

PROCESSO - A. I. Nº 232854.0006/09-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARSCHALL INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0207-04/10
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0157-11/11

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO.. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte das mercadorias teve o ICMS retido na fonte por parte do remetente. Quanto às demais operações, não há prova nos autos de que são relativas à desincorporação do ativo imobilizado com mais de um ano de uso, como alegado pelo sujeito passivo, que não se desincumbiu do ônus que lhe cabe de provar tal alegação. Decisão modificada em parte. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0207-04/10), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de cinco (05) ilícitos tributários distintos, sendo objeto do presente apelo apenas a infração 5, a seguir descrita:

“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento - R\$42.275,13”.

A Junta de Julgamento Fiscal, na decisão submetida à revisão desta CJF, consignou que as infrações 1 a 4 foram integralmente reconhecidas pelo sujeito passivo.

Quanto à infração 5, verificou que as Notas Fiscais nºs 82704, 331888, 240292, 234711, 234173, 417252, 493261, 545457 e 565880 (fls. 61/87) referem-se a aquisições de automóveis na Volkswagen do Brasil localizada em outros Estados, cujo ICMS substituto foi retido pelo vendedor por força de Convênio ICMS. Portanto, entendeu que não cabe a exigência de ICMS-ST por parte do destinatário.

Relativamente às Notas Fiscais nºs 553, 554 e 562, cujas cópias foram juntadas pelo autuante às fls. 40/42, a Junta de Julgamento Fiscal asseverou que, muito embora não haja comprovação no processo de que os bens do ativo foram desincorporados com mais de um ano de uso, as mencionadas notas fiscais foram emitidas pela Target Brasil Iluminação Ltda, situada no município de Canoas-RS cuja natureza da operação foi de “Vda Bens Ativo Imob.”. Trata-se de venda de máquina perfiladeira, compressor, cabine de pintura, esteira, furadeira, prensa, armário, divisórias e outros, não tendo havido destaque de ICMS na operação.

Dessa forma, dada a natureza da operação, dos bens e sua destinação, acatou a alegação de que se trata de operação com bens desincorporados do ativo com mais de um ano e não cabe a exigência do ICMS da diferença de alíquota (art. 7º, III do RICMS/BA).

Por fim, acatou o demonstrativo de débito juntado pelo autuante às fls. 91/92 e considerou devido o valor de R\$4.414,61 nesta infração.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO VENCIDO

O Recurso de Ofício ofertado pela Junta de Julgamento Fiscal, por imposição regulamentar, não pode prosperar, uma vez que as reduções efetivadas pela Junta de Julgamento Fiscal estão corretas e decorreram, em primeiro lugar, da exclusão do montante lançado na infração 5, dos valores relativos às operações de compra de veículos junto à Volkswagen do Brasil e cujo ICMS devido a título de substituição tributária havia sido retido pelo vendedor, nos termos do Convênio ICMS 51/2000, consoante evidenciam as Notas Fiscais nºs 82704, 331888, 240292, 234711, 234173, 417252, 493261, 545457 e 565880 (fls. 61/87).

Em segundo lugar, foram excluídas do lançamento inicial as operações materializadas pelas notas fiscais de fls. 40/42, pois se tratam de venda de ativo imobilizado sem destaque de ICMS, o que condiz com a alegação defensiva de que se tratam de bens utilizados no estabelecimento vendedor por mais de um ano antes da desincorporação.

Ressalte-se que o autuante, em sua informação fiscal, fl. 90, acatou a alegação de defesa e refez o demonstrativo de débito, confirmando, portanto, que a operação estava, de fato, fora do âmbito de incidência do ICMS. Aplica-se à hipótese vertente o art. 142, do RPAF, segundo o qual *"o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas"*.

E, como visto acima, o fato de que as mercadorias em análise consistem em bens do ativo utilizados no estabelecimento vendedor há mais de um ano não foi controvertido nos autos; ao revés, o autuante o confirmou, justamente o preposto fiscal, a quem é incumbida por lei a tarefa da fiscalização.

Ademais, não há provas nos autos que levem à conclusão diversa daquela apontada pela defesa. Na verdade, os documentos coligidos ao *in folio* confirmam os fatos alegados pelo sujeito passivo, pois: a) as notas fiscais não contêm destaque de ICMS, evidenciando tratar-se de venda de bens de ativo imobilizados que foram utilizados há mais de um ano no estabelecimento vendedor; e b) as espécies de equipamentos adquiridos pelo sujeito passivo evidenciam que as vendas decorrem da desativação do estabelecimento vendedor, logo, é verossímil a alegação de que os bens foram utilizados por mais de um ano.

Por último, deve-se frisar que a legislação do ICMS não exige que a venda de bem do ativo imobilizado seja acompanhada da sua utilização por mais de um ano, para que deixe de incidir o ICMS e, via de consequência, a diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Logo, a exigência dessa prova somente pode voltar-se contra o vendedor, jamais contra o adquirente, por absoluta falta de amparo legal.

Ante o exposto, diante dos elementos constantes dos autos e tendo em vista as regras de distribuição do ônus da prova, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTO VENCEDOR

Discordo parcialmente do voto proferido pelo douto Relator, especificamente em relação ao acatamento das reduções efetuadas pela JJF, pertinentes às Notas Fiscais nºs 553, 554 e 562, emitidas pela empresa Target Brasil Iluminação Ltda. e anexadas aos autos às fls. 40 a 42, aos seguintes fundamentos:

Inicialmente, devemos consignar que não há nos autos absolutamente qualquer prova de que os bens constantes dos referidos documentos fiscais tivessem mais de um ano de uso no estabelecimento emitente quando da venda para o contribuinte autuado. Ao contrário do entendimento externado pela JJF e pelo próprio autuante, seguido pelo Relator desta CJF, o

sujeito passivo alega, mas não prova tal fato.

Aliás, em sua peça defensiva apenas afirma que tais bens foram desincorporados da empresa emitente, o que consta, de fato, das notas fiscais ao verificarmos o campo Natureza da Operação – Venda de Ativo Imobilizado – e o correspondente CFOP – concluindo com esta afirmação que em se tratando de bens usados deve incidir a regra de não-incidência do Art. 6º, inciso VIII, combinado com o Art. 7º, inciso II, “a”, ambos do RICMS/BA, olvidando que tais dispositivos, que abaixo reproduzimos, condicionam tal desoneração, a que o bem tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação, e que a não-incidência tenha amparo constitucional ou em acordo interestadual, respectivamente, esta última condição disposta expressamente no art. 69, I, “a” do mesmo diploma regulamentar, também abaixo transcrito:

Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

VIII - saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;

Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

III -se a operação de remessa for realizada com:

- a) não-incidência do imposto; ou
- b) isenção decorrente de convênio;

Art. 69.

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

Assim, equivocaram-se o autuante e a JJF ao acatar a alegação defensiva, desacompanhada das provas de atendimento das condições expostas pela legislação, como acima expresse.

Registre-se, por oportuno, que a observação inserida no campo Informações Complementares dos referidos documentos fiscais de que a empresa emitente era de pequeno porte e não gerava direito a crédito do ICMS, e ainda o não destaque do ICMS no campo próprio, não leva absolutamente a inferir-se que a operação estava amparada pela não-incidência, portanto, que os bens teriam mais de um ano de uso no estabelecimento emitente.

Ao contrário, o que se pode afirmar é que sendo empresa de pequeno porte, o não destaque do ICMS nas notas fiscais ocorreu porquanto a legislação do Fisco de sua localização determinava tal procedimento por não permitir creditamento por parte do destinatário, mas tal regra, ainda assim, tão-somente era aplicável para as operações internas, não havendo amparo legal para o não destaque em operação interestadual, situação que permite a aplicação da regra da alínea “a”, inciso I, Parágrafo único do art. 69, acima reproduzido, base legal para a exigência fiscal.

Registre-se, ainda, que ao contrário do entendimento do douto relator, o ônus da prova cabe ao sujeito passivo e não ao Fisco. Se o autuado alega que os bens têm mais de um ano de uso no estabelecimento emitente das referidas notas fiscais, hipótese em que caberia a desoneração do ICMS e do recolhimento da diferença de alíquotas cabe a ele provar sua alegação. A regra processual citada pelo eminente relator em seu voto não ampara sua tese de que o ônus caberia ao Fisco, pois, expressamente determina que o fato alegado por uma das partes será considerado verídico, quando a outra não o contestar, se o contrário não resultar do conjunto das provas. Ora, são os próprios documentos fiscais em referência que amparam a exigência fiscal e constituem prova bastante da sua legitimidade, já que não trazem qualquer referência que os bens neles constantes tenham mais de um ano de uso no estabelecimento.

E não se diga que caberia a exigência da prova de que o bem tem mais de um ano de uso apenas ao vendedor, porquanto a legislação é clara ao imputar ao contribuinte adquirente de bem do ativo a responsabilidade pelo pagamento da diferença de alíquotas, por hipótese de incidência do ICMS expressa na própria Constituição Federal, apenas desonerando tal responsabilidade nas hipóteses regulamentares acima exaustivamente citadas, não aplicáveis ao caso ora em apreciação, como visto.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, modificando a Decisão recorrida para restabelecer a exigência fiscal descrita no item 5 da autuação quanto às Notas Fiscais nºs 553, 554 e 562, no valor respectivo de R\$8.650,00, R\$1.005,00 e R\$350,00, totalizando R\$10.005,00, devendo ser homologados os valores pagos, restando para este item o valor total de R\$14.419,61.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade da presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232854.0006/09-2**, lavrado contra **MARSCHALL INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.773,10**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.419,64 e 70% sobre R\$12.353,46, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no art. 42, XII, da citada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Sandra Urânia Silva Andrade, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Denise Mara Andrade Barbosa

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Alessandra Brandão Barbosa e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR VOTO VENCIDO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO VENCEDOR

CLAÚDIA MAGALHÃES GUERA – REPR. DA PGE/PROFIS