

A. I. Nº - 271351.0007/23-3
AUTUADO - MARCELL STEIGER ROMIE JARDIM COMÉRCIO DE RECICLAGEM LTDA.
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0166-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES ANTECEDENTES. OPERAÇÕES POSTERIORES REALIZADAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. Restou demonstrada ser correta a exigência do imposto, conforme disposição expressa da legislação estadual. Infração subsistente. Afastada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/03/2023, formaliza a exigência de crédito tributário em razão da seguinte imputação:

***Infração 01 – 01.06.01:** Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de junho, julho e outubro a dezembro de 2021 e janeiro a março, junho, julho, setembro e outubro de 2022, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.460.342,45, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.*

Consta como complemento o seguinte texto: “O Regime de Diferimento na Legislação do ICMS do Estado da Bahia, na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes prevê que o ICMS diferido nessas operações e prestações antecedentes será pago pelo responsável, no caso de saída por ele promovida seja alcançada pela isenção ou não tributação desse imposto até então diferido, cuja base de cálculo equivalerá ao preço de aquisição da mercadoria entrada no estabelecimento, incluídas as despesas acessórias.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal STF, em julgamento de abril de 2021, confirmou o entendimento de que o ICMS não é devido nas transferências de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, ainda que os mesmos estejam localizados em unidades federativas distintas.

A empresa autuada, desde a sua habilitação para operar como o diferimento do ICMS, vem adquirindo resíduos e sucatas de metais, especialmente sucatas de cobre, com diferimento do ICMS, transferindo-os, posteriormente, para sua matriz no Estado do Espírito Santo e para suas filiais em outros estados com não incidência do ICMS, sem o devido recolhimento do ICMS diferido, relativo às aquisições (entradas) de resíduos e sucatas de metais, descumprindo assim a Legislação do ICMS, conforme BOLETIM DE INTELIGÊNCIA FISCAL Nº SEI 013.1345.2022.0054686-68 - Mineração Urbana - anexo.

A Base de Cálculo do ICMS utilizada na presente autuação fiscal foi o valor das transferências interestaduais dos resíduos e sucatas metálicas realizadas pela empresa no período auditado, que correspondem ao seu valor de aquisição, acrescido das despesas acessórias, conforme definido na Legislação do ICMS, vide planilhas, EFD e documentos fiscais anexos.”

Foram anexados: Demonstrativos, cópia do Boletim de Inteligência Fiscal nº SEI 013.1345.2022.0054686-68, mídia e Termos de Início de Fiscalização e de Comunicação da Lavratura do Auto de Infração, enviado via AR, com ciência em 14/03/2023 (fls. 06 a 34).

O Autuado apresentou Defesa (fls. 37 a 47), tempestivamente, na qual suscitou a nulidade da autuação, com base no Art. 18, IV [V], “a”, do RPAF/99, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, em razão da ausência de indicação específica do dispositivo legal infringido, apenas tendo sido mencionada imputação legal genérica, os Arts. 7º, e seus parágrafos, 23, § 1º, e 32 da Lei nº 7.014/96.

Disse que o Auto de Infração se pautou na falta de recolhimento do ICMS diferido, relativo às etapas internas anteriores, quando transferidas mercadorias para outras unidades da Federação,

mas o próprio relatório da infração reconheceu o entendimento vinculante proferido pelo STF na ADC nº 49, no sentido de que não é devido o ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme a Súmula nº 166 e o Tema nº 259 do STJ, ainda que estejam situados em unidades federativas distintas, transcrevendo as razões exaradas no Voto Divergente no Acórdão CJF nº 0321-12/11 e julgado do TJ/SP.

Aduziu que a redação do § 13 do Art. 286 do RICMS/12, o qual colacionou, é expressa ao dispensar o lançamento do tributo quando a operação de saída subsequente se dá com a não incidência, justamente a hipótese dos autos.

Requeru o recebimento da Defesa com efeito suspensivo, nos termos do Art. 151, III do CTN, e que esta seja julgada procedente para anular o Auto de Infração.

Foram anexadas as seguintes cópias: procuração, Cadastro Nacional dos Advogados, consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, Atos Constitutivos do Autuado e DANF-es (fls. 48 a 88).

O Autuante apresentou Informação Fiscal (fls. 91 a 95), na qual defendeu que o Auto de Infração foi lavrado contendo todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, bem como atende a todas as determinações constantes dos Arts. 39 e 41 do RPAF/99, os quais transcreveu.

Esclareceu que o regime de diferimento prevê, na legislação baiana, que o ICMS relativo às operações e prestações antecedentes será pago pelo responsável, no caso de saída por ele promovida alcançada pela isenção ou não incidência do imposto, conforme o Art. 7º, § 1º, II da Lei nº 7.014/96, e o Art. 286, XVI, e §§12 e 13, I do RICMS/12.

Relatou que o Autuado, desde sua habilitação para operar com diferimento do ICMS, vem adquirindo resíduos e sucatas de metais, especialmente de cobre, e transferindo para sua matriz no Estado do Espírito Santo e filiais em outras unidades da Federação com não incidência do imposto, mas não tem recolhido o ICMS diferido, descumprindo a legislação.

Explicou que não há na legislação em vigor nenhuma regra que dispense o recolhimento do ICMS diferido, nas operações de aquisição de resíduos e sucatas de metais, cujas saídas posteriores ocorreram com não incidência, ou que haja a manutenção de crédito fiscal para essa hipótese, que possa ensejar a aplicação da dispensa prevista no § 13º do Art. 286 do RICMS/12.

Requeru que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Designado como Relator, tendo efetuado a avaliação dos elementos constantes nestes autos, declarei estar concluída a sua instrução e solicitei a sua inclusão em pauta de julgamento.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

Ressalto que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorre do Art. 151, III do CTN, enquanto perdurar o processo administrativo tributário, e independe de qualquer deferimento.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra a acusação de falta de recolhimento do ICMS diferido, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto, nas aquisições de resíduos e sucatas de metais, cujas saídas posteriores ocorreram com não incidência do ICMS.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o

imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Saliento que, ao contrário do alegado, o Art. 7º, § 1º, II da Lei nº 7.014/96, indicado no enquadramento legal, não se trata de dispositivo genérico, mas de regra específica relacionada à acusação imputada, conforme pode ser observado no seu texto transcrito a seguir:

“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.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, salvo disposição em contrário, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

...

II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

...”

Portanto, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, o Autuado alegou que a operação relacionada ao imposto exigido está alcançada pela não incidência, por se tratar de transferência de mercadorias, ainda que estejam situados em unidades Federadas distintas, baseado na ADC nº 49, na Súmula nº 166 e no Tema nº 259 do STJ, no Acórdão CJF nº 0321-12/11 e em julgado do TJ/SP.

Também aduziu que a redação do § 13º do Art. 286 do RICMS/12, o qual colacionou, é expressa ao dispensar o lançamento do tributo quando a operação de saída subsequente se dá com a não incidência.

Ressalto que não há lide no reconhecimento de que as transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, situados neste Estado da Bahia ou em outras unidades da Federação, estão alcançadas pela não incidência do imposto, conforme já decidido pelos tribunais superiores.

Ao contrário, a acusação foi pautada exatamente na existência de operações não tributadas, realizadas posteriormente à operação abarcada pelo diferimento, com os produtos ali relacionados, ensejando o seu encerramento e a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS.

Destaco que não está sendo exigido imposto sobre as operações de transferência, mas sobre as operações antecedentes, cuja operação acobertada pelo diferimento teve o seu termo final alcançado pela operação subsequente não tributada, sendo o imposto diferido devido nos termos do Art. 7º, § 1º, II da Lei nº 7.014/96, acima transcrito, e do Art. 286, XVI, e § 12º do RICMS/12, *in verbis*:

“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;

...

§ 12. Nas hipóteses em que o termo final do diferimento corresponda à operação de saída amparada por isenção ou não incidência, caberá ao contribuinte que promover esta saída efetuar o lançamento do imposto até então diferido, cuja base de cálculo equivalerá ao preço de aquisição da mercadoria entrada no estabelecimento, incluídas as despesas acessórias, ressalvada a hipótese do § 13 deste artigo.

...”

Não há nenhum sentido a alegação de que o § 13º, I do Art. 286, do RICMS/12, transcrito abaixo, dispensa o lançamento e recolhimento do imposto diferido, pois isso só ocorreria se tivesse expressa autorização de manutenção do crédito na legislação, o que não há.

“§ 13. É dispensado o lançamento do imposto diferido:

I - quando a operação de saída subsequente venha a ocorrer com não-incidência, isenção ou redução de base de cálculo, nas hipóteses em que houver expressa autorização de manutenção do crédito;

...” (grifo nosso)

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **271351.0007/23-3**, lavrado contra **MARCELL STEIGER ROMIE JARDIM COMÉRCIO DE RECICLAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.460.342,45**, 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, 11 de setembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR