

**PROCESSO** - A. I. N° 211329.0027/10-0  
**RECORRENTE** - FLANEAR COMERCIO DE VEDAÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 136-01/11  
**ORIGEM** - INFAS VAREJO  
**INTERNET** - 10/10/2012

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0291-11/12

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, o adquirente ficará obrigado a efetuar o recolhimento do imposto caso o remetente não tenha efetuado a retenção, nos termos do item “1” da alínea “i” do inciso II do artigo 125 (art. 372, II e III, do RICMS-BA). Retificada a multa indicada na autuação. Indeferida a solicitação de diligência ou de perícia. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Decisão não unânime. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, que através do Acórdão JJF N° 0136-01/11, julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 30/09/10 no valor de R\$26.608,61 em razão de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, na condição de empresa optante pelo 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, no período de julho de 2007 a dezembro de 2008.

A Junta de Julgamento Fiscal inicial, ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, inicialmente se pronunciou pelo indeferimento, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, por entender que os elementos existentes no processo eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, assim como não vislumbrou a necessidade de conhecimento técnico especializado para a Decisão acerca da lide.

No mérito, a JJF assim dirimiu a dúvida:

*Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, o adquirente ficará obrigado a efetuar o pagamento do imposto caso o remetente não tenha efetuado a retenção, na hipótese do parágrafo único do art. 357 do RICMS-BA. Não tendo o remetente efetuado a retenção, será exigido o imposto nos termos do item “1” da alínea “i” do inciso II do artigo 125 (art. 372, II e III, do RICMS-BA).*

*Conforme a acusação feita no Auto de Infração, o autuado adquiriu em outras unidades da Federação peças e acessórios para veículos e, em vez de recolher o ICMS devido por substituição tributária, efetuou o pagamento da antecipação parcial. Esse procedimento equivocado do contribuinte, de acordo com o demonstrativo de fls. 5 a 21, acarretou recolhimentos a menos do ICMS que deveria ter sido recolhido por substituição tributária.*

*Saliente que conforme esse citado demonstrativo, os valores recolhidos foram considerados na auditoria fiscal.*

*Em sua defesa, o autuado argumenta que as mercadorias em questão não eram destinadas ao uso em veículos, mas sim em máquinas industriais e, portanto, não estavam enquadradas no regime de substituição tributária. Para comprovar sua assertiva, acostou aos autos demonstrativos e fotocópias de notas fiscais atinentes à revenda dessas mercadorias.*

*De acordo com o disposto no art. 353, II, “30”, do RICMS-BA, “as peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores” estão enquadradas no regime de substituição tributária. Está claro, portanto, que essas mercadorias estão no regime de substituição apenas quando forem destinadas ao uso automotivo.*

*O demonstrativo de fls. 650 a 701, trazido na defesa, comprova que o autuado efetuava operações de saídas de peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores, mesmo que em percentual inferior às saídas para uso industrial. Nessa situação, no momento da aquisição interestadual dessas mercadorias, não havia como se saber qual o destino final que teriam nas operações internas a serem realizadas neste Estado.*

*Dessa forma, comungando com o entendimento contido nos Pareceres emitidos pela DITRI acostados às fls. 30 a 33, considero correta a adoção do procedimento de substituição tributária para as operações listadas na autuação. Assim, o procedimento adotado pelo autuante foi correto e está em conformidade com os princípios que regem os atos da Administração Pública, bem como é cabível a multa indicada no lançamento.*

*Em face ao acima exposto, considero que os argumentos e provas trazidos na defesa não se mostram capazes de desconstituir a infração imputada ao autuado e, portanto, a infração subsiste integralmente.*

*Por fim, ressalto que, para a irregularidade que foi apurada, a multa que melhor se ajusta é a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, pelo que fica, de ofício, retificada.*

*Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Em sede de Recurso Voluntário, às fls. 956 a 961, o recorrente reitera o pedido de diligência e perícia para examinar suas notas fiscais de saídas e os códigos de atividades das empresas adquirentes dos produtos, nos princípios de legalidade e por acreditar que toda ação fiscal deve ser instaurada com base nos princípios da legalidade e da eficiência.

No mérito, o recorrente discorda do entendimento da JJF, sob o argumento de que apesar de ter sido reconhecido que os produtos adquiridos só poderiam ser alcançados pela substituição quando fossem destinados ao setor automotivo, concluiu que o contribuinte deveria sofrer a penalidade da tributação em razão de não se saber a destinação final da mercadoria, ocorrendo neste caso, uma acomodação do Estado, pois a fiscalização, ao invés realizar uma fiscalização adequada e correta, optou em exigir do contribuinte o pagamento exorbitante de tributos.

Solicita a consideração dos documentos e planilhas acostados aos autos na apresentação da defesa, onde fica evidenciada a destinação dos produtos, e consequentemente a tributação a ela referida.

Solicita a revisão da multa, pois o Auto de Infração elege o percentual de 50%, enquanto que a JJF alterou para 60%, não podendo o contribuinte ser ainda mais onerado. Por outro lado entende que a multa de 50% deve ser excluída, e julgado nulo o Auto de Infração, pois se trata de empresa idônea que realizava corretamente o recolhimento do imposto. Caso não seja esta interpretação, requer a compensação tributária dos impostos do ICMS já recolhidos anteriormente através de “DAS”.

Finaliza requerendo:

1. A aceitação dos documentos e planilhas anexados pelo contribuinte, que comprovam a destinação dos produtos e consequentemente a exclusão do Auto de Infração;
2. Não sendo suficientes os documentos anexados, requer a realização de diligência e perícia para dirimir a questão;
3. Não sendo atendidos os pleitos anteriores, requer a exclusão da multa designada pela Junta de Julgamento, pois não deixou de recolher o imposto por dolo ou culpa.

4. Por fim requer o acolhimento do pedido de compensação tributária, caso não sejam atendidas as demais proposições.

A PGE/PROFIS, à fl. 968/970 do PAF, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário entende que a diligência deve ser indeferida, com fulcro no art. 147, inciso I e II do RPAF/99, pois os elementos probatórios constantes nos autos são suficientes à caracterização da infração fiscal e ao convencimento dos julgadores, aliado ao fato de que o fato descrito no lançamento tributários não exige conhecimento técnico específico.

Após observar a documentação constante nos autos, especialmente o demonstrativo fiscal de fls. 650/701, conclui que ficou comprovada a realização de operações de saídas de peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores, não se podendo prever qual o destino final que teriam as mercadorias nas operações internas neste Estado, razão pela qual entende que não deve ser acatado o argumento do recorrente de que as mercadorias adquiridas destinavam-se ao uso em máquinas industriais e não em veículos.

Acrescenta ainda que, de acordo com o art. 353, inciso II, item 30 do RICMS/BA e as conclusões do Parecer DITRI, as operações de comercialização interna com peças e acessórios para veículos automotores estão alcançados pelo regime de substituição tributária e que o aludido regime aplica-se em função da mercadoria e não ao destino a ser ofertado pelo adquirente.

Quanto à retificação do percentual da multa esclarece que não representa ilegalidade nem tem o condão de onerar o contribuinte, pois a multa é proposta pela autoridade administrativa autuante e aplicada pelo órgão julgador, que leva em consideração a legislação tributável pertinente à infração e trata-se de atividade inerente aos órgãos julgadores do CONSEF, de acordo com as prescrições do RPAF/99.

Concluiu, assim, pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de primeiro grau que julgou este Auto de Infração procedente, no qual exige o recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de peças e acessórios para veículos.

Inicialmente, indefiro o pedido para realização de diligência ou perícia requerida, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), tendo em vista que os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvida que ensejam a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

No mérito, observo que o recorrente volta com o mesmo argumento apresentado na sua inicial, o de que as mercadorias adquiridas não eram destinadas ao uso em veículos, mas sim em máquinas industriais, portanto, não estavam enquadradas no regime de substituição tributária. Para sustentar a sua tese, anexou, na apresentação da defesa, às fls. 650 a 891, demonstrativos e photocópias de notas fiscais de revenda dessas mercadorias.

De acordo com o art. 353, inciso II, item 30 do RICMS-BA/97, somente às operações internas com peças e acessórios para veículos automotores estão sujeitas ao regime de substituição tributária. Por outro lado, às mercadorias indicadas nas notas fiscais de aquisição (retentores, correias, abraçadeiras, etc.) certamente poderiam ser utilizadas para outra finalidade, entretanto, no momento da aquisição interestadual dessas mercadorias não havia como saber o destino final que teriam no momento da revenda haja vista que, conforme o demonstrativo de fls. 650 a 701, trazido aos autos pelo próprio sujeito passivo, comprova que também efetuava operações de saídas de peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores.

Também, não foram trazidas provas de que as mercadorias que o recorrente afirma não ter se destinado a uso em veículos automotores, pois o demonstrativo e notas fiscais de revenda

trazidos aos autos, apesar de indicar que os destinatários, em sua grande maioria são estabelecimentos industriais, este fato não comprova a sua assertiva, pois os produtos tanto poderiam ser utilizados em sua frota de veículos quanto em máquinas industriais.

Neste caso, comungo com o entendimento da Diretoria de Tributação-DITRI, desta Secretaria, exarado nos Pareceres de fls. 903/908 de que o regime de substituição tributária aplica-se em função da mercadoria e não da destinação a ser dada pelo adquirente.

Quanto à multa aplicada observo que o sujeito passivo se encontrava, à época dos fatos geradores, inscrito na condição de empresa de pequeno porte, e a exigência fiscal diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária. Neste caso, entendo que a multa a ser aplicada é a inserida no Auto de Infração, ou seja, 50%, e não 60% como entendido a JJF, em consonância com o artigo 42, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*(...)*

*b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias relativamente ao pagamento:*

*1- do imposto devido por microempresas comerciais varejistas e microempresas ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado (efeitos até 31/12/98)*

Em relação ao pedido de compensação tributária dos valores recolhidos através de DAS, em razão de não poder ser apreciado nesta fase processual, poderá o contribuinte, assim querendo, elaborar pedido de restituição dirigido ao setor competente.

Do exposto dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para alterar a multa percentual de 60% para 50%, como originalmente inserido no Auto de Infração.

#### **VOTO DIVERGENTE (Preliminar de nulidade)**

Divirjo do entendimento firmado pela nobre Relatora, pois, como bem posto pela Junta de Julgamento Fiscal, o autuado afirmou, expressamente, desde a sua peça defensiva, que as mercadorias em questão não eram destinadas ao uso em veículos automotores, mas, sim, em máquinas industriais e, por conta disso, não estavam enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 30, do RICMS/97.

E, de fato, não há provas nos autos no sentido de que essas mercadorias que foram alvo da autuação de fato destinaram-se às aplicações em veículos automotores, prova essa essencial à exigência, pois lhe constitui fato gerador. Sem essa prova, a meu ver, a exigência não pode prevalecer, revelando-se manifestamente descabida a aplicação da substituição tributária respaldada na dúvida sobre a destinação das mercadorias, como proposto pela DITRI em seu Parecer.

Não se desconsidera a dificuldade de se viabilizar autuações que tais, quando vinculadas ao uso das mercadorias, momento posterior à ocorrência do fato gerador e ao próprio nascimento da obrigação tributária. Contudo, a má técnica legislativa não pode servir para a criação de nova hipótese de substituição tributária, sobretudo diante da expressa impugnação do sujeito passivo quanto ao uso das mercadorias e a falta de provas do Fisco que infirme tal argumentação.

Nesses termos, revela-se flagrantemente nulo o lançamento de ofício, por insegurança quanto à acusação; não há provas robustas quanto à ocorrência da infração, sendo inviável o presente lançamento de ofício.

Ante o exposto, voto pela decretação da NULIDADE do presente lançamento de ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificada a Decisão recorrida na multa percentual de 60% para 50% e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 211329.0027/10-0, lavrado contra **FLANEAR COMÉRCIO DE VEDAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.608,61**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Maria Auxiliadora Gomes RuiZ e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de nulidade) – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura e Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO DIVERGENTE

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS