

**PROCESSO** - A. I. Nº 124157.0819/10-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - L. AMORIM LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5º JJF nº 0361-05/10  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 01/11/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0327-12/11

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É ilegal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas não são destinadas à comercialização. Mantida a Decisão recorrida. Recuso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em relação à Decisão prolatada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF Nº 0361-05/10 (fls. 62 a 65), que julgou Improcedente o presente Auto de Infração, lavrado em 08 de fevereiro de 2010, em virtude da constatação da seguinte irregularidade:

Falta de recolhimento do tributo por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federadas e adquiridas com fins de comercialização por contribuinte descredenciado, no valor de R\$64.738,08, além de imposição de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Informa, ainda o autuante, ter constatado a aquisição de mercadorias tributadas (empilhadeiras), constantes da Nota Fiscal Eletrônica nº. 1.837, por contribuinte descredenciado, sem o comprovante do pagamento do imposto devido na primeira repartição fiscal do Estado, conforme preceitua o RICMS/BA, Decreto nº. 6.284/97, caracterizando, assim, o ilícito fiscal.

A Decisão objeto da interposição do Recurso de Ofício, assim decidiu em relação à infração apurada:

*“O presente processo exige ICMS sob alegação de que o autuado não efetuou o recolhimento na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, acobertadas pela Nota Fiscal nº 1837, destinadas ao contribuinte autuado que se encontrava na situação de descredenciado no cadastro da SEFAZ, sendo lavrado Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 04 e 05 dos autos, como prova do ilícito.*

*O autuado, por ocasião de sua peça defensiva, alegou que o imposto não seria devido, considerando que sua atividade econômica, prestação de serviços de locação de equipamentos, não estaria sujeita à incidência do ICMS.*

*Na Informação Fiscal, fls.52/56, O autuante salienta que a autuação foi motivada pelo fato da empresa encontrar-se em situação de descredenciada perante o cadastrão de Contribuintes da SEFAZ. Tal fato, por si só, não se constitui em fato gerador do ICMS. Está “CREDENCIADO” perante a Administração Tributário do Estado, se trata de uma condição para que o sujeito passivo esteja apto a postergar o momento do recolhimento do imposto, para uma data futura fixada na legislação. Para o contribuinte que adquire mercadorias em operações interestaduais e se encontre na condição de “descredenciado” no cadastro da SEFAZ, deverá realizar o recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso. Entretanto, necessário se faz que ocorra o fato gerador da obrigação, que, no caso em lide, é o normatizado no art. 12-A da Lei 7.014/96, ou seja, que as mercadorias sejam adquiridas para comercialização.*

*Analizando os elementos que instruem o PAF, constato que o sujeito passivo encontra-se registrado no cadastro de contribuintes do ICMS do estado da Bahia como empresa prestadora de serviços, cujo código e descrição da*

*atividade econômica principal é CNAE 7719599, tendo como objeto social a prestação de serviços de locação de empilhadeiras, plataformas articuladas aéreas, caminhões guindastes, escavadeiras e manutenção de máquinas pesadas, estando inscrita na condição de contribuinte especial – não contribuinte do ICMS.*

*Constato que a nota fiscal número 1837 (fls.10/11) que embasou a ação fiscal registra que as mercadorias foram 06(seis) empilhadeiras da marca Still, adquiridas no estado do Rio de Janeiro. O autuante registra como enquadramento legal o art. 352-A, §3º, Incisos I e II do RICMS do estado da Bahia. Entretanto, é assente neste Conselho o entendimento de que a exigência do ICMS por antecipação parcial só pode ser efetivada se restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização, a exemplo do que restou decidido nos Acórdãos CJP, números 0013-11/10 e 0410-11/08, em semelhante acusação.”*

E prossegue:

*(...)*

*Logo, pela análise das operações mercantis objeto da autuação e dos diversos elementos que integram a regra-matriz do ICMS e da antecipação parcial, constato que as operações são de aquisição de bens de uso, em mercancia interestadual, na qual deve incidir a alíquota interna prevista no art. 155, VII, “b” da Constituição Federal, cujo imposto é devido ao Estado onde está situado o remetente das mercadorias, não ao Estado do destinatário.*

*Registre-se que, acaso tenha havido pagamento a menos do imposto em decorrência da aplicação da alíquota interestadual, a diferença apurada com relação à alíquota interna não é devida ao Estado da Bahia, mas sim ao Estado de origem, tendo em vista que a operação de saída se deu para estabelecimento não contribuinte do ICMS.*

*Como não há prova nos autos de que os produtos adquiridos pelo Autuado sejam mercadorias com objeto de revenda, e que a discriminação constante no documento fiscal acostado aos autos denota que são de fato equipamentos utilizados em sua atividade operacional destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, considero insubsistente o lançamento fiscal.*

*Diante das considerações acima registradas julgo improcedente a cobrança da antecipação parcial, visto que não há provas de que as mercadorias adquiridas destinavam-se à comercialização.*

*Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da autuação”.*

Nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício de sua Decisão.

## VOTO

Da análise do processo verifico, inicialmente, que a cobrança realizada foi relativa à antecipação parcial de ICMS, sendo que tal instituto encontra previsão legal no artigo 352-A do RICMS/BA, o qual determina que ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de **comercialização**, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (grifo do relator).

O recolhimento do imposto se encontra previsto no artigo 125 do mencionado diploma legal, especialmente o inciso II, alínea “f”, que dispõe que o recolhimento se dará antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, quando adquirida para fins de **comercialização**, relativamente à antecipação parcial do ICMS, podendo o recolhimento ser postergado para outro momento temporal, na forma prevista, e atendida as condições previstas no § 7º do multicitado RICMS/BA (grifo do relator).

Por tal diploma, verifica-se que são requisitos legais para a cobrança da antecipação parcial: a ocorrência de entrada de mercadoria em operação interestadual; que a mercadoria seja destinada a comercialização, e que o adquirente seja contribuinte inscrito no cadastro do Estado da Bahia, independente do regime de apuração adotado.

No caso em tela, através de documento extraído do sistema de cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fl. 9), constato que o recorrido encontrava-se, na data da autuação, inscrita

na condição de especial, tendo, como bem observou a Junta de Julgamento Fiscal em sua Decisão, como atividade econômica principal, a “*locação de outros meios de transporte não especificados anteriormente, sem condutor*”, código 7719599. Saliente-se que tal atividade não se submete à incidência do ICMS, e sim, do ISSQN.

Tal afirmativa é corroborada através da cópia do contrato social consolidado da Recorrida constante às fls.13 a 16, no qual consta na sua cláusula 3ª, que “*o objetivo social é a Locação de Empilhadeiras, Plataformas Articuladas Aéreas, Caminhões Guindautos, Escavadeiras e Manutenção de Máquinas Pesadas*”. Ressalte-se, mais uma vez, atividades sujeitas à incidência do ISSQN. Note-se que em momento algum do contrato mencionado, verifica-se qualquer atividade mercantil ligada à comercialização de mercadorias, apenas prestações de serviços não sujeitas ao ICMS.

Analizando o documento fiscal que acobertava a operação (fls. 10 e 11), a saber, a Nota Fiscal Eletrônica nº. 1837, verifico que o emitente da mesma localiza-se no Estado do Rio de Janeiro, caracterizando a operação como interestadual.

Resta apenas para caracterizar como legítima a cobrança realizada através do Auto de Infração, verificar a destinação comercial das mercadorias, no caso, empilhadeiras, o que, demanda apenas, a necessária e essencial prova material, vez que, no caso, caberia ao autuante trazer ao feito os elementos que dispusesse para suportar o lançamento, não podendo fazer a acusação embasado apenas e tão-somente em suspeição ou presunção, até por que, nestes casos, arcaria com o ônus da prova.

Dessa forma, não conseguindo trazer a prova ao processo, que demonstrasse de forma cabal, cristalina e incontroversa que as mercadorias destinavam-se à comercialização, hipótese na qual o entendimento de que caberia cobrança do imposto a título de antecipação parcial seria manso e pacífico, entendo que a Junta de Julgamento Fiscal, baseada nos elementos contidos no processo, especialmente a atividade econômica desenvolvida pelo Recorrido, sobre a qual não incide o ICMS, repita-se, bem como pela condição de contribuinte inscrito no regime “especial”, o que pressupõe que a sua atividade não se sujeita à realização de operações com sujeição do imposto estadual, agiu corretamente, e, portanto sua Decisão não merece qualquer reparo, ao contrário, deve ser mantida tal como proferida.

Por tais razões, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0819/10-0**, lavrado contra **L. AMORIM LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS