

PROCESSO	- A. I. N° 108595.0003/07-1
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e UNIÃO BAHIA INDÚSTRIA, COMÉRCIO, SERVIÇOS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIBA)
RECORRIDOS	- UNIÃO BAHIA INDÚSTRIA, COMÉRCIO, SERVIÇOS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIBA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0381-05/09
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET	- 10/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0007-11/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Afastada em parte a exigência fiscal diante da prova de que parte das aquisições foram realizadas pelo outro estabelecimento do sujeito passivo. No entanto, não há nos autos elementos suficientes para determinar, com segurança, a ocorrência da infração imputada e nem o seu quantum em relação à outra parcela das aquisições, efetuadas pelo estabelecimento autuado. Infração NULA PARCIALMENTE. Modificada parcialmente a Decisão recorrida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. NO REGISTRO DE ENTRADAS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração parcialmente elidida. Modificada parcialmente a Decisão recorrida. Recurso de Ofício PARCIALMENTE PROVIDO. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item 1, do RPAF/99, interpostos pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE – Acórdão JJF n° 0381-05/09 - lavrado para imputá-lo o cometimento de 03 infrações, abaixo descritas, sendo todas objeto de Recurso de ofício e de Recurso voluntário apenas as constantes dos itens 2 e 3:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97. ICMS no valor de R\$ 348.548,98 e multa de 60%.

2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 6.974,42 e multa de 60%.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 10.873,36.

O Relator da JJF assim se pronunciou em seu voto, resumidamente:

INFRAÇÃO 1 – Após consignar que a infração refere-se à exigência de ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias – peças e acessórios automotivos - provenientes de outras unidades da Federação, informa que o sujeito passivo alega em sua defesa que tais mercadorias foram adquiridas para serem utilizadas na prestação de serviços de recauchutagem de pneus para clientes, atividade tributada pelo ISS, conforme balancetes dos exercícios de 2003, 2004 e 2005, em que constam os lançamentos da receita do serviço de recapagem/recauchutagem e dos custos havidos nesta atividade. Informa, ainda, que o sujeito passivo também alega que houve aquisição de mercadoria para a filial da União Bahia (CNPJ) e não para o autuado, matriz, o que se deu por erro do fornecedor, já que as notas fiscais foram emitidas com o cadastro da matriz, apesar de terem os seus lançamentos contábeis feitos na filial.

Ainda consignou que diante de dúvida do próprio autuante em relação ao serviço de recauchutagem, que é isento quando feito por encomenda, e em consequência da controvérsia nos autos, o processo foi diligenciado para auditor estranho ao feito, que concluiu no sentido de que não detectou a existência de registros ou indícios que pudessem caracterizar a compra ou aquisição de pneus usados pela própria empresa, e que também não observou saídas de pneus recauchutados nos livros Registros de Saídas do ICMS, assim, como nos livros Diário e Razão.

Observou que o diligente ressaltou que todas as operações relativas à recauchutagem de pneus, registradas pela empresa, foram lançadas na época própria, no livro de Apuração do ISS, e que, diante do grande volume de notas fiscais emitidas, por amostragem, verificou as emitidas nos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005, em três meses para cada exercício, apurando que as recauchutagens, recapagens e reformas de pneus foram emitidas como serviços, com destaque do valor do ISS, não sendo detectadas emissões de notas fiscais de vendas de pneus recauchutados, reformados ou recapados.

Observou, ainda, que o diligente informou que foi solicitado ao contribuinte que apresentasse os documentos comprobatórios da entrada dos pneus fornecidos pelos encomendantes do serviço, que pudessem corresponder às respectivas notas fiscais de serviços de recauchutagem ou reforma, mas não foram apresentados, tendo o contribuinte informado verbalmente que eram fichas de coletas de controle interno, sem validade fiscal, e que por dificuldade de arquivamento, face ao volume emitido mensalmente, foram descartadas logo depois de cumprido o prazo de garantia do serviço, apresentando os documentos de fls. 407 a 412.

Assim, concluiu o Relator da JJF que da análise do resultado da diligência restou comprovado que a empresa adotava o procedimento de receber os pneus para recauchutagem por meio de fichas de coletas, e emitir as notas fiscais de prestação de serviço, tributadas pelo ISS, não restando comprovado qualquer aquisição de pneus para revenda, votando pela improcedência da autuação.

INFRAÇÃO 2 – Após consignar que neste item exige-se o ICMS relativo à falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, e que as notas fiscais foram encontradas no CFAMT e no SINTEGRA, conforme demonstrativo de fl. 110 e cópias das notas fiscais às fls. 111 a 134 (3^{as} vias), informou o Relator que o sujeito passivo alega que adquiriu os materiais para serem empregados na prestação de serviços, e que as notas fiscais estão devidamente escrituradas nos livros Razão (2002 e 2005) e no Diário (2003), adquirindo-os na qualidade de consumidora final, posto que não os comercializa, mas utilizando-os na atividade de serviços de recauchutagem de pneus, sendo devido o ICMS ao Estado de origem das mercadorias, e não ao Estado da Bahia.

Informa, ainda, que o sujeito passivo impugna as Notas Fiscais nºs 65283 e 67773, cujo fornecedor “Bozza” afirma desconhecer, por nunca haver comercializado ou adquirido produtos da natureza dos constantes nos referidos documentos fiscais, alegando que comprova este fato por não aparecer o pagamento deste suposto fornecedor no seu livro Razão, que anexa.

Diante do exposto, assevera o Relator que pela regra do art. 5º do RICMS/97, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, e que o parágrafo único deste artigo excepciona esta regra, ao dispor que não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza.

Assevera ainda, que, além dessa norma, o artigo 7º, I, do mesmo diploma regulamentar, salienta que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas.

Observa que o autuado desenvolve atividade mista, quando atua nas áreas de comércio a varejo de peças e acessórios novos para automóveis e serviços de manutenção e reparo de automóveis, e que neste caso não cabe a exigência fiscal, contudo conclui que em relação às notas fiscais emitidas pela Bozza, fls. 111/112, o autuado não comprova que não é proprietário do caminhão, cujos equipamentos estão sendo enviados por estas notas, conforme Anexo 08, fl. 392.

Assim, entende que cabe a exigência fiscal quanto às notas fiscais emitidas por José Murilia Bozza, nºs 65283 e 67773, de 11/01/2002 e 25/03/2002, respectivamente, que resulta na diferença de alíquotas nos valores de R\$ 2.234,40 e de R\$ 2.375,05, votando pela procedência em parte da infração, com ICMS no valor de R\$ 4.609,45.

INFRAÇÃO 3 – Após consignar que neste item está sendo exigida multa em razão de falta de registro na escrita fiscal de mercadorias não tributáveis, e que as notas fiscais foram recolhidas no CFAMT e no SINTEGRA, conforme demonstrativo anexo às fls. 135/136 e cópias das notas fiscais às fls. 137 a 202, informa o Relator que a empresa alega que houve equívocos no lançamento, conforme demonstrativo que anexa, onde constam as folhas dos livros de Entradas em que foram escrituradas as notas fiscais.

Consigna que o autuado alega que a Nota Fiscal nº 10299, de 10/03/2005, emitida por KRONORT (fl. 174), se trata de retorno de mercadoria (CFOP 6.925) recebida da Michelin através da Nota Fiscal nº 226.627 de 17/02/2005 (Anexo 07), e que a Kronort, equivocadamente, ao proceder à devolução dos produtos, o fez para o autuado e não para a remetente, motivo pelo qual o documento não foi escriturado, e sim devolvido. Concluiu o Relator que merece guarida a alegação, restando comprovada a devolução.

Consignou, ainda, que o autuado alega que em relação à Nota Fiscal nº 67872 de 27/03/2002, emitida pela empresa Bozza, fl. 186, não realizou a operação por ela acobertada e que desconhece esta empresa por nunca haver comercializado com a mesma, e que tal documento, a exemplo de todos os outros emitidos pela Bozza, consigna erroneamente a razão social da defendant, além de informar o retorno do caminhão supostamente de propriedade do autuado que afirma nunca haver adquirido tal bem, nem executar serviços de montagem de equipamento.

Concluiu o Relator, contudo, que na época da ocorrência do fato gerador não ficou comprovado que o autuado não era o proprietário do caminhão, pois não foram trazidos documentos efetivos para desconstituir a acusação fiscal, haja vista que apenas foi anexado à peça de defesa documento do DETRAN referente ao licenciamento de 2007, tendo como proprietário Hugo Carlos da Luz, e que em relação ao argumento de que houve informações obtidas no DETRAN do proprietário anterior, a empresa Transbec Transportadora Ltda., este fato não ficou comprovado, devendo remanescer a exigência quanto a esta nota fiscal, que resulta na multa no valor de R\$ 300,00, já que o documento fiscal é no valor de R\$ 30.000,00.

Ainda ressaltou o Relator, que o autuante em sua informação fiscal acatou a comprovação dos lançamentos referentes aos exercícios de 2004 e 2005, por tratar-se do Registro de Entradas, mas manteve os demais lançamentos, referentes às notas fiscais que foram lançadas na filial, mas observou que não concorda com esta manutenção, pois as notas fiscais foram lançadas na filial, e como comprovado os seus registros no outro estabelecimento, em que eram destinatárias, fica sem objeto a acusação de descumprimento de obrigação acessória, em razão de “*falta de registro na escrita fiscal de mercadoria não tributável*”.

Inconformado com o Julgado em relação às infrações descritas nos itens 2 e 3 o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário – fls. 458 a 462 dos autos – onde pede a reforma da Decisão que manteve parcialmente as referidas exigências fiscais, aos seguintes argumentos:

- I. que desconhece a empresa BOZZA, nunca tendo comercializado com a mesma, sendo que tomou conhecimento dos documentos glosados apenas através do presente Auto de Infração;
- II. que a parte remanescente da infração descrita no item 02 trata da contabilização da diferença de alíquota relacionada às Notas Fiscais nºs 65.283 e 67.773, datadas de, respectivamente, 11/01/2002 e 25/03/2002, referentes a mercadorias supostamente adquiridas pelo recorrente para serem utilizadas na montagem de um caminhão que jamais lhe pertenceu;
- III. que, ainda, a parte remanescente da infração 03 também se refere a uma suposta falta de escrituração da Nota Fiscal nº 67.872, de 27/03/2002, também emitida pela empresa Bozza, e que se referiria a uma suposta devolução do referido caminhão, que seria de propriedade do recorrente, operação esta que não foi realizada e cujo veículo nunca lhe pertenceu;
- IV. que a questão gira em torno da comprovação de que o referido caminhão, de placa JMC 2639, RENAVAM 188276440 e CHASSI 34504512452121, conforme descrito no corpo das referidas notas fiscais, era pertencente ou não o recorrente na época dos fatos geradores, e que visando fazer prova de que este veículo de fato não lhe pertencia, junta aos autos consulta obtida junto ao DETRAN, anexada às fl. 464, onde aparecem informações quanto à sua antiga procedência e a atual propriedade do veículo, comprovando que este pertencia, respectivamente, à empresa TRANSBEC TRANSPORTADORA LTDA. e HUGO CARLOS DA LUZ;
- V. que, ainda, faz-se a juntada aos autos, às fls. 466 a 468, do cadastro do referido veículo, obtido junto à Secretaria da Fazenda do Estado, onde aparecem informações quanto ao proprietário do veículo até ao ano de 1997, qual seja a empresa DISBEC DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS CAMAÇARI LTDA.;
- VI. que, assim, entende restar comprovado que o recorrente jamais figurou entre os proprietários do citado caminhão, razão pela qual não pode tal bem ser considerado como ativo permanente da empresa para efeitos de tributação de diferencial de alíquota, exigido no item 02, e nem tampouco para cobrança de multa pela falta de escrituração de nota fiscal de devolução, exigida no item 03 da autuação, requerendo a improcedência total dos dois itens.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fl. 472, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, consignando que o recorrente logrou comprovar que, à época da emissão das notas fiscais não era o proprietário do caminhão indicado, conforme documentos acostados na peça recursal, emitidos pela própria SEFAZ, com isso restando comprovado que as notas fiscais emitidas pela empresa BOZZA Ltda. não se destinavam o autuado, não devendo prevalecer os débitos remanescentes referentes às infrações 2 e 3.

VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, cabível diante do julgamento proferido em Primeira Instância que importou em desoneração integral dos valores exigidos na infração descrita no item 1 e da desoneração parcial dos valores exigidos nos itens 2 e 3, merece parcialmente reparos a Decisão recorrida, nos seguintes termos:

No que toca à infração descrita no item 1, discordamos da JJF quanto ao julgamento pela sua improcedência. Inicialmente, devemos esclarecer que neste item se acusa o recorrido de falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária, na aquisição interestadual de produtos sujeitos a tal sistemática de tributação – peças e acessórios automotivos – elencados no Anexo 88 do RICMS/BA.

Ainda devemos em preliminar esclarecer que o sujeito passivo exerce duas atividades econômicas distintas: comércio a varejo de peças e acessórios novos para automóveis e serviços de manutenção e reparos em automóveis. Quanto à segunda atividade econômica por este exercida - serviços de manutenção e reparos em automóveis – de fato há uma atividade mista, ou seja, exercício de uma única atividade que implica em tributação dupla: do ICMS, no pertinente ao fornecimento de mercadorias que ocorre concomitantemente com o serviço prestado, e do ISS, imposto de competência municipal, em relação a este último.

A diligência suscitada pela JJF e cumprida por fiscal estranho ao feito, vide fls. 401 e 402 e 404 a 405, no sentido de verificar se tais produtos - chapas, folhas, tiras, varetas e perfis de borracha vulcanizada e não endurecida, flaps e outros – NCM 4008, 4012.90.10 e 4012.90.90, respectivamente – foram utilizados na recauchutagem, recapagem e reforma de pneus para terceiros ou em pneus usados adquiridos pela própria empresa autuado e depois comercializados, *data venia*, não teve o condão de dirimir a questão. Primeiro, porque na aquisição de tais produtos poder-se-ia exigir o ICMS devido a título de substituição tributária se os próprios produtos fossem comercializados pelo sujeito passivo, ou se tais produtos tivessem sido utilizados como insumos nos serviços de recauchutagem, recapagem e reforma de pneus não prestados a usuário final.

Neste último caso, devemos frisar que o inciso IV do art. 355 do RICMS/BA dispensa a exigência do ICMS por substituição tributária ou por antecipação quando o produto sujeito a tal sistemática de tributação se destina a estabelecimento prestador de serviço que o emprega neste serviço como insumo, mas excetua as hipóteses em que há indicação expressa de incidência do ICMS nos fornecimentos destes produtos conjuntamente com o serviço prestado.

Colocadas tais premissas, caberia ser verificado se houve comercialização direta dos próprios produtos adquiridos – hipótese em que caberia a exigência do ICMS-ST (art. 353, inciso II, item 30), ou se os mesmos foram utilizados nos serviços de recauchutagem, recapagem e reforma de pneus para usuário final, hipótese em que não caberia a exigência do ICMS-ST (art. 355, IV), ou ainda se foram utilizados em tais serviços para não usuário final, quando então recairia a incidência do ICMS-ST (art. 353, IV, combinado com o art. 2º, VI, “d”).

Por sua vez, na diligência realizada o fiscal estranho ao feito, expressamente, consignou que não constatou comercialização de pneus usados, mas que constatou a atividade de recauchutagem, recapagem e reforma de pneus para diversos clientes, onde teriam sido utilizados os produtos adquiridos. Destas informações podemos concluir apenas que o sujeito passivo não revendeu os próprios produtos adquiridos em sua atividade de comercialização de peças automotivas e que os empregou nos serviços de recauchutagem, recapagem e reforma de pneus a terceiros (não comercializando pneus usados onde tivesse empregados tais produtos como insumos), mas não podemos concluir se tais serviços foram prestados a clientes usuário final ou a clientes que os comercializou posteriormente, importante para definirmos a tributação ou não do ICMS-ST.

Neste sentido, não vislumbramos a necessária segurança na infração imputada para que possamos concluir pela sua procedência ou improcedência, já que não foram trazidos aos autos, nem pela autuante e nem tampouco pelo diligente, elementos comprobatórios que permitissem atestar sem sombra de dúvida que os produtos adquiridos foram utilizados nos serviços de recauchutagem, recapagem e reforma de pneus para cliente não usuário final, e nem o oferecimento à tributação apenas do ISS, com emissão de nota fiscal pertinente a este tributo por parte do contribuinte, por si só não comprova que os clientes eram apenas usuários finais. Registre-se, ainda, que a verificação por amostragem realizada pelo diligente não permite tal comprovação, pois feita em apenas 03 meses de cada exercício, sendo que a autuação envolve 04 exercícios (2002 a 2005).

Quanto às notas fiscais que foram emitidas com os dados da matriz (estabelecimento autuado) e registradas na filial – CNPJ nº. 13.687.272/0004-04 - que seria a verdadeira adquirente das mercadorias, tendo ocorrido erro por parte do fornecedor, entendemos que as provas trazidas aos autos pelo sujeito passivo comprovam a veracidade das suas alegações, conforme cópias dos livros Razão Analítico, Diário Geral e de Entrada da filial, anexadas aos autos conjuntamente com a peça defensiva, às fls. 225 a 325, e demonstrativo das referidas notas fiscais, às fls. 226 a 229, devendo ser excluídas da exigência fiscal, como corretamente entendeu a JJF.

Assim, nosso voto é pela Nulidade Parcial da infração descrita no item 1, nos termos do art. 18, IV do RPAF/BA, modificando parcialmente a Decisão recorrida.

Em relação ao item 2 – falta de recolhimento da diferença de alíquotas – a JJF fundamentou a exclusão de parte da exigência fiscal no fato do sujeito passivo exercer atividade mista, hipótese em que, ao adquirir produtos para serem empregados na prestação de serviço, descebe o pagamento de ICMS a este título. Feitas as ressalvas acima quanto ao conceito de atividade mista, de fato restando comprovado pela diligência efetuada nos autos que os materiais adquiridos foram empregados nas atividades de recauchutagem, recapagem e reforma de pneus para terceiros, não há que se falar em incidência do ICMS devido a título de diferença de alíquotas, nos termos do art. 7º, I, do RICMS/BA, dispositivo utilizado corretamente pela JJF para embasar a desoneração efetuada, que ratificamos porquanto correta.

Quanto ao item 3 – multa fixa pelo não registro de notas fiscais – comprovou o recorrido que havia feito o devido registro em seu livro Registro de Entradas, relativo aos documentos fiscais dos exercícios de 2004 e 2005, conforme documentos que anexa em sua peça defensiva – fls. 160 a 174 – o que foi acatado pela própria autuante em sua informação fiscal. Também comprovou o registro de parte dos documentos fiscais em seu estabelecimento filial, já que este era o efetivo destinatário dos produtos constantes das notas fiscais, conforme cópias dos livros Registro de Entradas deste, às fls. 350 a 370, cabendo razão a JJF em acatar tais provas.

No entanto, entendemos não caber a exclusão da multa quanto ao não registro da NF 10299, emitida em 10/03/2005 e acostada às fls. 175 e 387 dos autos, pois verificando o referido documento fiscal, bem como a cópia da Nota Fiscal nº 226627, anexada pela defesa, que estaria relacionada com a nota fiscal objeto da autuação, observa-se que a União Bahia recebeu em retorno da KRONORT, através da NF 10299, os mesmos produtos que havia encaminhado anteriormente para a empresa MICHELIN, conforme informação constante no campo informações complementares da Nota Fiscal nº 226627, emitida pela MICHELIN para a KRONORT por conta e ordem da União Bahia (vide natureza da operação constante da Nota Fiscal nº 226627 – Remessa por conta ordem de terceiros). Neste sentido, o retorno dos referidos produtos para o recorrido, processado através da Nota Fiscal nº 10299, foi correto, e o seu não registro, comprovado nos autos, ampara a exigência fiscal.

Assim, deve ser modificada a Decisão recorrida, mantendo a multa relativa à Nota Fiscal nº 10299, no valor de R\$1.239,52.

Quanto ao Recurso Voluntário, pertinente às notas fiscais relacionadas com a empresa José Murilia Bozza, constantes das infrações descritas nos itens 2 e 3, inicialmente verificamos que as Notas Fiscais nº 65.283, emitida em 11/01/2002, e nº 67.773, emitida em 25/03/2002, conforme demonstrativo elaborado pela autuante às fl. 110, e anexadas às fls. 111 e 112, referem-se ao item 2, onde se acusa o sujeito passivo de falta de recolhimento do ICMS a título de diferença de alíquota, e a Nota Fiscal nº 67.872, emitida em 27/03/2002, conforme demonstrativo elaborado pela autuante às fl. 135, e anexadas às fl. 187, refere-se ao item 3, onde se acusa o sujeito passivo de falta de registro na escrita fiscal, com cominação de multa formal, remanescendo após o julgamento proferido pela JJF o valor de R\$300,00, relativo a esta nota fiscal.

No que toca ao item 2, os referidos documentos fiscais, coletados no CFAMT (3ª vias) têm como natureza da operação Venda, como destinatário o estabelecimento autuado, e consta da descrição dos produtos um conjunto de equipamento para abastecimento e lubrificação. Não há qualquer relação destas operações com montagem do veículo citado pelo recorrente, e nem consta qualquer menção nos referidos documentos que tais produtos tenham sido enviados para tal fim,

citando os dados do veículo, como de forma equivocada alega, induzindo a PGE-PROFIS ao seu opinativo pelo provimento do Recurso Voluntário quanto a este item.

Assim, entendemos que restando comprovado nos autos o não recolhimento da diferença de alíquotas e diante da natureza de ativo imobilizado dos produtos adquiridos, deve ser mantida a exigência fiscal, não merecendo guarida a alegação recursal de não aquisição dos mesmos, pois a nota fiscal faz prova da sua aquisição, não logrando o recorrente provar o contrário.

Quanto ao item 3, a Nota Fiscal nº 67872 tem como natureza da operação: Retorno de Bens, como destinatário o estabelecimento autuado, consta da descrição do produto um caminhão de placa JMC 2639, Chassi nº 34504512452121, e no campo Dados Adicionais a observação de que se trata de caminhão de propriedade do destinatário, recebido para montagem de equipamentos sobre chassi, através da NF de entrada emitida pela Bozza, de nº 67.583, emitida em 19/03/2002, que está sendo devolvido.

Ora, data venia o opinativo da PGE/PROFIS, neste caso, também não logra comprovar o recorrente que não está relacionado com a operação realizada, visto que a juntada aos autos da prova de propriedade do citado veículo, à época da ocorrência dos fatos, em nome de outra pessoa, física ou jurídica, não tem o condão de elidir a exigência fiscal, pois, ainda que, de fato, não seja o proprietário do referido veículo, o que se extrai da nota fiscal é que a empresa BOZZA recebeu o veículo citado da União Bahia para montagem de carroceria e o retornou, não sendo necessário para tal fim que seja o efetivo proprietário do veículo. Caberia, sim, ao recorrente comprovar que não encaminhou o referido veículo para montagem pela BOZZA e, portanto, não o recebera em devolução, e não apenas comprovar que o mesmo era de propriedade de outrem. Registre-se, ainda, que consta do documento fiscal emitido assinatura no canhoto de recebimento, que não foi impugnada pelo recorrente.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, modificando a Decisão recorrida para decretar a nulidade parcial da infração descrita no item 1, a procedência em parte da infração descrita no item 3, no valor total de R\$1.539,52 (R\$1.239,52 mais R\$300,00) e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Registre-se que em relação à nulidade parcial do item 1, não há possibilidade de refazimento da ação fiscal, porquanto os fatos geradores respectivos já se encontram fulminados pela decadência. Após as modificações, o débito remanesce no valor de R\$6.148,97.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108595.0003/07-1, lavrado contra **UNIÃO BAHIA INDÚSTRIA COMÉRCIO, SERVIÇO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIBA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.609,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.539,52**, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URANIA SLVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS