

**A. I. Nº** - 210390.0001/13-7  
**AUTUADO** - ANTONIO CARLOS MEDRADO DE ALMEIDA  
**AUTUANTE** - MÁRCIA MIRANDA SILVEIRA SANTOS JUNCAL  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 13/11/2013

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0274-03/13**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ NO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem com segurança, a incidência do ICMS antecipação parcial nas operações realizadas pelo contribuinte. A ação fiscal não comprova a regularidade dos valores lançados, revelando insegurança jurídica quanto a acusação fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 16/05/2013 exige ICMS no valor de R\$18.693,61, em razão da falta de recolhimento do 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, nos meses de setembro de 2009 a dezembro de 2010, acrescido das multas de 50% e 60%.

O autuado ingressa com defesa fls.657/659. Repete a acusação fiscal. Afirma ter razões para requerer a anulação da autuação. Diz ser uma oficina especializada no conserto, manutenção ou reforma de bens em virtude de quebras, desgastes ou defeitos, sendo autorizadas ou não pelo fabricante do equipamento.

Na prática, diz que o cliente final coloca o produto defeituoso em seu estabelecimento que é Assistência Técnica e que após análise e em caso da substituição da peça defeituosa, o fabricante é acionado para no prazo previsto em lei enviar a peça nova cuja natureza da operação é a “Remessa para Substituição em Garantia”. (cópia nota fiscal em anexo – exemplificativo).

Esclarece que a Assistência, por sua vez, efetua o reparo e cobra do fabricante o valor correspondente ao serviço, não sendo cobrado o valor da peça enviada pelo fabricante para substituição em garantia. Diz ser equivocado o entendimento do Fisco estadual de que nessa operação a empresa de assistência que é optante pelo regime especial de arrecadação de tributos – SIMPLES NACIONAL, seria contribuinte do ICMS na forma de antecipação parcial, mesmo não comercializando produtos e não auferindo nenhuma renda na cadeia tributária, enquadramento no artigo 352-A, haja vista que o auto de infração não contém o artigo na forma expressa da infração, nos termos do RICMS/97.

Argui que: a) a empresa ANTONIO CARLOS MEDRADO DE ALMEIDA não é contribuinte para o recolhimento do ICMS antecipação, pois a operação realizada é apenas o recebimento e colocação da peça enviada pelo Fabricante para produtos em substituição em garantia; b) não possui nenhuma receita advinda da peça colocada em reparo no produto, apenas cobrando do fabricante o valor correspondente aos serviços o que não inclui o valor da peça.

Afirma que nos termos do art. 516 do RICMS/BA, que reproduz, comprova-se que houve apenas e tão somente a operação por parte do fabricante com a Remessa para Substituição em Garantia, ficando isenta do ICMS a remessa da peça defeituosa para o fabricante promovida pelo

estabelecimento ou pela oficina credenciada ou autorizada, desde que a remessa ocorra até trinta dias depois do prazo de vencimento da garantia.

Diz comprovar que: 1 as nota fiscais emitidas pelo Fabricante possui a natureza da operação remessa para substituição em Garantia (cópia em anexo); 2. não há nenhuma comercialização de produto, portanto, descabe a aplicação do o art. 352-A e art.125 inciso II do RICMS/BA.

Finaliza alinhando os seguintes argumentos: 1 ocorreu confusão do agente fiscal, ao notificar a autuada, confundindo operação de remessa para substituição em garantia com comercialização de produtos; 2. não houve fato gerador que sustentasse a autuação, pois a remessa para substituição em Garantia é ato distinto de comercialização de produtos, e inconfundível, não se aplicando as supostas fundamentações legais de enquadramento; 3. o enquadramento foi feito de forma equivocada pois, não há no RICMS-BA o artigo 352-A, apenas o 352 que trata de antecipação e lançamento do ICMS em função de determinada realização de operação expressamente prevista em Lei, a inexistência dos parágrafos 7º e 8º do artigo 125 do Decreto nº 6.284/97 e a inexistência do inciso IX do artigo 61 do Decreto nº 6.284/97. Pede a completa anulação do referido auto de infração.

O autuante em informação fiscal fls.697/698, inicialmente reproduz os fatos e sintetiza as razões da defesa.

Diz que analisando as alegações defensivas entende que o Autuado está equivocado ao afirmar que não existe o artigo 352-A no RICMS/97. Afirma que a remessa para Substituição em garantia é sim ato que caracteriza a comercialização de produtos com embasamento legal no RICMS-BA, e existem pareceres tributários no nosso Sistema de Controle de Pareceres Tributários que confirmam essa remessa como ato que caracteriza uma comercialização.

Ressalta que o conceito de comercialização empregado pelo legislador no RICMS-BA/97, no art.352-A, foi aplicado em sentido genérico, significando não simplesmente compra e venda, mas a circulação econômica da mercadoria. Assim, frisa que nas remessas para substituição em garantia, mesmo que não haja um pagamento por parte do usuário proprietário do equipamento objeto da substituição, ocorre uma nova operação de circulação da mercadoria, operando-se, portanto, uma comercialização em sentido genérico, na qual deverá incidir o ICMS.

Dessa forma, assevera que nas aquisições interestaduais de peças, aparelhos, equipamentos etc. em garantia, remetidas pelo fabricante sujeitam-se ao recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na forma prevista no artigo 352-A do RICMS-BA/97. Opina pela procedência do auto de infração.

## **VOTO**

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência da falta de recolhimento da Antecipação Parcial do imposto, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização.

Preliminarmente, verifico que o autuante não acostou ao processo documento que comprove, com exatidão, a regularidade da acusação fiscal, ou seja, que as mercadorias efetivamente se destinavam à comercialização.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado alega que as notas fiscais arroladas pelo autuante não são passíveis da cobrança do ICMS Antecipação Parcial. Argumenta ser uma oficina especializada no conserto, manutenção ou reforma de bens em virtude de quebras, desgastes ou defeitos, sendo autorizada pelo fabricante do equipamento. Esclarece que a Assistência, por sua vez, efetua o reparo e cobra do fabricante o valor correspondente ao serviço, não sendo cobrado o valor da peça enviada pelo fabricante para substituição em garantia.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, constato que todas as notas fiscais colacionadas ao processo, foram emitidas por empresa estabelecida no estado de São Paulo e registram como natureza da operação “remessa de peças enviadas em garantia”.

Por outro lado, da análise das mercadorias ali relacionadas, vejo constar quantidades expressivas de peças idênticas sugerindo a possibilidade de não serem aplicadas exclusivamente em consertos a título de “garantia”. Tome como exemplo a nota fiscal nº 7090 de 14.01.2010, fl. 167, que registra (20 placas de teclado e 50 telas de cristal líquido).

Neste passo, a fiscalização deveria ter verificado se o contribuinte comercializou as citadas mercadorias, e em caso positivo, realizar o lançamento do imposto total devido e não apenas a cobrança do ICMS antecipação parcial. E, havendo tal indício, a fiscalização possui outras formas de apurar se realmente ocorreu infração às normas tributárias.

Caso ficasse constatado que conforme alegou o autuado, as mercadorias foram recebidas para serem aplicadas exclusivamente em conserto e reparos de bens com defeito, e as peças foram recebidas do fabricante para substituição em garantia, deveria ser verificado se houve cumprimento por parte do autuado do quanto disposto nos arts. 516 e 517 do RICMS/97 da Bahia.

Diante deste quadro, se eu entendesse como correta a acusação somente de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, o Auto de Infração seria improcedente por falta de prova. Mas, diante da forma como foi realizada a auditoria fiscal não posso ter certeza desta situação.

Concluo, após toda a análise acima colocada, que tal procedimento revela insegurança jurídica quanto a acusação imputada ao autuado, cerceando seu direito de defesa, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Considerando que não há nos autos elementos a provar que as mercadorias objeto da infração, elencadas nas notas fiscais que dão suporte a acusação fiscal, foram comercializadas pelo autuado na mesma formatação que adquiridas para que se sujeitem à exigência de ICMS por antecipação tributária prevista na regra do art. 352-A, como reclama a autuante, a pretensão fiscal revela-se insubsistente em face de carecer de prova de sua ocorrência.

Representa-se à autoridade competente no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE da autuação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 210390.0001/13-7, lavrado contra **ANTONIO CARLOS MEDRADO DE ALMEIDA**.

Representa-se à autoridade competente no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR