

A. I. N° - 210621.3002/16-3  
AUTUADO - PLL SALVADOR SERVICE CELULARES LTDA - ME  
AUTUANTE - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.05.2017

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0054-02/17**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. BENS EM GARANTIA. A antecipação parcial é prevista no art. 352-A e 321, inciso VII, alínea “b”, dos RICMS/BA de 1997 e 2012, respectivamente. O lançamento foi impugnado com base no argumento de que os produtos são peças e componentes para substituição ou reparação de aparelhos celulares defeituosos abrangidos pela garantia. Argumentos defensivos não elidem a exigência fiscal. Rejeitado o pedido de nulidade do lançamento tributário, e negado o pedido para realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/05/2016, reclama o valor de **R\$1.526.478,84**, de contribuinte optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, sob acusação do cometimento da seguinte infração:

**01 – 07.21.03** - Falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, no período de janeiro a abril, junho novembro de 2012, janeiro a setembro, e dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, conforme demonstrativos às fls. 11 a 22.

Foram anexadas às fls. 28 a 29, mídias digitais (CD), contendo demonstrativos e relação de todas as notas fiscais que serviram de base para o levantamento fiscal, documentos esses, entregues ao sujeito passivo conforme recibo de Arquivos Eletrônicos á fl.30. Além disso, consta à fl.23 uma declaração subscritas pelo sujeito passivo atestando o recebimento do levantamento fiscal e respectivos CDs.

O autuado foi cientificado pessoalmente da autuação em 02/06/2016, e em 01/08/2016, conforme Processo SIPRO nº 133069/2016-0, fls.36 a 63, por seus advogados legalmente constituídos, apresenta defesa tempestiva, visando impugnar o auto de infração, na qual, analisando os fatos esclareceu que o seu estabelecimento presta serviço de assistência técnica de aparelhos celulares desde maio de 2011 na cidade de Salvador - BA, e recolhe suas obrigações tributárias no regime do Simples Nacional.

Informou que firmou contratos de Prestação de Serviço de assistência técnica com as empresas Nokia (atual Microsoft), Motorola, Samsung e outros.

Explica que para o serviço desempenhado pela empresa: a) o cliente entrega um aparelho celular defeituoso no seu estabelecimento para análise técnica; b) após detectar o problema no aparelho, o serviço de assistência técnica é oferecido ao cliente; c) com a aprovação do cliente, o serviço de assistência técnica é realizado, no sentido de reparar o defeito do produto, diante da manutenção do sistema, substituição de peças, ou troca de todo o produto caso seja necessário; d) para prestar esse serviço de assistência Técnica com qualidade e velocidade, a empresa autuada conta com um estoque de mercadorias enviadas pelos Fabricantes supra citados.

Dessa forma, diz que a empresa autuada recebe as novas peças e produtos dos fabricantes, e posteriormente, as substitui pelas peças/aparelhos defeituosos dos clientes, exercendo assim, o serviço de assistência técnica.

Ou seja, alega que, quando o cliente entrega um aparelho Celular defeituoso no estabelecimento da autuada para análise técnica, esta após detectar o problema no aparelho oferece o serviço de assistência técnica ao cliente, no sentido de reparar o defeito do produto, substituição de peças ou troca de todo o produto e que, tais peças não são fornecidas diretamente ao cliente, mas utilizadas em determinada forma de assistência técnica que está coberto pela garantia.

Argui que não aufera rendas sobre a circulação das mercadorias, cujas receitas auferidas no estabelecimento são exclusivamente do serviço prestado pela assistência técnica paga pelos fabricantes filiados.

Sustenta há falta de fundamentação legal para cobrança do presente Auto de Infração, uma vez que, as mercadorias recebidas e utilizadas na manutenção e substituição dos aparelhos defeituosos não são para fins comerciais e os serviços prestados pela autuada estão previstos no item 14.02 da lista anexa da LC 116/03, que diz respeito à legislação federal do ISS, e, esta não possui ressalva para a cobrança do ICMS sobre tais mercadorias.

Salienta que as notas fiscais emitidas pelos fabricantes e destinadas ao autuado com a natureza “venda”, devem ser consideradas como um erro no cumprimento da obrigação acessória, porque deveriam ter sido emitidas com a natureza de remessa para conserto ou remessa em garantia. Posto que, as mercadorias enviadas foram para manutenção e substituição de aparelhos em garantia.

Destaca que a legislação tributária do estado da Bahia, determina o recolhimento da antecipação do ICMS, quando mercadorias recebidas de outros estados forem destinadas a comercialização, nos moldes do Art. 12-A da Lei 7.014/96 e Art. 352-A do antigo RICMS-BA.

Frisa que a autuante lavrou o presente Auto de Infração, por entender que a empresa autuada deveria ter recolhido a antecipação de ICMS sobre a entrada dessas mercadorias no estado da Bahia, uma vez que a empresa autuada recebeu dos fabricantes peças e componentes que foram utilizados em substituição ou reparação de produtos e que se encontram abrangidos pela garantia, e nesse sentido, supostamente, teria praticado o fato gerador da antecipação do ICMS.

Observa que a autuante não levou em consideração a especificidade do serviço prestado pela empresa, o qual não se trata de comercialização, nem ao menos, levou em consideração a natureza da operação constante nas notas fiscais utilizadas para embasar a referida autuação, que de fato, tratam sobre peças e componentes que foram utilizadas para substituir uma peça/produto defeituoso, e consequentemente, prover o serviço de Assistência Técnica.

Sendo assim, sustenta que diante do serviço de assistência técnica, a empresa não pratica, nem praticou o fato gerador do ICMS, o que por resultado, resta-se desobrigado a recolher a antecipação deste tributo, nos moldes da legislação tributária deste Estado vigente.

Analisando o direito, comenta que o presente Auto de Infração foi Lavrado no sentido de cobrar a antecipação parcial do ICMS previsto no Art. 12-A da Lei 7.014/96 e Art. 352-A do antigo RICMS-BA, por entender que houve a circulação de determinadas mercadorias, e por resultado, foi praticado o fato gerador do tributo na remessa de peças e componentes pelos fabricantes, para substituição ou reparação de aparelhos celulares defeituosos abrangidos pela garantia.

O defendant aprecia o fato que ensejou a autuação, traz fundamentos, visando comprovar o seu direito de não ser cobrado de ICMS, citando que o ICMS previsto na Constituição Federal no inciso II do art.155, foi regulamentado pela Lei Complementar 87/1996, e que o Estado da Bahia promulgou a Lei nº 7.014/96, e o Código Tributário da Bahia definiu a hipótese de incidência do tributo, na entrada ou saída de mercadorias em estabelecimento comercial, industrial, produtos e outros considerados pela LC.

Destaca que no ano de 2012, a Lei 7.014/96 (art.12-A) instituiu a obrigatoriedade de pagamento da antecipação parcial sobre aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, e que antes esta exigência tinha como fundamento o artigo 352-A, do RICMS. Aduz que a autuante ao lavrar o AI não levou em consideração todos os dispositivos da legislação federal (LC 87/96), nem mesmo, a legislação federal do ISS (LC 116/03), em prol das operações realizadas pela empresa autuada, o que de fato, afasta por vez a incidência do tributo.

Transcreveu o art.2º da LC 87/96, para arguir que no caso sob análise, vale uma maior atenção para os incisos IV e V do citado dispositivo, pois tratam sobre os casos em que poderá ocorrer um suposto conflito de competência entre os Estados (incidência de ICMS) e Municípios (incidência de ISS).

Comenta que o dispositivo estabelece que ocorrerá a incidência do ICMS sobre toda a operação, quando houver a circulação de mercadoria junto com a prestação de um serviço não previsto pela Legislação dos Municípios (inciso IV). E que, ocorrerá a incidência do ICMS apenas sobre o valor das mercadorias fornecidas, quando houver a circulação de mercadorias junto com a prestação de um serviço previsto na Legislação dos Municípios, desde que haja uma autorização expressa nesta legislação para cobrança do tributo estadual (inciso V).

Destaca que a Lei Complementar nº 116 de 2003, que por sua vez determina a título federal a competência da instituição do ISS sobre as Legislações dos Municípios, dispõem também em seu Art. 1º§ 2º, o suposto conflito de competência entre os Estados (incidência de ICMS) e Municípios (incidência de ISS):

Aduz que, ultrapassado o aparente conflito de competência, passa a analisar a situação em concreto, repetindo que é uma empresa que presta serviço de Assistência Técnica de celulares para alguns fabricantes, e para provimento deste serviço, é indispensável o recebimento de peças e aparelhos que serão utilizados na manutenção de aparelhos defeituosos. Sendo assim, é compreensível que a empresa autuada tem operação mista, isto é, pratica um de serviço com suposto fornecimento de mercadoria.

Transcreve trechos de contratos celebrados com a Microsoft Tecnologia Ltda, Motorola Mobility Comércio de Produtos eletrônicos Ltda, Nokia Brasil Tec. Ltda, e com a Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda.

Esclarece os serviços prestados pelo estabelecimento, apresentando exemplo de procedimentos realizados com as peças recebidas pelo fabricante Motorola.

E diz que, diante dos contratos celebrados com as fabricantes, resta claro que as peças e celulares recebidos para manutenção e substituição dos aparelhos defeituosos não são para fins mercantil (fato gerador do ICMS), isto é, a empresa autuada não aufera renda com a

circulação e venda dessas mercadorias, a empresa autuada alcança as suas rendas a partir dos valores pagos pelas fabricantes na prestação do serviço de assistência técnica.

Firma o seu entendimento que os rendimentos da empresa autuada não são provenientes da circulação das mercadorias remetidas pelos fabricantes, os rendimentos da autuada são auferidos pelos pagamentos realizados pelos fabricantes sobre a prestação de serviços de assistência técnica, e por esse motivo, as mercadorias recebidas e utilizadas na manutenção e substituição dos aparelhos defeituosos não podem ser consideradas fatos geradores do tributo, pois além da circulação não ter o condão de produzir renda e não gerar lucro para autuada, a entrada dessas mercadorias é apenas um meio para que a autuada consiga atingir o seu fim, que é o de promover o serviço de assistência técnica para os fabricantes e seus respectivos clientes.

A fim de esclarecer os serviços prestados pelo estabelecimento, apresenta ás fls. 52 e 53, um exemplo dos procedimentos realizados com as peças recebidas pela fabricante Motorola:

Visto isso, destaca que as operações da autuada versam sobre o serviço de assistência técnica, e por derradeiro, sustenta que afasta de vez a incidência do ICMS pelos seguintes motivos:

- i. *o serviço de assistência técnica prestado pela autuada está previsto no item 14.02 na lista anexa da LC 116/03 e não possui a ressalva para cobrança do ICMS sobre mercadorias.*
- ii. *as mercadorias recebidas e utilizadas na manutenção e substituição dos aparelhos defeituosos não são para fins comerciais, e não tem o condão de gerar renda ou lucro para autuada.*
- iii. *O recebimento dessas mercadorias ocorre simplesmente para que o serviço de assistência Técnica seja prestado, ou seja, as mercadorias recebidas são imprescindíveis para prestação do serviço de assistência técnica.*
- iv. *A autuada não auferiu renda sobre a circulação dessas mercadorias.*

*As receitas auferidas pela autuada são exclusivamente do serviço prestado de assistência técnica pagas pelos fabricantes filiados.*

- v. *Posto que restou-se demonstrado o simples e puro serviço de assistência técnica, a partir dos contratos celebrados com as fabricantes, do seu estabelecimento físico, e das operações da autuada descritas pela própria fiscal que lavrou a presente autuação e procedeu com a fiscalização sobre a empresa.*

Dessa forma, ainda que o tributo fosse devido pela autuada, a empresa estaria totalmente desobrigada a antecipá-lo, de modo que não pratica qualquer operação de comercialização com as mercadorias recebidas dos fabricantes.

Outra questão que traz a baila, é o fato de algumas notas fiscais de entrada terem sido emitidas pelos fabricantes com a natureza de "venda", e por derradeiro, a antecipação do ICMS deveria ser recolhida por se tratar de uma operação de circularização para fins comerciais, diante da presunção de revenda dessas mercadorias. Contudo, sustenta que tais notas fiscais devem ser consideradas como um erro no cumprimento de obrigação acessória, de modo que as notas fiscais deveriam ter sido emitidas com a natureza de "remessa para conserto" ou "remessa em garantia", posto que as mercadorias foram enviadas para manutenção e substituição de aparelhos em garantia.

Em sequência, passa a discorrer sobre a falta de fundamentação legal da cobrança do presente auto de infração, ao passo que a autuante utilizou o Art. 12-A da Lei 7.014/96 e Art. 352-A do antigo RICMS-BA como base para sua autuação fiscal, em desacordo com o artigo 39, inciso V, do Regulamento do Processo administrativo Fiscal do Estado da Bahia

(Decreto n° 7.629/1999).

Com base no artigo 18, IV, "a", do RPAF/99, aduz que o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, como é o caso da carência de dispositivo legal para fundamentar a presente autuação, deve ser considerado nulo de pleno direito, impondo a sua nulidade.

Transcreveu a jurisprudência no âmbito judicial a respeito do suposto conflito de competência de nossos tribunais, a qual determina claramente que sobre as "operações mistas" somente incidirá ICMS quando existir uma ressalva para cobrança do tributo na previsão do serviço na LC 116/03, ou quando o serviço não estiver previsto nesta Lei complementar.

Reafirma que a empresa autuada não pratica o fato gerador do ICMS por se tratar de operações de prestação de serviço de assistência técnica previsto no item 14.02 na lista anexa da LC 116/03, bem como, pelo fato da circularização dessas mercadorias não possuir fins comerciais.

Além disso, diz que, ainda que o tributo fosse devido, a empresa estaria totalmente desobrigada a antecipar o ICMS nos moldes do Art. 8º, § 8º inc. IV da Lei 7.014 de 1996, posto que não comercializa as mercadorias recebidas dos fabricantes, conforme determina o Art. 12-A da Lei 7.014/96 e Art. 352-A do antigo RICMS-BA como requisito para antecipação do tributo.

Por fim, requer que seja considerado extinto e cancelado pela nulidade do auto de infração, posto que foi lavrado com a sua fundamentação legal (Art. 39 inc. V c/c Art. 18 inc. IV "a" do Decreto n°. 7.629/1999) em discordância dos fatos descritos pela fiscalização.

Em 14/12/2016, conforme Processo SIPRO nº 225646/2016-5, fls.76 a 79, a autuante presta informação fiscal às fls.76 a 79, na qual esclarece que durante os exercícios fiscalizados, 01/01/2012 a 31/12/2015, realizou diversas operações de circulação de mercadorias.

Ressalta que no Art. 12-A da Lei 7.014/96, as aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, serão exigidas Antecipação Parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Assevera que se afigura que o conceito de comercialização empregado pelo legislador, ali utilizado, é no sentido genérico, significando circulação econômica de mercadorias.

Quanto a alegação defensiva de que a empresa autuada diz prestar única e exclusivamente serviço de assistência técnica, nos moldes do item 14.02 da lista anexa a LC 116/03, destaca que a prestação de assistência técnica por oficinas especializadas ou credenciadas no conserto, manutenção ou reforma dos bens em virtude de quebras, desgastes ou defeitos, esta no campo de incidência do imposto Municipal, elencada no *subitem 14.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003*, de competência dos Municípios e do Distrito Federal. Contudo, frisa que no caso em epígrafe, a operação envolve a substituição de partes e peças defeituosas ocorrendo circulação de mercadorias onde o autuado substituiu o produto ou componente defeituoso por uma mercadoria nova recebida de estado de outra unidade da Federação, constituindo o fato gerador que enseja a cobrança do ICMS devido e aqui reclamado.

Ressalta, ainda, que os argumentos aqui trazidos nesta informação fiscal, estão em conformidade com entendimento pacífico da DITRI/GECOT (Diretoria de Tributação/Gerência de Consultas Tributárias), que vem exarado em diversos pareceres sobre a matéria, como os pareceres: 2628/2015, 16.256/2015, 26.361/2014, 16.256/2012 entre outros.

Quanto à alegação de haver ocorrido erro na tipificação da natureza das notas fiscais recebidas dos Fabricantes com o CFOP 6102 - vendas, onde seriam remessas em garantia, entende a autuante, que mesmo o autuado conseguindo comprovar tal argumentação, esta não é suficiente para descharacterizar a autuação, haja vista que a matéria aqui defendida, trata-se de circulação de mercadorias tributadas, oriundas de outras unidades da federação, onde incide a cobrança do ICMS Antecipação Parcial.

Conclui pela manutenção da exigência fiscal.

## VOTO

Na peça defensiva o sujeito passivo invocou o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, para aduzir que o lançamento de ofício que não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, e que devido a carência de dispositivo legal para fundamentar a presente autuação, deve ser considerado nulo de pleno direito.

A legislação tributária prevê que deve ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal que não traz a certeza e liquidez do crédito tributário, em razão da ausência de provas materiais da acusação fiscal, ou quando, restar caracterizado o cerceamento ao direito da ampla defesa e do contraditório. Portanto, para ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal efetuado pelo Fisco, é necessário que fique evidenciado que este deixou de observar normas que norteiam a legislação tributária e o devido processo legal.

No presente caso, analisando a preliminar de nulidade suscitada na defesa pelo sujeito passivo, observo que não lhe assiste razão em sua alegação de falta de certeza e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

- a) Para a lavratura do auto de infração, a Autuante fundamentou o lançamento através de demonstrativos de fls.11 a 22 e CD às fls.28 e 29, elaborados com a especificação de forma clara e precisa dos dados extraídos nos documentos fiscais, cujos referidos levantamentos demonstram quais valores foram utilizados para a determinação da base de cálculo e respectivos períodos que foram considerados no demonstrativo de débito, os quais, são auto-explicativos e o autuado recebeu cópias de todos os demonstrativos.
- b) Em relação ao enquadramento legal, consta no corpo do auto de infração o devido enquadramento legal a indicação de que a infração foi lavrada com os fundamentos do que expõe o artigo 12-A da Lei 7.014/96 com o artigo 352-A e 321, VII, “b”, do RICMS97 e RICMS/12, respectivamente.
- c) Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, tendo sido obedecido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, e cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade formal requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Logo, repito, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e acompanhados das respectivas provas representadas por demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, além de cópias de documentos fiscais, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, sendo respeitada a ampla defesa e o contraditório.

No mérito, pelo que consta na inicial, o fulcro da infração codificada sob número 01 – 07.21.03, contemplada no auto de infração, diz respeito a falta de recolhimento de ICMS por antecipação

parcial, na condição de empresa optante do Regime do 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.

A imputação está fundamentada no artigo 321, VII, “b”, que foi inserido no RICMS/BA, vigente a partir de 01/03/2004, por intermédio da Lei Estadual nº 8.967/03, acrescentando o art. 12-A à Lei nº 7.014/96, que têm as seguintes redações:

*“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”*

*Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

*“Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:*

(...)

*VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal:*

(...)

*b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.”*

O autuado em sua peça defensiva, na condição de empresa de pequeno porte optante pelo Regime do Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, negou sua obrigação de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial sobre as aquisições constantes das notas fiscais autuadas, se insurgindo no sentido de que a fiscalização não levou em consideração que recebeu dos fabricantes peças e componentes que foram utilizados em substituição ou reparação de produtos e que se encontram abrangidos pela garantia.

Além disso, que não foi observada a especificidade do serviço prestado pela empresa, cujas mercadorias não foram adquiridas para comercialização, por se tratar de peças e componentes que foram utilizadas para substituir uma peça/produto defeituoso, e consequentemente, prover o serviço de Assistência Técnica que realiza, por força de contratos de Prestação de Serviço de assistência técnica firmado com as empresas Nokia (atual Microsoft), Motorola, Samsung e outras.

Ou seja, sustenta que diante do serviço de assistência técnica, não foi praticado o fato gerador sujeito ao pagamento do ICMS nas remessas de peças e componentes pelos fabricantes, para substituição ou reparação de aparelhos celulares defeituosos abrangidos pela garantia.

Analizando as notas fiscais objeto da autuação, ressalto que, embora conste como natureza da operação “venda”, as operações envolvem a substituição de partes e peças defeituosas ocorrendo circulação de mercadorias onde o autuado substituiu o produto ou componente defeituoso por uma mercadoria nova recebida de outra unidade da Federação, por força de contratos de assistência técnica firmados com fabricantes, constituindo o fato gerador que enseja a cobrança do ICMS devido e objeto deste processo.

Verifico o acerto da fiscalização, tendo em vista que seu procedimento fiscal, tem amparo no artigo 12-A da Lei 7.014/96 C/C com o artigo 352-A e 321, VII, “b”, do RICMS97 e RICM/12, respectivamente. Ressalto que o produto em garantia, por ocasião da saída, está sujeito ao regime normal de apuração do imposto, consoante o disposto no artigo 383 do RICMS/12.

Além disso, o procedimento fiscal está em perfeita conformidade com o entendimento pacífico da DITRI/GECOT (Diretoria de Tributação/Gerência de Consultas Tributárias), exarado em diversos pareceres sobre a matéria, mais precisamente os de números: 02.628/2015, 16.256/2015, 26.361/2014, 16.256/2012 entre outros, a seguir transcrito o de número 02.628/2015 DATA: 10/02/2015:

*“Em princípio, afigura-se necessário esclarecer que o conceito de comercialização empregado pelo legislador ao disciplinar a antecipação parcial do ICMS, no art. 12-A da Lei 7.014/96, foi aplicado em sentido genérico, significando não simplesmente compra e venda, mas a circulação econômica da mercadoria. Assim, 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, quando as mercadorias novas, remetidas para substituição em garantia, forem faturadas em nome da Consulente pelo estabelecimento fabricante, deverá incidir o imposto, tendo em vista que há aqui uma operação de circulação, seja através de comercialização em sentido estrito - compra e venda – seja através de comercialização em sentido genérico - reposição de peça em garantia.*

*Nas entradas de tais produtos, portanto, caberá ao destinatário efetuar o recolhimento da Antecipação parcial do imposto (Lei 7.014/96, art. 12-A), se o produto for sujeito ao regime normal de tributação.*

*No caso de mercadoria sujeita à substituição tributária remetida sem o imposto retido pelo fabricante, o destinatário será responsável lançamento e recolhimento do ICMS (antecipação total do imposto), na condição de sujeito passivo por substituição.*

*Ressalte-se, por fim, que o imposto devido por antecipação parcial deverá ser recolhido por fora do regime de tributação aplicável às empresas optantes pelo Simples Nacional, bem como o imposto devido por substituição tributária, quando for o caso.*

*Respondido o questionamento apresentado, informamos que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec.nº 7.629/99), no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à presente consulta deverá a Consulente acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida.”*

Quanto a jurisprudência no âmbito judicial citada na defesa, por se tratar de situações diversas da presente, entendo não aplicável neste processo.

Nestas circunstâncias, concluo que foi correto o procedimento fiscal em exigir o pagamento do ICMS-Antecipação Parcial sobre as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, não havendo, por isso, conflito de competência entre os Estados (incidência de ICMS) e Municípios (incidência de ISS), conforme alegado na defesa.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210621.3002/16-3**, lavrado contra **PLL SALVADOR SERVICE CELULARES LTDA. – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

pagamento do imposto no valor de R\$1.526.478,84, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR