

A. I. N ° - 269440.0003/12-8
AUTUADO - AVÍCOLA BARREIRAS LTDA.
AUTUANTE - WALTER KUHN
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 10/09/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0182-03/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Ajustes realizados pelo autuante reduzem o valor inicialmente lançado. Infração parcialmente subsistente. **b) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** É legal a cobrança do ICMS referente a diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de materiais destinados a uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Infração não contestada. **b) FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VENDAS PARA CONTRIBUINTE DESABILITADOS.** Contribuinte não elide a acusação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas preliminares de nulidades argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 25/06/2013 exige ICMS no valor histórico de R\$42.353,08, acrescido da multa de 60%, devido às seguintes infrações:

01 – falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março, junho e outubro de 2008, outubro a dezembro de 2009, fevereiro e abril de 2010, maio, julho, setembro, outubro e dezembro de 2011, no valor de R\$9.410,41;

02 – 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, nos meses de fevereiro de 2008, maio e julho de 2011, no valor de R\$25.705,22;

03 – deixou de proceder a 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, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2011, no valor de 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, no mês de janeiro de 2008, no valor de R\$63,57.

Em sua defesa fls. 46/63, através de advogado legalmente constituído procuração fl. 44, o autuado repete as infrações que lhe foram imputadas e aduz questões preliminares (impeditivas das

cobranças pretendidas) e arguições meritórias a seguir aduzidas.

Afirma que pelo que emerge da infração 03 – venda realizada para contribuintes desabilitados – sem dúvida, padece de nulidade, pois no seu entender, o autuante não se desincumbiu de provar a desabilitação que obrigaria a autuada a fazer a retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Transcreve o art. 2º do Decreto nº 7.629/99, RPAF-BA, ressaltando a importância da busca da verdade material. Afirma que diferente do processo judicial, onde vigora o princípio da verdade formal, no processo administrativo fiscal os agentes fiscalizadores devem tomar suas decisões com base em situação fáticas efetivas, ou seja, de fato ocorrida extirpe de dúvidas. Para tanto, têm o dever de trazer aos autos todas as provas documentais indispensáveis para configurar a ocorrência da ilicitude tributária por eles vislumbradas. Nesse sentido, reproduz o artigo 39 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF-BA), que estabelece que o Auto de Infração para ser válido como documento hábil à imposição de uma obrigação tributária, deve obedecer todos os requisitos necessários para esclarecimento da ação fiscal.

Frisa que o Autuante ao encerrar o trabalho fiscal, não forneceu à autuada, nem anexou ao Auto de Infração, tampouco inseriu no CD-ROM disponibilizado, as cópias de documentos emitidos pela Secretaria da Fazenda da Bahia que provassem a situação fiscal dos destinatários das mercadorias como desabilitadas no cadastro Estadual. Afirma que no CD-ROM (que foi entregue à autuada) consta apenas quatro relatórios, num total de 220 páginas (57+52+50+61), onde ele, (autuante) faz apenas referência a números de notas fiscais emitidas pela autuada, mas não identifica os contribuintes destinatários destas notas, nem as suas respectivas inscrições, bem assim, quais estão *habilitados* ou *desabilitados*. Diz que se não identifica os contribuintes destinatários destas notas fiscais relacionadas, nem as suas respectivas inscrições estaduais, portanto não tem como saber que estes estariam desabilitados.

Sustenta que além destes documentos que não foram anexados, seria indispensável a apresentação de prova da publicação em Diário Oficial da desabilitação das desconhecidas inscrições estaduais, o que (em princípio) se mostraria fundamental para validar o procedimento fiscal. Diz que a ausência de publicação no Diário Oficial não torna público o ato e, assim, não lhe é conferido efeitos legais. Transcreve jurisprudência do STJ.

Salienta que em virtude da falta destes documentos, ficou cerceada no exercício do seu direito de ampla defesa, ou seja, não lhe sendo fornecida uma relação com os nomes dos destinatários, bem como das inscrições e comprovações das suas desabilitações, ficou impossibilitada de fazer a aferição da ilicitude tributária apontada, e, por via reflexa, também impossibilitada de exercer a plenitude da sua defesa de mérito. Com a intenção de reforçar sua tese, transcreve o artigo 18, IV, do Decreto nº 7.629/99 e ementas de decisões do CONSEF neste sentido.

Sobre o mérito, afirma que de acordo com as limitadas informações e documentos que constam dos autos, passa (item por item) a impugnar a integralidade dos créditos tributários lançados pelo referido auto de infração, tendo em vista que (salvo no que tange à infração 04) as demais infrações apontadas não existiram.

Reconhece o cometimento da infração 04. Afirma que sobre a infração 02, relativo à diferenças de alíquotas de ICMS sobre aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, os equívocos verificados foram por parte do autuante, sendo que ele mesmo percebeu, após a lavratura e registro do AI, mas na impossibilidade de cancelá-lo, sugeriu que tais lapsos fossem apontados pela defesa.

Menciona que ao elaborar os demonstrativos (relativos à infração 02), o autuante considerou os valores integrais de aquisição de cada um dos bens, como se fossem os valores corretos da base cálculo para incidência do percentual da diferença de alíquota, sem levar em consideração a redução da base de cálculo prevista em Convênios específicos, e, também, os pagamentos de diferença de alíquotas (DIFAL), tempestivamente, efetivados pela autuada – (como se verifica nos

documentos: 02/03/04). Por consequência, o autuante apurou um débito de ICMS no valor de R\$ 25.705,22 – nos meses de fevereiro/2008, maio e julho/2011, mas não é o correto e por isto, não deve prevalecer. Pelos demonstrativos que anexa doc. 05, elaborados pela contabilidade da empresa, onde se encontram especificados os números dos Convênios autorizadores da redução da base de cálculo, bem como, os pagamentos tempestivamente efetivados, verifica-se que (feitas estas exclusões) o suposto débito decorrente do diferencial de alíquotas pelas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado (nestes mesmos meses) – resulta em apenas R\$ 5.289,86, quantia que, para elidir a fluência de acréscimos moratórios e atualização monetária, tendo em vista o questionamento jurídico adiante suscitado, a autuada prefere caucioná-la sob a forma de depósito administrativo – doc. 06 –, no valor de R\$21.684,22, devidamente atualizado e com benefício da redução de multa, segundo dispõe o art. 92 do RPAF/BA.

Aduz que o outro débito decorrente do diferencial de alíquotas pelas aquisições interestaduais de bens destinados ao consumo da autuada, no valor original de R\$9.410,41 (apontado na infração 01), pelo mesmo questionamento jurídico-legal ora suscitado, também fica inteiramente impugnado mas, do mesmo modo, para elidir a fluência de acréscimos moratórios e atualização monetária, prefere caucioná-lo sob a forma de depósito administrativo, apurado com atualização monetária e com benefício da redução de multa, como de fato fez ao incluí-lo no DAE do depósito do item anterior – doc. 06 – no valor de R\$21.684,22.

Sustenta que o seu questionamento jurídico multirreferido cinge-se à ausência de suporte jurídico-legal para que os Estados (membros da Federação) possam legalmente cobrar ICMS em decorrência do diferencial de alíquotas sobre as aquisições interestaduais de bens ou mercadorias destinadas ao consumo ou ao ativo fixo das empresas – razão da insurgência manifestada pela autuada.

Faz um retrospecto acerca destas cobranças citando o Convênio ICMS nº 66/88, que no art. 2º, disciplinava expressamente a ocorrência do fato gerador do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao consumo e à integração ao ativo imobilizado das empresas. Afirma que posteriormente, veio a aprovação e promulgação da Lei Complementar nº 87/1996, que, nitidamente 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. Nesta esteira, afirma 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.

Frisa que a existência da previsão constitucional *deste diferencial de alíquotas* feita pelo art. 155, § 2º, inciso VII e VIII, da Constituição Federal (por si só) não supre a falta desta disposição normativa em LC, pois, segundo o governo do art. 146, III, alínea “a”, desta mesma Lei Magna, à Lei Complementar – e somente a ela – compete definir a pessoa do sujeito passivo da obrigação tributária e os aspectos quantitativos da exação (melhor dizendo: apenas a previsão constitucional não é suficiente para que os Estados possam válidamente instituir normas impositivas de obrigação tributária). Afirma existirem acórdãos do próprio CONSEF, afastando tais cobranças. Contesta na integralidade os lançamentos das infrações 01 e 02.

Sobre a infração 03, aduz que de referência à alegação de falta de retenção e recolhimento de ICMS por antecipação – pelo regime de substituição tributária – em decorrência de venda de mercadorias a contribuintes desabilitados, a autuada, na remota probabilidade de não acolhimento da preliminar arguida, em atenção ao princípio da eventualidade e dentro do que lhe foi possível ter acesso, impugna a integralidade dos créditos tributados lançados.

Informa que a Secretaria Estadual de Fazenda da Bahia através do Parecer nº 11.918/2009, já demonstrou entendimento de que a condição cadastral dos destinatários das mercadorias não gera condição impeditiva para fruição de benefício fiscal. Se a condição cadastral destes

destinatários perante a Receita Federal não é condição impeditiva para fruição do benefício fiscal, razoável seria o mesmo entendimento para a aplicação no presente caso.

Menciona que, ainda que entenda diferente a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, não seria razoável e prudente por parte do Fisco, exigir que comerciantes produzam diligências investigatórias acerca de seus clientes para efetivar suas transações. Tais diligências devem ser feitas exclusivamente pela autoridade fiscal, principalmente em razão do poder de polícia que os assistem e, nunca, serem transferidas aos particulares.

Sustenta que não se pode negar que a única responsável pela gestão do cadastro estadual de contribuintes é da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tanto assim é que, somente agora (recentemente), determinou implantação de software de controle desta gestão, com a aprovação do Decreto nº 13.165/2011, submetendo todas as transações comerciais à confirmação ou *denegação* das respectivas notas fiscais – emitidas pelos contribuintes deste Estado. Assevera ter agido de boa fé, a exemplo do quanto exteriorizado pelo STJ – no acórdão que transcreve.

Conclui que o Autuante não produziu nenhuma prova caracterizadora da alegada infração, na medida em que não apresentou provas da irregularidade cadastral de cada um dos destinatários, e, muito menos, a exigida comprovação acerca da publicação em Diário Oficial de tais eventos, se é que existiram para todos os casos.

Requer, salvo no que diz respeito à parcela reconhecida e paga, a improcedência na integralidade das autuações consignadas nas infrações 01, 02 e 03, e que os Julgadores acolham a preliminar de nulidade do auto de infração em relação à infração 03, e/ou, seja declarada a integral improcedência da mesma.

Pede que sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS (por substituição tributária) seja declarada a total improcedência do AI no que tange às infrações 01 e 02 e sendo outro o entendimento dos Julgadores, que seja o AI julgado improcedente em parte, com redução do ICMS devido, considerando-se a notória redução da base de cálculos (em virtude da existência de Convênios), bem como, sejam acolhidos os pagamentos comprovadamente feitos pela autuada. Neste caso, seja convertido em receita o depósito administrativo (de R\$21.684,22) feito nos termos do art. 92 do RPAF/99; por último, que, sendo reconhecida a total improcedência das infrações 01 e 02 do AI, seja determinada a liberação e levantamento do depósito administrativo retromencionado.

O autuante presta a informação fiscal fls. 113/114. Afirma que o contribuinte alega ausência de suporte jurídico-legal para que os Estados possam legalmente cobrar ICMS em decorrência do diferencial de alíquotas sobre as aquisições interestaduais de bens ou mercadorias destinadas ao uso/consumo, porém este questionamento foge da sua alçada, tendo em vista que existe a previsão legal no RICMS - BA para a cobrança do diferencial de alíquota.

Menciona que na defesa, o autuado apenas contesta a cobrança, mas não comprova, através de documentos hábeis, que os valores lançados estão incorretos. Sendo assim, mantém integralmente os valores constantes neste item do Auto de Infração.

Sobre a infração 02, informa que na defesa, o contribuinte demonstra (fls.84/107) que várias notas já estavam com o ICMS diferencial de alíquotas pago e ainda, que no levantamento fiscal deixou de considerar para efeito de cálculo, a redução da base de cálculo do ICMS. Sendo assim, foi elaborada nova planilha (em anexo), excluindo os valores devidamente pagos.

Sobre a infração 03, após sintetizar os argumentos defensivos, diz que sobre o tema, o art. 142, incisos I e II do RICMS - BA (Decreto nº 6.284/97) que transcreve, autoriza a referida cobrança.

Assevera que além da obrigação de exigir do outro contribuinte o DIE - Resumo Cadastral, a SEFAZ/Bahia disponibiliza a consulta ao cadastro do ICMS no site <http://www.sefaz.ba.gov.br/>, link Inspeção Eletrônica/Cadastro/Consulta/Cadastro/BA, Resumo Cadastral - DIE e que também, pode ser consultado através do site <http://www.sintegra.gov.br/>.

Diz que a consulta é pública, não exclusiva dos servidores da SEFAZ. Sendo assim, entende ficar afastada a hipótese alegada pelo autuado, de ter que exigir dos comerciantes, que produzam diligências investigatórias acerca de seus clientes.

Informa que nas planilhas demonstrativas constam as inscrições estaduais de todas as empresas inaptas, não sendo verdade a alegação de que os contribuintes não foram identificados. Portanto, não vê a necessidade de se anexar todos os documentos da SEFAZ, onde consta a situação cadastral destas empresas e muito menos comprovação da publicação em Diário Oficial.

Pelas razões apresentadas, diz manter integralmente os valores constantes do Auto de Infração. A respeito da infração 04 diz que o contribuinte não a contestou.

A 3ª JF em pauta suplementar converte o processo em diligência fl.150, para que em busca da verdade material, princípio basilar do processo administrativo fiscal, o autuante tomasse as seguintes providências:

a) Relativamente à infração 02:

se manifestasse a respeito da arguição do autuado referente a redução da base de cálculo na aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e excluísse do levantamento todos os valores efetivamente pagos tempestivamente, pelo contribuinte ;

b) No tocante à infração 03:

juntasse ao processo, todos os documentos comprobatórios de que à época dos fatos geradores, as vendas foram realizadas para contribuintes que se encontravam desabilitados junto à SEFAZ/BA.

c) que a Inspeção intimasse o contribuinte e fizesse a entrega, mediante recibo, da nova informação fiscal e dos comprovantes de desabilitação cadastral dos contribuintes destinatários, pertinentes à infração 03, concedendo-lhe um prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse.

O autuante ao dar cumprimento ao solicitado fl.154, diz que em resposta à diligência da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, com relação à infração 02, arguição do autuado referente a redução da base de cálculo na aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e a devida exclusão dos valores pagos, nas planilhas constantes das folhas 115 e 116 já estavam com a redução da base de cálculo, bem como, foram feitas as devidas exclusões dos valores pagos conforme defesa apresentada. O autuado afirma na defesa fl.127, que novos cálculos trazidos ao conhecimento da autuada não demonstram a realidade fática, continuando equívocos na exclusão, mas não demonstra através de documentos hábeis quais são esses equívocos. Assim, não tem como verificar a veracidade de tal afirmação. A respeito da infração 03, diz que conforme solicitado, segue histórico da situação cadastral (INC - INFORMAÇÃO DO CONTRIBUINTE) das empresas desabilitadas junto à SEFAZ na época dos fatos geradores.

Ao tomar ciência da diligência fl.191, o autuado voltou a se manifestar fls.194/200. Afirma que em sua impugnação teria demonstrado que do levantamento fiscal constavam valores integrais para composição da base de cálculo sobre a qual incidiu percentual de diferença de alíquotas, portanto, o fiscal teria desconsiderado a redução da base de cálculo prevista em Convênios específicos. Além disso, desconsiderou pagamentos de diferença de alíquotas recolhidos tempestivamente, conforme comprovantes que anexou.

Menciona que o auditor fiscal reconheceu o equívoco e elaborou nova planilha excluindo os valores devidamente pagos. No entanto, os novos cálculos trazidos pelo autuante somente menciona o débito do mês de fevereiro de 2008, sem fazer referência aos meses de maio e julho de 2011 que foram contestados na defesa. Alegou ainda, que referente ao débito do mês de fevereiro de 2008, o autuante não considerou a devida redução da base de cálculo.

Frisou que além dos equívocos cometidos pelo autuado acima apontados, a respeito da infração 02, questionou também a ausência de suporte jurídico-legal para que os Estados possam legalmente cobrar ICMS em decorrência do diferencial de alíquotas sobre as aquisições interestaduais de bens ou mercadorias destinadas ao consumo ou ao ativo fixo das empresas. Requer seja declarada a total improcedência das infrações 01 e 02 e sendo outro o entendimento dos Julgadores, decidindo pela procedência em parte da autuação, seja convertido em receita o depósito administrativo feito nos termos do art. 92 do RPAF/99.

No tocante à infração 03, disse que mais uma vez, quedou-se o Autuante, que juntou histórico com algumas empresas desabilitadas, contudo não vinculou estes contribuintes inaptos às notas fiscais objeto da autuação. Lembra que no CD-ROM que lhe foi entregue consta quatro relatórios, num total de 220 páginas, onde o autuante faz apenas referencia a números de notas fiscais emitidas pela autuada, mas não identifica os contribuintes destinatários destas notas.

Salienta que apesar de juntar históricos de contribuintes desabilitados, resta impossível analisar qual contribuinte faz parte daquela nota fiscal e se aquele contribuinte estava desabilitado durante o período de ocorrência do fato gerador. Sustenta não ter como vincular as empresas desabilitadas constantes nos históricos juntados às notas fiscais. Aduz que este procedimento cerceou seu direito de defesa. Ressalta ainda, seu entendimento da necessidade de apresentação de prova de desabilitação das empresas através de publicação no Diário Oficial.

Requer o acolhimento da preliminar de nulidade arguida no que tange a infração 03 e caso assim não entenda os Julgadores seja declarada a improcedência do referido item do auto de infração. O autuante presta nova informação fiscal fl.212. Sobre a infração 02, afirma que o contribuinte apresenta um demonstrativo fls.207/209 e anexa cópia da nota fiscal 739071. No entanto, o autuado engloba duas mercadorias diferentes registradas na referida nota fiscal, como se tivessem o mesmo NCM (84148012), o que daria direito a redução da base de cálculo para fins do recolhimento do imposto. Esclarece que nos termos do Convênio 52/91, apenas o produto Compressor de Parafuso 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.

No que tange a infração 03, afirma que em sua manifestação, o autuado alega que apesar de ter sido juntado ao PAF comprovantes das empresas que estariam desabilitadas, o fiscal não teria vinculado estes contribuintes inaptos às notas fiscais objeto da autuação.

Afirma que tal alegação não procede. Explica que nas planilhas das folhas 29/39, na coluna IE – Inscrição Estadual constam todas as inscrições dos contribuintes desabilitados, item por item de mercadoria, relacionando com as respectivas notas fiscais. Diz que às folhas 155/187 encontram-se relacionadas todas as empresas desabilitadas com o respectivo período. Conclui que dessa forma, é possível relacionar a nota fiscal com o contribuinte e o período em que o mesmo estava desabilitado. Mantém integralmente esta infração.

Consta às fls.148/149 demonstrativo do SIGAT/SICRED com o recolhimento dos valores reconhecidos pelo autuado.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269440.0003/12-8**, lavrado contra **AVÍCOLA BARREIRAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.910,05**, acrescido das multas de 60% previstas no inciso II, alínea “f” e “e” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões CONSEF, 13 de agosto de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR