

**A. I. N°** - 206984.0008/08-0  
**AUTUADA** - TUDORBAT DISTRIBUIDOR DE BATERIAS E COMPONENTES LTDA.  
**AUTUANTE** - HUMBERTO LIMA DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 16.10.09

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF N° 0350-04/09

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) MICROEMPRESA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. b) SIMPLES NACIONAL. PAGAMENTO A MENOS. O autuado é responsável pela antecipação do pagamento, relativamente ao imposto correspondente à operação subsequente, tratando-se de baterias automotivas (art. 353, II, item 30.8), NCM 8507, produto enquadrado no regime de substituição tributária procedente de outra unidade da federação, nos termos dos artigos 371 e 391-A, RICMS/BA. Infrações subsistentes. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. DECLARAÇÃO DO MOVIMENTO ECONÔMICO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – DME. OMISSÃO DE COMPRAS DE MERCADORIAS EM OUTROS ESTADOS. Infrações não impugnadas. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. Constatado através do exame do registro 54 do SINTEGRA e do livro Registro de Saída que o recolhimento do ICMS das mercadorias objeto desta infração dar-se-á através do sistema normal de apuração. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2008, exige ICMS no valor de R\$ 281.387,34 com multas de 50% e 60%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 2.866,68, em razão das irregularidades abaixo descritas:

01 Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado; consta ainda que na apuração do débito foram consideradas as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e notas fiscais dos sistemas CFAMT e SINTEGRA. Período fev 04 / abr 05. ICMS R\$ 22.410,14, multa 50%;

02. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89; consta ainda que no período de 01.05.05 a 30.06.07 a empresa operou na condição de contribuinte normal e a partir de 01.07.07 como EPP do SIMPLES NACIONAL; consta também que na apuração do débito foram consideradas as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e notas fiscais dos sistemas CFAMT e SINTEGRA. Período maio 04 / nov 07. ICMS R\$ 248.055,47, multa 60%;

03. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo

do próprio estabelecimento. Consta ainda que se refere à aquisição de veículo novo Mercedes - Benz, modelo caminhão 915C/37, nota fiscal 143027, de 05.10.06. ICMS: R\$ 4.644,35, multa 60%;

04. Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de MicroEmpresa e Empresa de Pequeno Porte). Multa de R\$ 2.866,68.

05. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis com não tributáveis, regularmente inscritas. Consta ainda que já na condição de contribuinte do cadastro normal deu saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis, apurada com base nas informações contidas nos livros fiscais e registro 54 dos arquivos magnéticos enviados a SEFAZ pelo contribuinte. ICMS: R\$ 6.277,38, multa 60%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 822 a 828), através de seu representante legal, arguindo que com relação às infrações 03 e 04 não faz contestação, já tendo, inclusive, adotado as providências para seu pagamento parcelado.

No que se refere às notas fiscais vindas de Minas Gerais diz que se trata de remessa de baterias com defeitos, dentro do prazo de garantia, repostas para atender ao comprador, não caracteriza uma operação comercial e não pode incidir nova tributação, como deseja o autuante. Diz que os valores de ida e retorno são correspondentes e que o fornecedor destaca imposto nas notas de reposição é por questão de controle fiscal do Estado de origem sem crédito fiscal no autuado, exceto nas operações de compra pra recolhimento antecipado do imposto por tratar de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária que encerra a fase de tributação.

Destaca que o autuante não diferenciou as operações que deram suporte às infrações 01 e 02, cabendo distingui-las. Explica que o ICMS antecipado relativo às notas fiscais com CFOP 6101 e 6102 foi calculado na forma de lei e recolhido no prazo regulamentar. Em relação às notas que não houve antecipação, diz, reconheceu a autuação e providenciou o parcelamento do débito, através de processo protocolado em 29.01.09.

Afirma que relativamente às operações com CFOP 6949 e 6916 entende não proceder a exigência sobre retorno de mercadorias remetidas para conserto ou substituição uma vez que o ICMS já fora antecipado quando da entrada das mercadorias, estando encerrada a fase de tributação.

Aduz que devoluções de mercadorias com defeitos acontecem com frequência, conforme atesta a quantidade de notas fiscais e que o próprio RICMS, art. 368, prevê o ressarcimento do imposto retido ou antecipado, nos casos de desfazimento do negócio, justamente para que não haja prejuízo para o contribuinte, que já recolheu antecipadamente. Diz que não cogitou do ressarcimento porque não se trata de devolução de mercadoria ou de desfazimento do negócio, mas de reposição de mercadoria com defeito.

Com relação à infração 05 argumenta que, de fato, as mercadorias citadas (água destilada e solução para bateria) são tributadas. Porém, sustenta que o ICMS foi antecipado quando da entrada destas no estabelecimento, desonerando-as nas operações seguintes; ao examinar o registro 54 do SINTEGRA e livro Registro de Saída constatou que as saídas de tais mercadorias estavam lançadas na coluna “outras” não atentando o fiscal que aquela exigência fora cumprida.

Finaliza requerendo procedência parcial das infrações 01 e 02; homologação das infrações 03 e 04 e improcedência da infração 05.

O autuante apresenta informação fiscal (fls. 1256 a 1257), contrapondo as argumentações do autuado com relação às infrações 01 e 02, ao aduzir, o contribuinte, que não contesta as compras feitas no Estado São Paulo e que as notas fiscais procedentes de Minas Gerais se tratam de remessas com defeito, no prazo de garantia, não se caracterizando uma operação comercial, está se referindo apenas a uma parcela dessas notas, uma vez que a maioria é operação de compras com CFOP 6101 e 6102.

Esclarece que as baterias para veículos existentes no mercado são fabricadas sob um processo de blindagem não permitindo consertos ou reparos. À bateria vendida e que apresenta algum

defeito, dentro do prazo de garantia, é entregue uma nova ao cliente. O produto avariado é devolvido ao fabricante que faz a reposição por outro novo. Sendo produto novo em reposição, conclui, é devida a antecipação tributária na sua entrada no Estado da Bahia, o que não foi feito.

Informa ainda que as baterias avariadas recebidas dos clientes e devolvidas aos fabricantes, na hipótese do imposto já ter sido recolhido por antecipação pelo próprio contribuinte deverá ser feito pedido de restituição, nos termos do art. 368, parágrafo 2º, RICMS BA.

A infração corresponde às saídas de água destilada e solução para baterias, assevera o autuante, foi reconhecida pelo autuado como mercadorias tributáveis, garantindo, porém, que o ICMS das operações subsequentes foi antecipado na entrada. Sustenta, porém, o autuante, que as referidas mercadorias não são enquadradas no regime de substituição tributária e, assim sendo, sua tributação deveria ocorrer no momento das respectivas saídas e não no momento da entrada. Os valores desses recolhimentos foram considerados com dedução dos valores apurados conforme planilha constante às fls. 12 a 28. Conclui o autuante que não existe bi-tributação.

Finaliza, solicitando que o auto de infração seja julgado procedente.

A secretaria do CONSEF anexa os comprovantes de pagamento das parcelas reconhecidas, fls. 1258/1262, extraídos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária.

### **VOTO**

Cuida o presente auto de questionar a exigibilidade de ICMS decorrente de 05 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações a seguir, exceto para as infrações 03 e 04 que não foram contestadas pelo impugnante, apresentado o comprovante de seus respectivos pagamentos (fls. 1258/1262), não existindo lide e fora da apreciação do relator.

Na infração 01 é imputada ao autuado recolhimento a menos de ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de Empresa de Pequeno Porte, referente às mercadorias adquiridas de outro Estado, cuja apuração de débito, além das notas apresentadas pelo autuado constam notas fiscais capturadas nos sistemas CFAMT e SINTEGRA.

Alega o sujeito passivo em suas razões que as notas fiscais vindas de Minas Gerais são remessas de baterias com defeitos, dentro do prazo de garantia, repostas para atender ao comprador, não caracteriza operação comercial e não pode incidir nova tributação; diz que reconheceu e solicitou o parcelamento das entradas com CFOP 6101 e 6102 e que em relação às operações com CFOP 6949 e 6916 entende não proceder à exigência porque se trata de retorno de mercadorias remetidas para conserto ou substituição, cujo ICMS já fora antecipado quando da entrada das mercadorias; defende ainda que o art. 368 prevê o ressarcimento do imposto antecipado, no desfazimento do negócio e não no caso de reposição de mercadoria com defeito.

Examinando as peças que compõem o presente processo, verifico que o autuante elaborou um demonstrativo de fls. 12 a 28 relacionando entradas diversas de baterias automotivas oriundas dos Estados de Minas Gerais e de São Paulo. Discriminou, nessa primeira infração, os ingressos no estabelecimento autuado com CFOP 6.949 – Outras saídas não especificadas, que se refere à reposição do produto avariado, no período de garantia, enviado anteriormente para a fábrica. À guisa de exemplo, destacamos a nota fiscal 57496 (fl. 40), nota fiscal 57761 (fl. 43) e nota fiscal 61224 (fl. 111).

A infração 02 reporta-se à mesma exigência divergindo apenas da infração anterior que, no momento de sua ocorrência, o contribuinte passou para a condição de normal, em 01.05.2005 e para empresa de pequeno porte do SIMPLES NACIONAL, nos termos da LC 123/06, mas sem alteração na forma de apuração e na exigência do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e inclusão no demonstrativo fiscal das entradas com CFOP 6916 – retorno e mercadoria ou bem recebido para conserto ou reparo.

Constato que o autuado é responsável pela antecipação do pagamento, relativamente ao imposto correspondente à operação subsequente, tratando-se de baterias automotivas (art. 353, II, item

30.8), NCM 8507, produto enquadrado no regime de substituição tributária procedente de outra unidade da federação, nos termos dos artigos 371 e 391-A, RICMS/BA.

Ocorre que a legislação do ICMS do Estado da Bahia recepcionou os Convênios ICMS 129/06 e 27/07, que tratam da substituição de peças em virtude da garantia por concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada, dispondo em seus arts. 516 a 520, RICMS/BA; estabelecendo regras para a entrada da peça defeituosa a ser substituída; para as remessas dessas peças aos fabricantes e para a saída da peça nova em substituição à defeituosa, com destaque do imposto, quando devido, cuja base de cálculo será o preço cobrado do fabricante pela peça e a alíquota será a aplicável às operações internas (art. 520, RICMS/BA).

Da análise de tais dispositivos, resta evidente que o fornecimento de peça em garantia é uma operação tributada. Cada remessa de baterias de fornecedor situado nos Estados de Minas Gerais ou São Paulo corresponderá uma nova operação interestadual, nos termos do art. 371, RICMS/BA, portanto, não há que se falar em restituição ou ressarcimento do valor do imposto pago a título de antecipação total. Nesses termos, as saídas subseqüentes, cujo pagamento foi feito antecipadamente, ficarão desoneradas.

Provam a correção desse posicionamento as notas fiscais emitidas para o autuado com destaque do ICMS, mesmo quando em reposição a um produto avariado. Não tendo o contribuinte apresentado contestação aos valores apurados no demonstrativo de fls. 12/28, que determinaram a base de cálculo das infrações 01 e 02, acato a exigência do imposto de R\$ 22.410,14 para a infração 01 e R\$ 248.055,47 para a infração 02.

Na infração 05, a exigência decorre das saídas de água destilada e solução para baterias sem tributação. O próprio contribuinte admite que procedeu à saídas das citadas mercadorias sem tributação, sob o argumento que o ICMS foi pago antecipadamente quando da entrada das mercadorias no estabelecimento.

O autuante elabora demonstrativo das saídas de solução e água destiladas, fls. 631/650, examinando a partir de registro 54 do SINTEGRA e livro Registro de Saída, constatando que tais mercadorias estavam lançadas na coluna outras e, de fato, sem a devida tributação. Constatado, outrossim, que tais produtos não estão submetidos ao regime de substituição tributária, e o recolhimento do ICMS dar-se-á através do sistema normal de apuração.

Posto isso, resta caracterizada a infração nº 05, no valor de R\$ 6.277,38.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA deste Auto de Infração devendo ser homologado os valores já recolhidos.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206984.0008/08-0**, lavrado contra **TUDORBAT DISTRIBUIDOR DE BATERIAS E COMPONENTES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 281.387,34**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 22.410,14 e de 60% sobre R\$ 258.977,20, previstas no art. 42, incisos I, alínea "b", item 1, II, alínea "a" "d" e "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.866,68**, prevista no art. 42, inciso XII-A da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR