não houve a falta acusada, situações que inviabilizam a plena defesa que não pode - com segurança - distinguir os motivos que a ensejaram.

Destaca ainda que não foi observado em seu favor o princípio da Ampla Defesa, ínsito na Constituição Federal, porque o recorrente e todas as outras empresas não têm como saber se outros contribuintes, com os quais realizou operações comerciais, estão ou não em situação irregular perante o fisco e isto porque não tem, por óbvio, acesso a controles internos da Administração, os quais não são divulgados aos administrados.

Assim, a publicidade é requisito de validade para todos atos da Administração, qualquer que seja a sua espécie, cuja abordagem se fez necessária em função de o recorrente não ter tido as condições materiais necessárias para exercitar seu direito à ampla defesa o qual é um direito consagrado constitucionalmente. E, no caso, em especial, pois o fisco busca imputar responsabilidade à autuada baseada em fatos posteriores, qual seja, a indigitada declaração de nulidade de inscrição da destinatária, pretendendo retroagir seus efeitos, invertendo por completo o ônus da prova e violando o Princípio Constitucional da Publicidade e ainda o Código de Processo Civil.

Simultaneamente, o recorrente defende a insubsistência do Auto de Infração por não ter cometido qualquer irregularidade em suas operações comerciais, eis que realizadas sempre dentro da mais estrita obediência às leis, visto que, quanto à destinatária, os próprios documentos entregues ao fisco, demonstram a efetividade das operações realizadas, previa consulta ao SINTEGRA, bem como a total impossibilidade de exigência do tributo no presente Auto de Infração, pois, de fato, à época das operações realizadas, a destinatária se encontrava em situação regular perante o fisco, não havendo como saber se estaria, no futuro, inapta para a realização de operações.

Assim, uma vez que a venda das mercadorias para empresa cliente que posteriormente fora considerada inapta foi comprovada, é legítima aplicação do diferimento previsto no art. 286 do RICMS/BA. Além disso, nos termos do art. 287 do RICMS/BA, para as operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, cabe ao adquirente ou destinatário, a responsabilidade pela habilitação necessária para obtenção de tal regime.

Assim, uma vez que à época dos fatos a Situação Cadastral da adquirente encontrava-se regular perante os órgãos Federal e Estadual, como comprovado diante da emissão de notas fiscais eletrônicas emitidas e autorizadas pela Secretaria da Fazenda, não pode o recorrente ser responsabilizado pela desídia de outra empresa, isto porque são os sócios que devem responder por todas e quaisquer obrigações fiscais, principais e acessórias, decorrentes das atividades a sua empresa e não terceiros de boa-fé, como é o caso.

Segundo o recorrente, a apuração da suposta nulidade é frágil e falha, faltando-lhe as cautelas de estilo, já que diligências necessárias deixaram de ser realizadas, carecendo de legitimidade, e não se mostra suficiente para dar base à indigitada declaração de nulidade exarada pela fiscalização e principalmente para transferir ao recorrente a responsabilidade pelo tributo.

Repisa que, de seu lado, fez o que lhe cabia eis que, quando das operações comerciais, vendeu mercadorias acompanhadas por regulares notas fiscais eletrônicas, entregou-as à empresa transportadora, recebeu o preço correspondente, registrou regularmente as notas fiscais em seus livros fiscais, como comprovam os documentos entregues ao fisco e juntados aos autos.

Assim, não há subsunção dos fatos à norma dada como infringida, o que, por mais essa razão, nulifica o auto exordial. E que tais questões demonstram claramente que não houve, por parte do fisco, atendimento ao art. 142 do CTN, já que, no caso, deixou de identificar corretamente o sujeito passivo, responsável por eventual tributo estadual, contaminando o ato de lançamento, tornando-o nulo de pleno direito.

Destaca que, a corroborar com o exposto, o RICMS prevê que a multa pode ser reduzida e até relevada quando a infração for praticada sem dolo, fraude ou simulação, como é o caso, e principalmente, porque nestes autos não se trata de falta de pagamento de imposto, mas sim de exigência de imposto devido por terceiros. Assim, comprovada a boa-fé do autuado diante da transação comercial, não há que se falar em multa, já que o RICMS é expressamente claro em determinar sua exclusão e, para dirimir conflito dessa natureza, o art. 112 do CTN define claramente solução quando da existência de dúvidas.

Por fim, sobre a questão central dos autos, diante da improcedência da acusação fiscal, o recorrente concluiu ser imperiosa a decretação de cancelamento do Auto de Infração.

Finalmente, o recorrente tece considerações sobre a multa aplicada que, além de incorreta e improcedente, não tem caráter meramente fiscal ou penal, mas sim, confiscatório, contrariando a Carta Magna, devendo, na remota hipótese de manutenção da acusação, ser afastada ou reduzida, o que requer, a parâmetros que guardem harmonia com a doutrina e com a jurisprudência dos tribunais, por ele citado.

Do exposto, requer que seja conhecido/provido o Recurso Voluntário para declarar nula de pleno direito a Decisão atacada, determinando a devolução dos autos à primeira instância para apreciar as questões arguidas que não foram objeto de enfrentamento e, superada tal alegação, requer a reforma da Decisão para declarar nulo ou insubstancial o Auto de Infração e, caso mantido, requer a redução da multa aplicada.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1^a Instância, proferida pela 1^a JJF através do Acórdão JJF nº 0030-01/21-VD, que julgou procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$963.477,03, sob a acusação fiscal de que o contribuinte deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de julho de 2016 a maio de 2017, uma vez que a exigência refere-se a operações de venda de sucata de alumínio destinadas para a empresa CG Metais Ltda. (IE 065.756.590 e CNPJ 05.978.425/0001-93) a qual não possuía habilitação para operar nesse regime, conforme previsão do art. 287 do RICMS.

As razões recursais restringe-se, basicamente, às seguintes alegações:

1. Nulidade da Decisão recorrida por não ter se manifestado sobre as preliminares arguidas ou as examinado de forma superficial, assim como as questões de mérito, ferindo direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.
2. Nulidade do Auto de Infração por ter o lançamento fiscal incorrido em cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, eis que deixou de esclarecer a motivação de impor a exigência e de juntar ao processo provas que dariam base à acusação, cuja descrição da ocorrência é vaga e confusa, situações que inviabilizam a plena defesa que não pode - com segurança - contraditar a acusação já que não tem como saber se outros contribuintes, com os quais realizou operações comerciais, estão ou não em situação irregular perante o fisco e isto porque não tem acesso a controles internos da Administração e cuja publicidade é requisito de validade para todos seus atos.
3. Insubsistência do Auto de Infração por não ter cometido qualquer irregularidade em suas operações comerciais, realizadas conforme preceitua à lei, já que os próprios documentos demonstram a efetividade das operações realizadas, consulta prévia ao SINTEGRA, bem como a total impossibilidade de exigência do tributo no presente Auto de Infração, pois, à época das operações realizadas, a destinatária se encontrava em situação regular perante o fisco, não havendo como saber se estaria, no futuro, inapta para a realização de operações, sendo legítima a aplicação do diferimento previsto no art. 286 do RICMS/BA, como também, nos termos do art. 287 do RICMS, para as operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, caberia ao adquirente/destinatário, a responsabilidade pela habilitação necessária para obtenção de tal regime, descabendo ao recorrente a responsabilidade pelo tributo.
4. Comprovada a boa-fé do autuado diante da transação comercial, não há que se falar em multa que tem caráter confiscatório, devendo, na remota hipótese de manutenção da acusação, ser afastada ou reduzida a parâmetros que guardem harmonia com a doutrina e com a jurisprudência dos tribunais.

Da análise das alegações recursais, inicialmente verifica-se não ter pertinência a pretensão da nulidade da Decisão recorrida eis que nela foram enfrentados todos os argumentos postos em sua peça de defesa, tanto em preliminar, quanto de mérito, inexistindo, em consequência, o alegado cerceamento do direito de defesa, cujas razões demonstram o pleno conhecimento do contribuinte pela acusação fiscal imposta, inclusive sobre a necessidade de habilitação do adquirente para operar nesse regime de diferimento, cuja responsabilidade tenta se eximir ao atribuir unicamente ao destinatário da operação, cujos fatos, repise-se, foram todos abordados pela Decisão recorrida.

Melhor sorte não coube ao apelante no seu intento de nulidade do Auto de Infração, diante do quanto já dito, cuja motivação para exação fiscal decorre da falta de habilitação prévia pelo destinatário junto à repartição fiscal para operar no regime de diferimento do ICMS, conforme previsto no art. 287 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), condição *“sine qua non”* para fruição do benefício fiscal.

Em consequência, o recorrente, na condição de remetente das operações de vendas de sucatas de alumínio, é o sujeito passivo responsável pela obrigação de recolher normalmente o imposto, cujas provas são os próprios documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e ínsitos na escrita fiscal, cuja análise também se aplica para rejeitar a pretensão recursal de insubsistência do Auto de Infração.

Por fim, independentemente de boa-fé do contribuinte, falece a esse Colegiado, competência para análise de cancelamento ou redução de multa decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal ou para análise do caráter confiscatório da penalidade.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281332.0002/20-2**, lavrado contra **LATASA RECICLAGEM S.A. (RECLIVALE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS S/A)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$963.477,03**, 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, 06 de agosto de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS