

A. I. Nº - 298629.0036/09-2  
AUTUADO - STOCK TOOLS COMÉRCIO DE SERVIÇOS LTDA.  
AUTUANTE - IARA ANTONIA DE OLIVEIRA ROSA  
ORIGEM - INFAC ATACADO  
INTERNET - 19.10.2010

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0286-01/10**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Faltam nos autos elementos capazes de configurar as infrações imputadas ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, ficou demonstrada, após diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2009, exige ICMS no valor de R\$ 40.906,32, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro e fevereiro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.099,09, acrescido da multa de 60%;
2. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de março a dezembro de 2006, janeiro a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 27.373,68, acrescido da multa de 50%;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de abril e maio de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.537,13, acrescido da multa de 50%;
4. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, adquiridas com fins de comercialização, nos meses de julho a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.896,42, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresentou defesa à fl. 289, afirmando que recolheu devidamente as antecipações parciais e diferença de alíquotas das notas fiscais detalhadas no relatório que anexa, conforme comprovante de pagamentos relativos aos meses de janeiro de 2006 a

Sustenta, também, que as mercadorias foram adquiridas para uso/consumo e ativo imobilizado do estabelecimento, não sendo devido o pagamento da diferença de alíquotas, conforme o art. 7º, inciso IV, do RICMS/BA.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 479/480, na qual contesta o argumento defensivo, afirmando que é cabível a exigência da antecipação parcial, haja vista que o autuado exerce atividade mista, prestando serviço e venda de mercadorias incluídas no campo de incidência do ICMS, conforme o art. 352-A do RICMS/BA, com aplicação da alíquota interna prevista no art. 61 do mesmo Diploma regulamentar.

Rechaça o argumento defensivo referente aos pagamentos realizados, esclarecendo que o levantamento já contempla as notas fiscais e os pagamentos apresentados pelo impugnante.

Assevera que o impugnante não anexou aos autos qualquer documento comprobatório de sua alegação de se tratar de mercadorias adquiridas para uso/consumo, além do que, a autuação foi baseada no art. 352-A § 3º, inciso II, do RICMS/BA, pela falta de recolhimento e o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente à mercadorias adquiridas de outros Estados com aplicação de alíquota interestadual.

Conclui mantendo a autuação.

A 1ª JJF, considerando a necessidade de esclarecimentos sobre as atividades exercidas pelo autuado, e, consequentemente, a destinação dada às mercadorias adquiridas, converteu o processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF(fls. 484/485), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para verificar a real destinação dada às mercadorias objeto da autuação, haja vista que a acusação fiscal se fundamenta no inciso II do § 3º do art. 352-A do RICMS/BA, exigindo o imposto relativo à antecipação parcial, em virtude de as aquisições interestaduais das mercadorias terem ocorrido com a aplicação da alíquota interestadual. Foi também solicitado que, caso restasse comprovado que o autuado exerce atividades sujeitas ao ICMS e ao ISS, o diligente revisasse o lançamento em todas as quatro infrações, mantendo na exigência fiscal, exclusivamente, os valores do imposto apontados na autuação, relativo às mercadorias adquiridas fora do Estado destinadas à comercialização, cujos pagamentos não tivessem sido efetuados pelo autuado, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos.

Através do Parecer ASTEC Nº104/2010(fls.488 a 490), o diligente esclareceu, conclusivamente, que não há dúvida de que se trata de contribuinte sujeito à incidência do ICMS e do ISS, pelas provas apresentadas, inclusive comprovantes de recolhimento de ambos os impostos. Acrescentou que, se trata o autuado de prestador de serviços de assistência técnica da BOSCH, haja vista que a quase totalidade de notas fiscais do processo são oriundas desse fabricante de equipamentos elétricos.

Esclareceu, ainda, que pela análise das notas fiscais é impossível realizar o levantamento no âmbito de uma diligência fiscal, tendo em vista que as mercadorias descritas nas notas fiscais não permitem tomndo-se apenas a descrição, identificar se foram destinadas a consumo/uso ou imobilizado ou se foram comercializadas, uma vez que uma peça tanto pode ser destinada à comercialização, como à substituição de peça defeituosa ou gasta em uma de suas próprias ferramentas utilizadas na prestação de serviço ou em ferramentas alugadas a terceiros.

Observa que o próprio contribuinte admite que as compras em muitos casos são feitas englobando mercadorias destinadas à revenda e mercadorias destinadas a consumo ou imobilizado.

Consigna, ainda, que o autuante desconsiderou totalmente o fato de que muitas aquisições se destinam ao uso/consumo ou imobilizado e exigiu integralmente o ICMS sobre todas as notas fiscais do período, cobrando recolhimento a menos ou falta de recolhimento do ICMS.

Finaliza afirmando que não cabe no âmbito de uma diligência, mas onde se pode verificar pelos laudos técnicos dos equipamentos a n

peças de reposição e se o quantitativo gasto é compatível com a quantidade adquirida para uso/consumo.

Intimado o contribuinte para conhecimento do resultado da diligência (fls. 574/575), este acusa o recebimento, contudo, não se manifesta.

O autuante acusou a ciência do Parecer ASTEC/CONSEF Nº 104/2010, não contestando o resultado apresentado.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 04 (quatro) infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, todas referentes à exigência de ICMS relativo à antecipação parcial.

De início, cabe-me observar que a antecipação parcial do ICMS encontra-se prevista no art. 352-A do RICMS/BA, incidindo, exclusivamente, nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Ou seja, não é devida a antecipação parcial em se tratando de bens de uso, bens do ativo imobilizado, matérias-primas e insumos destinados a emprego na industrialização ou na prestação de serviços.

Em decorrência disto, a 1ª JJF, considerando a alegação defensiva de que as mercadorias foram adquiridas para uso/consumo e ativo imobilizado do estabelecimento, assim como, a contestação da autuante de que é cabível a exigência da antecipação parcial, haja vista que o autuado exerce atividade mista, prestando serviço e venda de mercadorias incluídas no campo de incidência do ICMS, conforme o art. 352-A do RICMS/BA, com aplicação da alíquota interna prevista no art. 61 do mesmo Diploma regulamentar, converteu o processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF.

Na referida diligência foi solicitado que o Auditor Fiscal designado revisasse o lançamento em todas as quatro infrações, mantendo a exigência fiscal, exclusivamente, dos valores do ICMS apontados na autuação, relativo às mercadorias adquiridas destinadas à comercialização.

Ocorre que, conforme o Parecer ASTEC Nº104/2010, restou comprovado que se trata o autuado de contribuinte sujeito à incidência do ICMS e do ISS, pelas provas apresentadas, inclusive comprovantes de recolhimento de ambos os impostos. Portanto, além de comercializar mercadorias o autuado, também, presta serviços de assistência técnica da BOSCH.

Conforme consignado pelo diligente, a quase totalidade de notas fiscais arroladas no processo é oriunda desse fabricante de equipamentos elétricos(BOSCH), sendo impossível realizar o levantamento no âmbito de uma diligência fiscal, tendo em vista que as mercadorias descritas nas notas fiscais não permitem apenas pela descrição, identificar se foram destinadas a consumo/uso ou imobilizado ou se foram comercializadas, pois, uma peça tanto pode ser destinada à comercialização, como à substituição de peça defeituosa ou gasta em uma de suas próprias ferramentas utilizadas na prestação de serviço ou em ferramentas alugadas a terceiros.

Outros fatores observados pelo diligente que impossibilitaram a revisão do lançamento decorreram do fato de que as compras realizadas pelo autuado em muitos casos são feitas englobando mercadorias destinadas à revenda e mercadorias destinadas a consumo ou imobilizado e que a autuante desconsiderou que muitas aquisições se destinam ao uso/consumo ou imobilizado, exigindo integralmente o ICMS sobre todas as notas fiscais do período, cobrando recolhimento a menos ou falta de recolhimento do ICMS.

Coaduno inteiramente com o entendimento manifestado pelo diligente, no sentido de que a exigência do ICMS, no presente caso, não pode ser revista no âmbito de uma diligência, mas sim de uma fiscalização vertical, onde será possível verificar pelos laudos necessidade de substituição de peças de reposição e se o quantitativo adquirida para uso/consumo.

Diante do exposto, considero que não há como dar prosseguimento a lide, haja vista a inexistência nos autos de elementos capazes de configurar as infrações imputadas ao sujeito passivo, persistindo dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos, o que inquia de nulidade o Auto de Infração, consoante determina o art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Em conformidade com o que determina o art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente, a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE 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 NULO o Auto de Infração nº 298629.0036/09-2, lavrado contra STOCK TOOLS COMÉRCIO DE SERVIÇOS LTDA. Recomenda-se que o procedimento fiscal seja renovado a salvo de falhas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR