

PROCESSO - A. I. Nº 206984.0008/08-0
RECORRENTE - TUDORBAT DISTRIBUIDOR DE BATERIAS E COMPONENTES LTDA.
(BATERIAS TUDOR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0350-04/09
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 02/03/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0017-12/11

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. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, no qual exige o valor total de R\$284.254,02, acrescido das multas de 50% e 60%, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1; II, alínea “a”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 30/12/2008 decorre de 05 infrações, das quais apenas três são objeto do presente Recurso Voluntário, vez que o autuado não contestou as infrações 3 e 4 e a 4ª JF julgou procedentes as infrações 1, 2 e 5:

Infração 1 - 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%;

Infração 2 - 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%;

Infração 5 - 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%.

Da apreciação dos argumentos defensivos trazidos pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 4ª JF, em Decisão unânime, decidiu pela procedência da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

“(…)

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.

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.

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 subsequentes, 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.”

Protocolizado Recurso Voluntário colacionado às fls. 1279 a 1281, o recorrente vem aos autos para reiterar suas razões da defesa, aduzindo, inicialmente, que reconhece como devidos os valores relativos às infrações 3 e 4 e parte da infração 1, de modo, que já providenciou o parcelamento. Questiona a Decisão da 4ª JF que determinou o recolhimento de multa por obrigação acessória, uma vez que esta infração já havia sido reconhecida, cujo pagamento já houvera sido comprovado em sede de defesa.

Quanto às infrações 1 e 2, o recorrente aduz que a 4ª JF asseverou que a diferença entre as duas infrações está na condição do recorrente perante o cadastro de contribuintes do Estado da Bahia e/ou ao cadastro do Simples Nacional, no momento das operações alcançadas pela lavratura do Auto de Infração. Alega que os Julgadores ‘a quo’ fundamentaram sua Decisão nas disposições do Regulamento do ICMS-BA que tratam da emissão de nota fiscal de entrada de peça defeituosa, remessa de peça defeituosa para o fabricante e saída da peça nova em substituição à peça defeituosa para o cliente, tudo conforme os artigos 516 a 520 daquele diploma legal. Nesse diapasão, informa que “... o art. 516 trata do procedimento a ser adotado pela empresa no caso do cliente devolver a peça defeituosa para substituição. O art. 517 trata da remessa da peça

defeituosa para o fabricante. Os arts. 518 e 519, já revogados, porém em vigor na data do fato gerador, tratam dos procedimentos a serem adotados pelo fabricante, não é o caso. E, finalmente, o art. 520 trata da saída da peça nova para o cliente que a devolveu para ser substituída.”

Afirma que nenhum dos artigos indicados na Decisão combatida trata do procedimento de entrada de mercadoria no estabelecimento do revendedor, operação que efetivamente se discute no presente PAF.

Discorda da 4ª JJF quando afirma que cada remessa de bateria do fornecedor de Minas Gerais corresponde a uma nova operação interestadual, alegando que, no caso específico, se antecipasse o ICMS da mercadoria recebida em reposição, assumiria o ônus do ICMS. Fato que contraria a sistemática do imposto onde o ônus do imposto é do consumidor final, sobretudo se considerada a possibilidade do pedido de restituição previsto no parágrafo 2º do art. 368.

Entende que a entrega de uma nova peça em função da garantia em substituição a outra peça defeituosa não caracteriza nova operação de venda, portanto, não sujeita à tributação. Entende que se tal operação for tributada, ocorrerá a bitributação, sem o ressarcimento do indébito fiscal.

Alega que a antecipação tributária se vale de presunções para antecipar o recolhimento do tributo, com fins meramente arrecadatórios, o que é, sob o ponto de vista da constitucionalidade, questionável, haja vista que inexistente Lei Complementar para regular esta hipótese antecipação.

Quanto à infração 5, o autuado afirma que os produtos, água destilada e solução de bateria, foram lançados corretamente no livro Registro de Saídas, na coluna “outras”, para que não arcasse com o ônus da bitributação, já que o ICMS foi recolhido na entrada de tais produtos. Aduzindo, assim, que tributá-los na saída seria recolher duas vezes o ICMS sobre a mesma circulação. Acrescenta que, apesar da legislação estadual do ICMS assim determinar, inaceitável tal procedimento por ofender a sistemática tributária de abater as parcelas anteriormente cobradas – mecanismo de crédito e débito.

Indignado, questiona “Como admitir a antecipação do ICMS na entrada de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária sem a contrapartida da desoneração desse imposto nas operações de saídas das mesmas mercadorias?”, e assevera que “considerar possível tal absurdo é rasgar a constituição federal e penalizar indevidamente o contribuinte.”

Por fim, requer a reforma da Decisão recorrida, declarando a procedência parcial das infrações 1 e 2 e a improcedência da infração 5.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra da Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, de plano, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido, opinando pela improcedência do Recurso Voluntário.

Quanto à preliminar suscitada, observa que todas as arguições de inconstitucionalidades devem ser rechaçadas, pois, o CONSEF, nos termos do art. 167, I do RPAF, não tem competência para apreciá-las.

Afirma que nos termos do art. 353, II, 30.8, NCM 8507, o recorrente é responsável pela antecipação do pagamento do imposto, vez que as operações interestaduais com baterias automotivas se enquadram no regime de substituição tributária. Informa que a legislação do Estado da Bahia recepcionou os Convênios ICMS 0129/06 e 27/07, que estipulam regras sobre a substituição de peças em virtude da garantia por concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada.

Diz que à luz dos artigos 516 a 520 do RICMS/Ba, o fornecimento de peça em garantia é uma operação tributada. Afirma que nos termos do art. 371 do mesmo diploma legal, cada remessa de baterias de fornecedor baseado nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, corresponderá a uma nova operação tributada, não sendo motivo de restituição do imposto pago a título de antecipação total.

Quanto à infração 5, relata que o próprio sujeito passivo reconhece a conduta contrária à legislação do ICMS e que resta comprovado que as mercadorias (água destilada e solução) estão sujeitas ao regime normal de apuração do imposto e foram lançadas sem a devida tributação.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O recorrente aduz, em sede de preliminar, que a *“técnica da antecipação tributária vale-se do uso de presunções para antecipar o recolhimento do tributo que deverá ocorrer futuramente”*, com “objetivo meramente arrecadatório”. Alega que o instituto da antecipação é questionável sob o ponto de vista da sua constitucionalidade, vez que, segundo o recorrente, *“inexiste Lei Complementar para regular esta hipótese antecipação”*. Independentemente dos argumentos trazidos pelo recorrente derredor de questões de ordem constitucional, devo declinar de analisar questões de inconstitucionalidade, pois, nos termos do art. 167, I do RPAF, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade.

Com respeito ao questionamento trazido pelo recorrente no que concerne à cobrança de multa por obrigação acessória quando havia o contribuinte demonstrado o respectivo pagamento, ainda em sede de defesa, verifico que a JJF determinou que fossem homologados os valores efetivamente recolhidos, o que afasta qualquer possibilidade de cobrança em duplicidade.

Com relação às questões de mérito, trato inicialmente, e de maneira conjunta, das infrações 1 e 2.

O recorrente entende que a Decisão combatida deve ser reformada, de modo que seja declarada a parcial procedência das infrações 1 e 2, considerando, basicamente, que a entrega de uma nova peça, em substituição a outra peça defeituosa – garantia, não caracteriza nova operação de venda.

A matéria em questão é tratada na Seção I do capítulo XXXVI do RICMS/BA, que cuida da Substituição de Peças em Virtude de Garantia, por Concessionário, Revendedor, Agência ou Oficina Autorizada, e, no caso em discussão, a norma aborda o assunto de maneira clara quando especifica em seus artigos 516 a 520, as condições em que tais operações devem acontecer, ademais, não há que se questionar que o recorrente está submetido às regras da antecipação tributária, haja vista que as mercadorias envolvidas na discussão que ora se trava são objeto do art. 353, inciso II, item 30.8, NCM 8507, conforme trazido pela nobre Parecerista da PGE/PROFIS. Ademais, o Estado da Bahia, na legislação pertinente, recepcionou os Convênios de ICMS 0129/06 e 27/07, que estipulam regras sobre a substituição de peças em virtude da garantia, também lembrado pela ilustre procuradora da Procuradoria Fiscal.

Discutida a questão de enquadramento do recorrente às exigências legais e fiscais, verifico que ao longo deste PAF, o contribuinte não carrou aos autos qualquer manifestação que contestasse os valores apurados pelo autuante no demonstrativo de fls. 12/28. Assim, entendo caracterizadas as infrações 1 e 2, sem que mereça qualquer reparo a Decisão recorrida.

Com respeito à afirmação do julgador de primo grau que diz que *“não há que se falar em restituição ou ressarcimento do valor do imposto pago a título de antecipação total. Nesses termos, as saídas subsequentes, cujo pagamento foi feito antecipadamente, ficarão desoneradas”*. Divirjo, pois, o art. 368, §2º do RICMS diz, claramente, que é possível ao contribuinte restituir-se do imposto pago na hipótese de o imposto ter sido recolhido por antecipação pelo próprio contribuinte, havendo devolução ou desfazimento do negócio. E, neste caso, o ressarcimento do imposto antecipado, quando cabível, será feito mediante pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

No que concerne à infração 5, verifico que o contribuinte reconhece o cometimento da infração e, fundamenta sua conduta alegando que *“as saídas de água destilada e de solução de bateria*

foram lançadas na coluna outras para que a empresa não arcasse com o ônus da bitributação". Indignado, assevera que "ainda que a legislação estadual do ICMS assim determine, é inaceitável tal procedimento por ofender toda a sistemática do referido imposto, qual seja o abatimento das parcelas anteriormente cobradas, o mecanismo de crédito e débito". Ora, não é dado ao contribuinte aplicar o seu entendimento a respeito do que é justo ou não, quando o regramento legal estabelece como, quando e quanto deverá ser recolhido aos cofres públicos. Assim, diante da confessa e flagrante conduta ilegal do contribuinte, entendo restar absolutamente caracterizada a infração em comento.

Diante das informações trazidas aos autos, os valores efetivamente pagos pelo contribuinte devem ser homologados.

Ante tudo o quanto exposto, não merece qualquer reparo a Decisão recorrida e, nessa esteira, Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206984.0008/08-0**, lavrado contra **TUDORBAT DISTRIBUIDOR DE BATERIAS E COMPONENTES LTDA. (BATERIAS TUDOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$281.387,34**, acrescido das multas de 50% sobre R\$22.410,14 e 60% sobre R\$258.977,20, previstas no art. 42, incisos I, alínea "b", item 1, II, alíneas "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, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS