

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0003/12-8
RECORRENTE - AVÍCOLA BARREIRAS LTDA. (FRIGORÍFICO FRANGO DE OURO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0182-03/14
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 16/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-11/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Razões de Recurso restritas à arguição de inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança. Falta de competência deste órgão julgador para apreciar a matéria a teor do quanto previsto no artigo 167, I do RPAF. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VENDAS PARA CONTRIBUINTE DESABILITADOS. Nos termos do artigo 142 do RICMS, cabe ao contribuinte verificar a regularidade cadastral das empresas com quem pratica operações comerciais. Prova dos autos comprovam a irregularidade dos destinatários das mercadorias. Rejeitada preliminar de nulidades arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, lavrado em 25/06/2013, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 42.353,08 (quarenta e dois mil trezentos e cinquenta e três reais e oito centavos), em razão da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01 – Falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, quando da aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento . Valor da exigência: R\$ 9.410,41;

02 – Falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, quando da aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor da exigência: R\$ 25.705,22;

03 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas destinadas a contribuintes desabilitados, localizados neste Estado. Valor da exigência: R\$ 7.173,88;

04 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do Regulamento do ICMS/BA. Valor da exigência: R\$ 63,57.

Após a apresentação da defesa (fls. 46/63), prestação de informações fiscais (fls. 113/114) e realização de procedimentos de diligência, a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 3ª JF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 13/08/2014.

VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente de quatro infrações à

legislação tributária: aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao uso e consumo do próprio estabelecimento, infrações 01 e 02 respectivamente; falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas destinadas a contribuintes desabilitados, localizados neste estado, infração 03 e falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação infração 04. O autuado reconhece o cometimento da infração 04, portanto, declaro esse item subsistente considerando a inexistência de lide.

O defendente arguiu a nulidade da infração 03, pois no seu entender, o autuante não comprovou a desabilitação que o obrigaria a fazer a retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária. Disse que do CD-ROM recebido com os demonstrativos que dão suporte ao Auto de Infração, não consta prova dos contribuintes que estariam inaptos perante a SEFAZ, nem as suas respectivas inscrições, comprovando assim, que estariam habilitados ou desabilitados. Diz que não identificando os contribuintes destinatários destas notas fiscais, nem as suas respectivas inscrições estaduais, não teria como saber quem estaria desabilitado.

Sobre a nulidade arguida, observo que assim dispõe o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, in verbis:

(. . .)

§ 1º as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Para dar cumprimento à regra acima transcrita, a 3ª JJF em pauta suplementar determinou que o Auto de Infração fosse convertido em diligência com a finalidade de purgar o vício apontado. Com o cumprimento da referida diligência fl.154, considero o presente processo livre de vícios formais e apto ao julgamento.

O autuado alegou que para legitimar a acusação fiscal da infração 03 seria indispensável a apresentação de prova da publicação em Diário Oficial da desabilitação das inscrições estaduais, fundamental para validar o procedimento fiscal.

Não acolho tal pretensão, considerando regra expressa dos incisos I e II do art.142 do RICMS/97, determinando como obrigação do contribuinte, exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE) e exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE). Portanto, tivesse o autuado obedecido a esta determinação regulamentar, tomaria conhecimento da situação cadastral dos contribuintes com os quais mantém operações comerciais.

Ademais, a SEFAZ/Bahia disponibiliza a consulta ao cadastro do ICMS no site <http://www.sefaz.ba.gov.br>, link Inspetoria Eletrônica/Cadastro/Consulta/Cadastro/BA, Resumo Cadastral – DIE, tornando pública a condição do cadastramento de cada contribuinte.

O autuado em sua impugnação arguiu que a Lei Complementar nº 87/1996, deixou de descrever, entre as hipóteses de ocorrência do fato gerador do ICMS, as aquisições de bens ou mercadorias originadas de outras unidades de Federação, destinadas ao consumo ou à incorporação do ativo imobilizado das empresas. Afirmou que o art. 8º, § 4º, I, “b” da Lei Estadual nº 7.014/96, e o decorrente art. 5º, inciso I, do Decreto nº 6.284/97, seriam inconstitucionais.

Quanto a esta alegação, registro que esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda conforme disposto no art. 167, I, RPAF/99.

No mérito, a infração 01 refere-se à falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

O autuado não contestou os cálculos referentes a esta infração. Limitou-se a suscitar um questionamento jurídico-legal que diz cingir-se à ausência de suporte jurídico-legal para que os Estados (membros da Federação) possam legalmente cobrar ICMS em decorrência do diferencial de alíquotas. Considerando o exposto quando da análise das preliminares, considero esta infração integralmente subsistente conforme demonstrativos fls. 19/21.

A infração 02, refere-se a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O defendente apontou equívocos cometidos pelo autuante, na elaboração do levantamento fiscal. Disse que para

cálculo do imposto o autuante teria desconsiderado a redução de base de cálculo prevista em Convênios específicos, e, também, não teria levado em consideração o ICMS diferença de alíquotas (DIFAL), recolhidos tempestivamente. Alegou que mesmo após a diligência realizada pelo autuante que fez exclusões de valores indevidos e aplicou a redução da base de cálculo para as notas fiscais que registravam produtos que gozavam deste benefício, permanecia engano a respeito da nota fiscal nº 739071, referente ao débito do mês de fevereiro de 2008, em que o autuante não considerou a devida redução da base de cálculo.

O autuante prestou nova informação fiscal esclarecendo que a respeito da nota fiscal 739071 o autuado se enganou sobre o cálculo do ICMS deste documento fiscal, visto que a referida nota é composta por dois itens e nos termos do Convênio 52/91, apenas o produto Compressor de Parafuso NCM (84148012) possui previsão legal para a redução da base de cálculo. Diz ter elaborado nova planilha de cálculo com os devidos ajustes que anexa ao processo fl.213.

Acolho o demonstrativo do autuante, visto que elaborado diante das provas apresentadas pelo autuado e a infração 02 remanesce em R\$1.262,19. Infração parcialmente subsistente.

A infração 03, refere-se a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas destinadas a contribuintes desabilitados, localizados neste estado. A empresa efetuou vendas para contribuintes inaptos no cadastro da SEFAZ, sem efetuar a retenção por Substituição Tributária.

Neste caso, por ter efetuado vendas para contribuintes com inscrições canceladas, baixadas e suspensas/Processo de baixa, efetivamente, lhe cabe a responsabilidade tributária de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS na qualidade de contribuinte substituto, como dispõe o art. 353, I do RICMS/BA.

O contribuinte alegou não ter recebido as provas de que as empresas relacionadas no levantamento fiscal fls.28/39 estivessem desabilitadas na data de ocorrência do fato gerador. Com a entrega desses documentos ao autuado que foram apensados fls.155/187, o autuado persistiu alegando que os históricos de contribuintes desabilitados juntados aos autos não lhe permitia associá-los as notas fiscais constantes do demonstrativo do autuante. Acrescentou também, que para validade da autuação, seria necessária a prova de desabilitação das empresas através de publicação no Diário Oficial.

Não acolho este entendimento considerando que de posse do histórico de cada contribuinte desabilitado, recebido quando da realização da diligência, o autuado obteve todas as informações necessárias para associar, pela inscrição estadual, cada um dos contribuintes inapto na data de ocorrência do ilícito tributário. Quanto a publicidade dessas informações, considero suficiente a publicação no sítio eletrônico da SEFAZ.

O defendente alegou que poderia ter sido considerado como inaptos, contribuintes que no momento da venda ainda estariam na condição de ativo, mas não apontou sequer um caso, daqueles que foram objeto da autuação, que pudesse referendar esta hipótese. Fica, portanto mantida a infração na sua totalidade.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

Como é possível constatar da análise do voto acima reproduzido, os membros integrantes da 3ª JJE, após apreciarem os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva, afastaram a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, julgaram procedentes as infrações capituladas nos itens 1, 3 e 4 e parcialmente procedente a imputação consubstanciada no item 2 do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 238/254), alegando preliminarmente que o Recurso deve ser recebido sem a exigência de depósito ou arrolamento prévio, consoante Súmula Vinculante de nº 21.

Ainda em sede de preliminar sustenta que o lançamento consubstanciado no item 03 é nulo a teor do artigo 39 do Decreto nº 7.629/99 em razão de o preposto autuante não haver especificado quais os destinatários das mercadorias encontravam-se desabilitados no Cadastro Estadual.

No mérito, contesta a legitimidade do Fisco Estadual para cobrar o ICMS em decorrência do diferencial de alíquotas sobre as aquisições interestaduais destinadas ao consumo ou ao ativo fixo, sustentando que a Lei Complementar 87/96 não previu tais eventos como hipóteses de incidência do imposto, sendo, portanto, como inconstitucional a cobrança.

Quanto à exigência consubstanciada no item 03, aduz merecer reforma a Decisão de piso, uma vez que o Fisco não pode se valer da presunção *juris tantum* para legitimar seus atos

administrativos. Afirmar que o ônus da prova do cometimento de infração tributária é do autuante e este não anexou aos autos ou mesmo inseriu no CD-ROM que lhe foi disponibilizado, as cópias de documentos emitidos pela Secretaria da Fazenda da Bahia que provassem a situação fiscal dos destinatários das mercadorias como desabilitados no Cadastro Estadual à época. Diz ainda que após a diligência solicitada pela 3ª JF, fora juntado histórico com algumas empresas desabilitadas, contudo sem vincular estes contribuintes com as notas fiscais objeto da autuação.

Argumenta ainda que à época dos fatos geradores era necessária a publicação em diário oficial dos atos que desabilitassem os contribuintes para que então passassem a produzir efeitos legais, pois somente após a aprovação do Decreto nº 13.165/2011 fora implantado software de controle desta gestão.

Afirmar que, a teor do que dispõe o artigo 92 do RPAF e com o objetivo de sustar a incidência dos acréscimos moratórios relativos às infrações 1 e 2 procedeu ao depósito administrativo no valor de R\$ 21.684,22, devidamente atualizado e com o benefício de redução de multa, requerendo, afinal, a reforma da Decisão de piso e o consequente reconhecimento da improcedência do lançamento e, por conseguinte, a liberação integral do depósito.

Sem opinativo da PGE/PROFIS em face do valor objeto do lançamento.

VOTO

Conheço do Recurso em face da tempestividade e regularidade de sua interposição, pelo que passo a analisar as razões de apelo aduzidas.

Em sede de preliminar, sustenta o Recorrente a nulidade do lançamento consubstanciado no item 3 do Auto de Infração é nula, em razão de não lhe terem sido fornecidos os extratos cadastrais dos destinatários das mercadorias que o preposto fiscal autuante reputou como desabilitados.

Da análise do PAF constato não assistir razão ao Recorrente. Com o objetivo de sanar a irregularidade apontada os membros integrantes da 2ª JF converteram os autos em diligência, determinando que fosse entregue ao contribuinte a totalidade dos extratos cadastrais dos destinatários, comprovando a situação de desabilitação destes, procedimento que foi levado a efeito, sanando, por conseguinte, o vício apontado a teor do que dispõe o § 1º do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, também não vejo como acolher as razões recursais. Nos termos do que dispõe os incisos I do art. 142 do RICMS/97, é obrigação do contribuinte exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE).

Nestes termos, não tendo o Recorrente se desincumbido de adotar tal procedimento, e, estando, como de fato estavam, desabilitados os destinatários, tal como atestam os documentos de fls. 155/187, recai sobre si a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido nas operações com mercadorias destinadas a contribuinte desabilitados.

Quanto às infrações capituladas nos itens 1 e 2 do Auto de Infração, as razões de Recurso restringem-se à alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança do diferencial de alíquotas, incidente quando da aquisição de bens destinados ao ativo fixo e mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento em decorrência de a Lei Complementar nº 87/96 não prever de forma expressa estas hipóteses de incidência.

Ocorre que nos termos do quanto previsto no artigo 167, I falece competência a este órgão julgador para declarar a inconstitucionalidade/ilegalidade de leis, diante do que me abstenho de apreciar as razões de apelo quanto a este particular.

Ante ao exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de primeira instância pelos seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269440.0003/12-8** lavrado contra **AVÍCOLA BARREIRAS LTDA. (FRIGORÍFICO FRANGO DE OURO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.910,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “f” e “e”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores depositados administrativamente e liberados os que eventualmente superarem o montante devido.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO - RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS