

PROCESSO - A. I. Nº 271351.0007/23-3
RECORRENTE - MARCELL STEIGER ROMIE JARDIM COMÉRCIO DE RECICLAGEM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0166-05/23-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTRANET 13.02.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJP Nº 0008-11/25-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES ANTECEDENTES. OPERAÇÕES POSTERIORES REALIZADAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. O imposto cobrado na presente autuação diz respeito ao ICMS devido pelas operações anteriores, realizadas com diferimento, hipótese onde somente não seria devido o recolhimento caso houvesse previsão expressa de manutenção do crédito, na forma do § 13º, do art. 286 do RICMS/BA, o que não foi demonstrado pela recorrente. Por outro lado, a base de cálculo do imposto diferido se limita ao preço de aquisição, incluídas as despesas acessórias. Preliminar rejeitada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº **0166-05/23-VD** proferido pela 5ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 06/03/2023 no valor histórico de R\$ 3.460.342,45, abordando a seguinte infração:

***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.”

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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 CJP 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.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, aponta a ilegalidade do Auto de Infração porque a autuação indica como enquadramento legal o art. 7º e parágrafos, art. 23, § 1º e art. 32, todos da Lei nº 7.014/96, sem especificar o parágrafo ou o inciso em que estaria descrita a suposta infração, valendo-se de imputação genérica de moo que há falta de enquadramento legal adequado, culminando na violação ao direito de defesa da recorrente e ensejando a declaração de nulidade da autuação, com base no art. 18, V, “a” do RPAF/BA.

Defende a ilegalidade da cobrança do ICMS em transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte com base no entendimento fixado pelo STF na ADC nº 49, sustentando que, embora não negue o regime de diferimento previsto pela legislação estadual, não houve alteração da titularidade dos bens, já que a circulação de mercadoria ocorreu entre estabelecimentos da mesma empresa e assim não há que se falar em encerramento do regime de diferimento do imposto pois nem sequer será exigível, conforme art. 286, § 13º, I do RICMS/BA, cuja redação é expressa ao dispensar o lançamento do imposto diferido quando a operação subsequente ocorre com não incidência.

Afirma que o acórdão recorrido, embora tenha mencionado o referido dispositivo, manteve a procedência da cobrança sob o argumento de que deveria haver expressa autorização de manutenção de crédito para que o lançamento não fosse efetuado, desconsiderando a integridade do entendimento exarado pela Suprema Corte e normatizada pelo CONFAZ por meio do Convênio nº 174/2023.

Sustenta que a impossibilidade de incidência do ICMS nas operações de transferência se aplica independentemente do regime de diferimento, motivo pelo qual requer que seja julgado procedente o Recurso Voluntário para reformar o acórdão recorrido.

Na sessão do dia 18/03/2024 os membros da 1ª CJF deliberaram pela conversão do feito em diligência, conforme relatório de fls. 152-153, da lavra do Ilmo. Cons. Erick Vasconcellos Tadeu Santana, partindo da premissa de que “[...] *descabe incluir o valor do frete de saída, nas operações de transferências CIF, na base de cálculo do ICMS diferido nas operações antecedentes*”, determinando ao autuante que (I) verifique se o valor da operação de transferência constante nas notas fiscais que serviram de base de cálculo para cobrança do ICMS diferido equivale ao preço de aquisição da mercadoria entrada no estabelecimento; (II) exclua o valor do frente interestadual da NFe de transferência para se determinar a base de cálculo do ICMS diferido; (III) refazer o demonstrativo.

Em atenção à diligência (fls. 156-157) o autuante responde que os valores das operações constantes das notas fiscais que serviram de base de cálculo equivalem aos preços de aquisição da mercadoria entrada no estabelecimento da recorrente, incluídas as despesas acessórias e que elaborou novo demonstrativo (fl. 158) para excluir o valor da prestação de serviço de transporte interestadual realizado sob a cláusula CIF da base de cálculo do ICMS diferido, reduzindo a infração de R\$ 3.460.342,45 para R\$ 3.436.600,44.

A recorrente foi intimada da diligência, porém, não se manifestou.

Em seguida, os autos foram redistribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 24/01/2025.

VOTO

Aprecio, inicialmente, a preliminar de nulidade da autuação.

Entendo que não merece prosperar. Ainda que se considerasse o enquadramento legal lançado no

Auto de Infração como genérico – o que não é o caso, haja vista o que dispõe o art. 19 do RPAF/BA – a nulidade suscitada inexiste, pois, o lançamento possui minudente descrição dos fatos que motivaram a autuação, de modo a tornar evidente o enquadramento legal e, por consequência, possibilitar o exercício da ampla defesa.

Note-se que o autuante cuidou de indicar expressamente as razões que motivaram o lançamento de ofício, detalhando a infração cometida e indicando a metodologia adotada para cálculo do crédito tributário.

Consequentemente, rejeito a preliminar.

No mérito, a pretensão recursal não merece prosperar. Ora, o CONSEF não possui competência para reconhecer e/ou declarar ilegalidade de ato normativo emanado por autoridade superior, conforme art. 167, III do RPAF/BA. Ainda assim, convém esclarecer que não se trata de tributação de operação de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

O imposto cobrado na presente autuação diz respeito ao ICMS devido pelas operações anteriores, realizadas com diferimento, hipótese onde somente não seria devido o recolhimento caso houvesse previsão expressa de manutenção do crédito, na forma do § 13º do art. 286 do RICMS/BA, como bem pontuado pela Decisão recorrida.

Logo, considerando que a recorrente não demonstrou ter direito à manutenção do crédito na operação, caberia ter recolhido o tributo pertinente às operações de diferimento quando da saída em transferência, nos termos do art. 286, § 12º do RICMS/BA.

Destarte, ainda que a recorrente não tenha trazido esse questionamento em seu recurso, convém reconhecer de ofício a correta exclusão da base de cálculo dos valores pertinentes aos serviços de transporte, contratados sob a cláusula CIF, nas transferências interestaduais, haja vista que a base de cálculo do diferimento é o preço de aquisição, incluídas as despesas acessórias, não abrangendo o frete da operação subsequente, como bem pontuado pelo relator que me antecedeu na relatoria destes autos.

Assim, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário apenas para acolher o novo demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 158), julgando PARCIALMENTE SUBSISTENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271351.0007/23-3, lavrado contra **MARCELL STEIGER ROMIE JARDIM COMÉRCIO DE RECICLAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.436.600,44**, 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, 24 de janeiro de 2025.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS