

A. I. Nº - 281508.0003/10-9
AUTUADO - PENHA PAPÉS E EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚO
ORIGEM - IFEP/NORTE
INTERNET - 31.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0046-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FRETE CIF. UTILIZAÇÃO INDEVIDA COMO DESTINATÁRIO. Infração reconhecida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS E DEVIDAMENTE ESCRITURADAS. Infração reconhecida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. Documentos juntados com a defesa são insuficientes para elidir a parte não reconhecida. Infração mantida. b) MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 21/06/10. Exige ICMS no valor de R\$248.841,99, referente às seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente, na condição de destinatário de mercadorias, crédito fiscal de ICMS no valor de R\$4.750,43, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente. Período: fevereiro a abril e outubro a dezembro 2007. Multa 60%;
2. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$29.988,39, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Período: fevereiro, abril e julho a novembro 2007. Multa 60%;
3. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$211.984,43, 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. Período: janeiro a dezembro 2007. Multa de 60%;
4. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 2.118,74, decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento. Período: janeiro, maio e outubro 2007. Multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada às fls. 120 a 127, depois de discorrer sobre as infrações, suscita preliminar de nulidade com base no art. 18, IV, “a” do RPAF, alegando que o auto de infração apontou dispositivo errado para amparar a base de cálculo e utilizou um dispositivo revogado para fazer a tabela de redução da multa, pois a redação atual é dada pelo art. 45 da Lei do ICMS nº 11.899/10, que transcreve, pelo que requer a declaração da nulidade do auto de infração por vício material.

No mérito, reconhece integralmente as infrações 01, 02 e 04 e impugna parte da infração 03, em face de nela estarem incluídas notas fiscais (que anexa) relativas a aquisições de bens para o

ativo imobilizado com mais de um ano de uso que, por isso, possuem redução de até 100% da base de cálculo como leciona o art. 83 do RICMS-BA, que transcreve.

Salienta que não existe bases de cálculo diferentes para entrada ou saída de ativo imobilizado, sendo o artigo transcrito aplicável ao caso.

Diz que tem direito a redução de 95% da base de cálculo, haja vista tratar de aquisição de ativo imobilizado, qual seja máquinas e aparelhos adquiridos com mais de um ano de uso, conforme planilha que confecciona e anexa.

Conclui contrapondo os débitos da infração 03. Entende que o valor do AI deveria ser R\$126.593,39, aduzindo que o valor final do AI seria de R\$191.350,83, a ser pago em 30 dias após a ciência com redução de 70%. Repete reconhecer como incontroversas as infrações 01, 02 e 04.

O autuante na informação fiscal (fls. 155/8). diz que não tem cabimento as alegações de nulidade, pois o próprio contribuinte, ao reconhecer a procedência das infrações 01, 02 e 04, admite que o AI não tem defeito formal, mas mesmo que não houvesse o expresse reconhecimento, as alegações não prosperariam, visto que não houve citação de dispositivo revogado como alega, uma vez que a Lei 11.890/2010, apenas modificou a redação do art. 45 da Lei 7.014/96, que continua em vigência.

Ademais, diz que ainda que houvesse citação de dispositivo diverso, não caberia nulidade, pois não houve qualquer prejuízo à defesa do contribuinte pelo que preceitua o art. 19 do REPAF, que transcreve.

Quanto ao mérito, diz que as alegações são infrutíferas. Primeiro, porque não consta das notas fiscais juntadas com a defesa, qualquer informação que indique tratar-se de mercadoria usada, exceto a citação ao parágrafo primeiro do art. 21 da LC 87/96, que tratava do estorno de crédito relativo ao ativo imobilizado, todavia, esse dispositivo foi revogado desde 2000, ao passo que as operações ocorreram em 2007.

Segundo, porque há que esclarecer que o art. 83, do RICMS-BA, apenas tem aplicabilidade no âmbito das operações de saídas internas, interestaduais ou de exportação, visto que o Estado da Bahia não tem o poder de regulamentar as operações em outros estados da Federação, e as operações objeto de questionamento são operações de entradas, ou seja, bens adquiridos para compor o ativo imobilizado, onde o diferencial de alíquota foi calculado à razão de 10% do valor da aquisição, por se tratar de operações oriundas do Sudeste, portanto, fora do campo de aplicação das regras do artigo citado.

Terceiro, porque não há em qualquer das notas fiscais de aquisição, menção ao fato de que as mercadorias sejam usadas, para que nas saídas subseqüentes observem a redução da base de cálculo.

Por outro lado, diz que o inciso VIII, do art. 6º do Dec. 6.284/97, expõe que a isenção prevista para a desincorporação de bem do ativo imobilizado só é aplicável quando se tratar de bem com mais de um ano de uso no estabelecimento. As operações listadas da defesa (fl. 126), exceto as três últimas, foram realizadas até o dia 30/09/07, data na qual a empresa não tinha sequer um ano de existência, vez que iniciou atividades em outubro de 2006, de modo que, por todo o exposto, a alegação de redução de base de cálculo não se aplica às operações em comento.

Conclui pedindo a procedência do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 161/163 demonstrativo de detalhamento de pagamento de parte da autuação.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS referente às seguintes infrações: 1. Utilizou indevidamente, na condição de destinatário de mercadorias, crédito fiscal de ICMS relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente; 2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não

tributáveis, regularmente escrituradas; 3. 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; 4. 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 a consumo do próprio estabelecimento.

De logo, ressalto que em face do exposto reconhecimento dos valores devidos nas infrações 01, 02 e 04, tais infrações se afastam da presente lide.

O impugnante suscitou preliminar de nulidade com base no art. 18, IV, “a” do RPAF, alegando que o auto de infração apontou dispositivo errado para amparar a base de cálculo e utilizou um dispositivo revogado para fazer a tabela de redução da multa, pois a redação atual é dada pelo art. 45 da Lei do ICMS nº 11.899/10.

Com base no disposto no art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF – afasto a preliminar suscitada, uma vez que, como já observara o autuante na Informação Fiscal, a Lei 11.890/2010, apenas modificou a redação do art. 45 da Lei 7.014/96, que continua em vigência, sem trazer qualquer prejuízo ao contribuinte. Ao contrário, a modificação do dispositivo legal apenas beneficiou o autuado, inclusive dela fazendo uso no processamento da parte que reconheceu como devida.

Quanto ao mérito, o contribuinte limitou-se a impugnar parte da infração 03, em relação às notas fiscais nº 520769, 521554, 529033, 524636, 529030, 524978, 524977, 524979, 530757, 6279, 539515 e 556059, que relacionou à fl. 139, alegando direito à redução de 95% da base de cálculo prevista no art. 83 do RICMS-BA, por referirem a aquisições de máquinas e aparelhos destinados ao ativo imobilizado com mais de um ano de uso.

Por seu turno, o autuante entende que a redução da base de cálculo não se aplica neste caso por várias razões: a) porque não consta das notas fiscais juntadas com a defesa, qualquer informação que indique tratar-se de mercadoria usada, exceto a citação ao parágrafo primeiro do art. 21 da LC 87/96, que tratava do estorno de crédito relativo ao ativo imobilizado, todavia, esse dispositivo foi revogado desde 2000, ao passo que as operações ocorreram em 2007; b) porque o art. 83, do RICMS-BA, apenas tem aplicabilidade no âmbito das operações de saídas internas, interestaduais ou de exportação; c) porque as operações objeto de questionamento são operações de entradas e; d) porque não há em qualquer das notas fiscais de aquisição, menção ao fato de que as mercadorias sejam usadas, para que nas saídas subseqüentes observem a redução da base de cálculo.

De fato, o direito em questão, na Bahia, é regulado pelo art. 83 do RICMS-BA, mas decorre do Convênio ICMS 15/81, que contempla todas as Unidades Federativas. Portanto, quando se tratar de operação decorrente da desincorporação de bens do ativo imobilizado com mais de um ano de uso, a base de cálculo tributável é reduzida. Portanto, se o caso em tela apenas do direito tratasse, caberia razão ao Impugnante. Entretanto, este não é o caso, pois os fatos impugnados requerem prova do direito pleiteado.

No caso em exame o Impugnante juntou como documentos de prova básica do direito que alega, cópias das notas fiscais de fls. 140 a 152, que relaciona no demonstrativo de fl.139, emitidas pela Fábrica de Papel e Papelão Nossa Senhora da Penha S.A., exceto a nota fiscal 006729 emitida por Expo Grav. Estas empresas estão localizadas em São Paulo. Disse que as notas fiscais referem-se a aquisição de bens com mais de um ano de uso, desincorporados do ativo imobilizado das empresas emitentes e, por isso, na infração 03, improcederia a exigência fiscal no valor de R\$122.248,60.

Analisando os documentos de prova carreados aos autos pelo Impugnante, observo o seguinte: a) que a autuada possui o mesmo logotipo da Fábrica de Papel e Papelão Nossa Senhora da Penha S.A.; b) que a Fábrica de Papel e Papelão Nossa Senhora da Penha S.A. é a sócia majoritária da

autuada, conforme documento de fls. 131 e 132; e, c) que nas notas fiscais não constam destaque de ICMS, o que indica que não foram tributadas na origem.

Considerando que a decisão dessa controvérsia passa pela apreciação acerca da suficiência ou não das provas apresentadas pelo Impugnante para assegurar o direito arguido em tese, necessário se faz uma breve reflexão sobre a matéria de prova, em especial, no direito tributário.

Apesar da possibilidade de revisão oficiosa do lançamento pela Administração, na alçada do autocontrole do ato administrativo tributário é atribuído ao contribuinte o ônus da iniciativa processual no caso de pretender a anulação de ato que lesa seus direitos.

O contraditório propicia ao sujeito passivo a ciência de dados, fatos, argumentos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu turno, outros dados, fatos, argumentos, documentos, em contraposição, no sentido de elidir a exigência fiscal. Assim, à garantia do contraditório para si próprio corresponde o ônus do contraditório e atrai o ônus probatório. As alegações de defesa que não estiverem acompanhadas da produção das competentes e eficazes provas desfiguram-se e obliteram o arrazoadado defensivo e substanciam a acusação fiscal.

A pretensão do Fisco em um lançamento tributário de ofício fundamenta-se no fato imponible, cujos elementos configuradores supõem-se presentes e comprovados, confirmando a subsunção da matéria fática ao tipo legal. São eles: i) a realização do fato imponible; ii) a quantia referente à dimensão econômica adotada como base de cálculo; e iii) os elementos ou circunstâncias determinantes da atribuição do fato imponible ao sujeito passivo. Diante da impugnação sobre a certeza de um desses elementos, cabe ao sujeito passivo provar: a) fatos impeditivos do nascimento da obrigação tributária ou de sua extinção; e b) requisitos constitutivos de uma isenção ou benefício tributário que exclua o crédito tributário da Fazenda Pública.

A parte que não produz prova convincente do fato ou direito alegado sujeita-se às consequências da sucumbência, porque não basta alegar, isto porque, especialmente no direito tributário, prevalecem as regras do ônus objetivo da prova, que – excetuados os casos em que a lei dispuser diferentemente – à parte em favor de quem a norma aproveita cabe o dever de provar o alegado. Alberto Xavier é claro nesse sentido: “Compete indiscutivelmente ao autor a prova dos fatos constitutivos do direito alegado, isto é, do direito à anulação, e, portanto, a prova dos fatos que se traduzem em vícios do lançamento impugnado”. (Alberto Xavier, *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*, 2ª ed., p. 337).

O entendimento acima exposto tem amparo legal. Está manifestado no art. 333 do Código de Processo Civil: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;”

Ora, as notas fiscais de aquisição dos bens são insuficientes para provar de modo inconteste o direito alegado, como pretende o Impugnante. Não provam que as mercadorias que acobertam se referem a bens desincorporados do ativo imobilizado das empresas vendedoras e que, em sendo bens desincorporados do ativo imobilizado, nelas foram usados por mais de um ano. Não provam, nem mesmo se, de fato, tratam de bens antes integrados aos ativos imobilizados daquelas empresas. Para o alcance da pretensão defensiva, por exemplo, seriam suficientes as notas fiscais da aquisição das mercadorias pelas empresas que as venderam à autuada, acompanhadas de outros elementos que documentassem a contabilização dos bens no ativo imobilizado daquela empresa.

Portanto, tratando-se de uma infração objetiva, tenho que, com os elementos de prova que carrega aos autos, o contribuinte não conseguiu descaracterizá-la, demonstrando a existência de fato impeditivo ou modificativo do crédito fiscal em constituição.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **281508.0003/10-9**, lavrado contra **PENHA PAPEIS E EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$248.841,99**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, VII, “a”, II, “a”, e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2011.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR