

A. I. - 115969.0059/05-3  
AUTUADO - JOSÉ LUÍS RODRIGUEZ PARADA  
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 04.10.2006

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0264-01/06**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo), que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar o seu pagamento quando da sua entrada no território deste Estado. Infração não caracterizada. Restou comprovado através de diligência por estranho ao feito que as mercadorias objeto da autuação não são destinadas a uso em veículos automotores, mas, sim, em equipamentos e máquinas industriais. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/08/2005, exige ICMS no valor de R\$5.842,36, acrescido da multa de 50%, atribui ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente do recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril a outubro de 2001, janeiro a dezembro de 2002, abril a dezembro de 2003, dezembro de 2004, janeiro e março, julho, setembro a dezembro de 2005.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.111/125), argüindo preliminarmente a nulidade do auto de infração por falta de amparo legal para sua lavratura, alegando que as mercadorias adquiridas não se enquadram no regime de substituição tributária, citando e transcrevendo o artigo 391-A do RICMS/97, reportando-se, ainda, ao artigo 353, inciso II, item 30, do mesmo regulamento, afirmado que tem como ramo de atividade a venda de componentes industriais. Argui, também, a nulidade por existência de erro de tipificação, por incorreto enquadramento do fato descrito com a norma dita infringida, invocando os Princípios da Legalidade e Tipicidade cerrada, sustentando que, se o fato descrito pelo autuante não se coaduna com o tipo legal tributário descrito no Auto de Infração, inexiste o fenômeno da configuração do fato à hipótese legal, tecnicamente conhecido como subsunção. Reporta-se, ainda, à ausência de provas materiais anexadas ao PAF, com a entrega dos demonstrativos específicos de apuração de cada operação que comprovem a obrigatoriedade da substituição tributária, citando e transcrevendo o artigo 18, IV, "a", do RPAF/99, para fundamentar a sua argüição de nulidade. Diz, também, inexistir prova da ocorrência do fato gerador do imposto, baseada na presunção de omissão de saídas conforme previsto no artigo 2º § 3º do RICMS/97, que transcreve. Invoca, ainda, o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, para afirmar que não cabe o pagamento da substituição tributária, considerando que o ICMS pago pelo faturamento total da empresa, inclui as mercadorias que estão sob o regime

de substituição tributária. Afirma existir erro na determinação da base de cálculo, tendo em vista que a autuante desconsiderou o crédito de 8% concedido às empresas Simbahia, pedindo a realização de diligência para verificação do levantamento que realizou.

Prosseguindo, assevera que a multa imposta assume o contorno de confisco, dizendo ser inconstitucional o artigo 42, inciso, alínea “b”, da Lei 7.014/96, apesar de admitir que este argumento não pode ser apreciado pelo CONSEF, por faltar-lhe competência. No entanto, pede que esta Junta de Julgamento Fiscal, aplique o princípio da razoabilidade e da equidade, para dispensar ou reduzir a multa conforme previsto no § 8º do artigo 42, da Lei 7.014/96.

Conclui, requerendo que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, e se ultrapassada, que seja declarada a improcedência da autuação, considerando os motivos já expostos, protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

Na informação fiscal apresentada (fls.156/157), a autuante esclarece que a autuação foi baseada na falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária referente a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, conforme cópias das notas fiscais anexadas ao processo (fls.18/84 e 107). Diz, ainda, que por equívoco a autuação foi enquadrada na infração 07.03.02, que ora corrige para 07.01.01. “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 e relacionadas no anexo 88”, nos exercícios de 2001 e 2005, conforme novo demonstrativo de débito, ficando o valor total do ICMS exigido de R\$5.228,23.

Acrescenta que os produtos discriminados nas Notas Fiscais de entradas às fls. 18 a 84 e 107, estão relacionados no artigo 353, II, 30, do RICMS/97, como sujeitos a substituição tributária, não procedendo a alegação do autuado. Discorda, ainda, dos argumentos defensivos quanto à ausência de prova do fato gerador, afirmando que o elemento essencial para comprovação é a entrada de mercadoria oriunda de outros Estados, através de notas fiscais de entradas, enquadradas no art. 353, II, do RICMS/97. Reportando-se ao crédito de 8% suscitado pelo autuado, assevera que este não existe, considerando que a sua admissibilidade somente ocorre quando é efetuado Levantamento Quantitativo ou Caixa. No que diz respeito ao tratamento diferenciado dispensado as microempresas e empresas de pequeno porte, diz não lhe competir fazer comentários.

Conclui, afirmando que após a retificação da Infração e da Base de Cálculo, conforme novo demonstrativo de débito que anexa, a autuação fica mantida.

Intimado o contribuinte sobre a informação fiscal, este se manifesta às fls.168/176, suscitando a intempestividade da informação prestada pela autuante. Reportando-se ao novo enquadramento efetuado pela autuante, sustenta que este evidencia a incerteza do enquadramento da infração, confirmando as alegações defensivas do enquadramento indevido. Alega que já havia recolhido o ICMS devido por antecipação parcial, o que afasta a imputação de não pagamento integral do tributo. Reitera os argumentos defensivos de que não vendia peças automotivas, mas, componentes industriais, inexistindo provas de vendas de peças que comprovem a obrigatoriedade da substituição tributária.

Finaliza, reiterando as razões de defesa, pedindo a nulidade do Auto de Infração, bem como pela intempestividade das informações prestadas pela autuante.

Reportando-se à manifestação do contribuinte, diz a autuante (fls. 200/201) que não procede a alegação de que no valor de 2004, foi feita a Antecipação Parcial, pois no cálculo do novo valor de R\$5.528,23 (fls.158/162) não foram incluídas as notas fiscais que foram pagas como Antecipação Parcial, conforme DAE's às fls. 178/188. Quanto à intempestividade alegada pelo contribuinte,

afirma que esta não ocorreu, considerando que o prazo foi interrompido por motivo de férias e que mesmo se não fosse esse o motivo seria aplicável o artigo 128 e 129 do RPAF/99. Conclui, mantendo a autuação, com a retificação realizada.

Esta 1ª JJF, considerando as alegações defensivas converteu o processo em diligência (fls. 200/204), a fim de que a Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF –, verificasse se as demais notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado têm como destinatários estabelecimentos que a exemplo das notas fiscais anexadas às fls. 189/194, podem utilizar as peças vendidas em equipamentos e máquinas industriais e não como peças automotivas, conforme sustenta o autuado.

Através do Parecer nº 0070/2006 (fls. 207/209), o ilustre diligente da ASTEC/CONSEF, após tecer diversos comentários sobre a alteração do objeto social da empresa e procedimentos por esta adotados, concluiu que a análise das notas fiscais indica que os destinatários podem utilizar as peças vendidas pelo autuado em equipamentos e máquinas industriais e não como peças automotivas.

Manifestando-se sobre o Parecer da ASTEC/CONSEF (fls. 294/298), o autuado ratifica o seu entendimento e pede a nulidade do Auto de Infração.

A autuante à fl.300, acusa a ciência do Parecer da ASTEC e da manifestação do autuado, porém, silencia.

## VOTO

Inicialmente, verifico que na peça impugnatória ao lançamento de ofício, o autuado argüi preliminarmente a nulidade do auto de infração por falta de amparo legal para sua lavratura, alegando que as mercadorias adquiridas não se enquadram no regime de substituição tributária. Entendo que a argüição do contribuinte não pode ser acolhida, tendo em vista que a análise sobre se a mercadoria está ou não sob o regime de substituição tributária constitui matéria de mérito da autuação, cabendo identificar se o fato se coaduna com a hipótese prevista nos artigos 391-A e 353, inciso II, item 30, do RICMS/97. Rejeito, assim, a nulidade pretendida. Argüi, ainda, a nulidade do Auto de Infração por existência de erro de tipificação e incorreto enquadramento do fato descrito com a norma dita infringida, invocando os Princípios da Legalidade e Tipicidade cerrada. Também, quanto a esta argüição, entendo que não pode prosperar, considerando que tanto a tipificação quanto o enquadramento do fato a norma estão corretos, inclusive, com a retificação efetuada pelo autuante. Efetivamente, não identifiquei qualquer ofensa aos Princípios da Legalidade e Tipicidade cerrada. Rejeito, portanto, a nulidade argüida. Outra nulidade argüida pelo autuado, diz respeito à ausência de provas materiais anexadas ao PAF, o que de logo rejeito, pois, verifico que as notas fiscais de entradas relativas à exigência fiscal foram anexadas ao PAF e são de conhecimento do autuado, inexistindo infringência ao artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99. Quanto a inexistência de prova da ocorrência do fato gerador do imposto, baseada na presunção de omissão de saídas conforme previsto no artigo 2º. § 3º do RICMS/97, efetivamente, o Auto de Infração não trata da presunção reportada pelo autuado, motivo pelo qual a sua argüição não procede. No que diz respeito ao tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, que segundo alega o autuado, dispensaria o pagamento da substituição tributária, considerando que o ICMS pago pelo faturamento total da empresa, inclui as mercadorias que estão sob o regime de substituição tributária, evidentemente incorre em equívoco o autuado, pois, a teor do artigo Art. 399-A, inciso I, alínea “b”, do RICMS/97, não se aplicam os critérios de apuração do ICMS pelo regime do Simbahia, nas operações e prestações sujeitas a antecipação ou substituição tributária.. Quanto ao pretendido crédito de 8%, este não é aplicável à espécie, considerando o que dispõe o artigo 408-S, §1º, do RICMS/97.

Adentrando no mérito da autuação, vale transcrever de início o artigo 353, inciso II, itens 30, 30.1, do RICMS/97, que estabelece:

*“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*30 - peças e acessórios incluídos nas posições da NCM a seguir especificadas, para uso em veículos automotores (Lei nº 7014/96):*

*30.1 - tubos e seus acessórios (por exemplo: juntas, cotovelos, flanges, uniões) de plástico – NCM 3917;”.*

Conforme se observa da leitura do dispositivo regulamentar acima transscrito, o item 30 dispõe claramente sobre peças e acessórios incluídos nas posições da NCM que especifica, para uso em veículos automotores, significando dizer, que se essas peças não forem para uso em veículos automotores, estarão fora do regime de substituição tributária, descabendo a exigência de antecipação do ICMS, quando a aquisição ocorrer noutra unidade da Federação. O item 30.1, também acima transscrito, serve para exemplificar o que está sendo afirmado, o seja, apesar de se referir a tubos e seus acessórios (juntas, cotovelos, flanges, uniões de plástico – NCM 3917), sendo tais mercadorias destinadas v.g. à construção civil, certamente não haverá a exigência da antecipação tributária, por não se caracterizar em peças e acessórios para uso em veículos automotores.

Diante disso, para deslinde do presente Auto de Infração, torna-se indispensável identificar a atividade exercida pelo contribuinte e a destinação dada às peças vendidas, para determinar a obrigatoriedade ou não, de antecipação tributária do ICMS, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, quando não existe convênio ou protocolo, que preveja a retenção do imposto pelo remetente - caso de peças e acessórios, para uso em veículos automotores.

No intuito de preservar o Princípio da verdade material, esta 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal - JJF, solicitou em diligência à Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda - ASTEC/CONSEF, que considerando as alegações defensivas de que não vendia peças automotivas, mas, componentes industriais, verificasse se as demais notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado teriam como destinatários estabelecimentos que a exemplo das notas fiscais anexadas pelo autuado ao PAF, utilizam as peças vendidas em equipamentos e máquinas industriais e não como peças automotivas. No elucidativo Parecer nº 0070/2006, o ilustre diligente da ASTEC/CONSEF, esclareceu que: *“Analisamos as notas fiscais de saídas de nºs 0001 a 0800 das quais efetuamos algumas cópias para amostragem (anexas), e nelas não encontramos a comercialização de qualquer mercadoria que seja de aplicação específica ou exclusiva em veículos automotivos a exemplo de Para-Choque, Farol ou similar, tendo sido todas emitidas à semelhança das notas fiscais anexadas às folhas 189/194 do PAF”.*

Concluiu o diligente, que a análise das notas fiscais indica que os destinatários utilizam as peças vendidas pelo autuado em equipamentos e máquinas industriais e não como peças automotivas.

Diante do resultado da diligência acima reportada, entendo que não pode ser imposta ao autuado a obrigação de antecipação do ICMS, considerando que, apesar de comercializar mercadorias que têm o mesmo código da NCM especificados no artigo 353, inciso II, item 30, do RICMS/97, estas não são destinadas a uso em veículos automotores, mas, sim, em equipamentos e máquinas industriais.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por

unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115969.0059/05-3**, lavrado contra **JOSE LUIS RODRIGUEZ PARADA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR