

PROCESSO - A. I. N° 232875.0007/22-2
RECORRENTE - MVTECK SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0132-01/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0131-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS PROVENIENTES DE FORA DO ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações com mercadorias novas, remetidas para substituição em garantia, deverá incidir o ICMS, tendo em vista que há uma operação de circulação, seja através de comercialização em sentido estrito - compra e venda - seja através de comercialização em sentido amplo - reposição de peça em garantia. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 03/02/2022, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 01 - 07.21.03:** Deixou de efetuar o 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 janeiro a dezembro de 2020 e 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 448.456,63, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.*

Consta adicionalmente o registro de que se refere às operações realizadas pelo Autuado com as empresas BRITANIA ELETRONICOS S/A, CLOUDWALK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS E SERVIÇOS LTDA., ENVISION IND. PROD. ELETRÔNICOS LTDA., KIDASEN IND. E COM. DE ANTENAS LTDA., SEMP TCL COM. DE ELETROELETRONICA S/A, SEMP TCL IND. E COM. DE ELETROELETRONICOS S.A.

A 1ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0132-01/23-VD (fls. 104 a 110), com base no voto a seguir transcrito:

“A acusação fiscal é de que o autuado deixou de recolher 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.

Inicialmente, cumpre observar que não vislumbro no lançamento de ofício em questão qualquer vício ou falha que o inquene de nulidade conforme pretendido pelo impugnante.

Observe que foram respeitadas as disposições normativas atinentes à validade do ato de lançamento, especialmente dos artigos 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, e art. 142 do CTN. O direito do autuado à ampla defesa e ao contraditório foi plenamente respeitado.

Em face à controvérsia estabelecida entre o entendimento do autuante e o entendimento do autuado, esta Junta de Julgamento, na busca da verdade material, converteu o feito em diligência, cuja análise será objeto de apreciação do mérito.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em lide.

No mérito, conforme dito acima, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, especialmente em face às alegações defensivas e contestação do autuante.

Solicitou-se na referida diligência que o diligenciador intimasse o autuado para apresentar os contratos de prestação de serviço de assistência técnica em garantia, celebrados com as empresas BRITANIA

ELETRONICOS S/A, CLOUDWALK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS E SERVIÇOS LTDA., ENVISION IND. PROD. ELETRÔNICOS LTDA., KIDASEN IND. E COM. DE ANTENAS LTDA., SEMP TCL COM. DE ELETROELETRONICA S/A, SEMP TCL IND. E COM. DE ELETROELETRONICOS S.A., vigentes à época de ocorrência dos fatos objeto da autuação, devendo ser juntado aos autos os referidos documentos.

Solicitou-se, ainda, que autuado se manifestasse sobre a alegação do autuante no sentido de que, as operações de entradas acobertadas pelas notas fiscais arroladas no demonstrativo de fls. 11/12, em recorte, e completo na mídia de fl. 13, totaliza R\$ 3.282.245,98, um valor considerável para considerar o autuado como Contribuinte do ICMS, devendo o autuado apresentar elementos comprobatórios – registros fiscais, contábeis, inclusive documentos fiscais referentes aos serviços de assistência técnica prestados que estariam sujeitos ao ISS e não ao ICMS.

Ocorreu que o autuado intimado, via DT-e (fls. 87/88), não atendeu a intimação, mesmo tendo dado ciência expressa em 10/02/2023.

Certamente que o silêncio do autuado labora em seu desfavor, haja vista que poderia, em querendo, apresentar os elementos comprobatórios de suas alegações para que pudessem ser examinados.

Nesse sentido, dispõe o RPAF em seus artigos 142, 143 e 144.

Independentemente disso, observo que o autuante trouxe aos autos o Parecer n. 2628/2015, emitido pela Gerência de Consulta e Orientação Tributária da Diretoria de Tributação (GECOT/DITRI) da SEFAZ/BA, cujo entendimento na resposta dada se amolda totalmente ao presente caso, haja vista que diz respeito à Consulta formulada sobre a incidência ou não do ICMS Antecipação Parcial, no caso de substituição de peças em garantia, conforme pode ser visto na reprodução dos trechos abaixo:

[...]

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 com o imposto devido por substituição tributária, quando for o caso. [...].

Diante do exposto, acorde com o entendimento manifestado pela GECOT/DITRI no sentido de que é devido o ICMS antecipação parcial, mesmo se tratando de peça nova em garantia, considero a infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 121 a 125), no qual suscitou a nulidade do Auto de Infração em razão da ausência de sua notificação, evidenciando o desrespeito às normas constitucionais e legais regulatórias dos processos em geral, culminando na não-perfectibilização do lançamento.

Alegou a não incidência do ICMS relativo à antecipação parcial nas entradas de mercadorias adquiridas para que sejam utilizadas na prestação de serviços, como o seu caso, em que ficou demonstrado que as peças solicitadas são para uso exclusivo em conserto de aparelhos eletrônicos, tanto que quando estes estão em garantia, as peças substituídas são devolvidas aos fabricantes, conforme notas fiscais de devolução anexadas.

Requeru o acolhimento das documentações outrora diligenciadas e ora anexadas e a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração exige imposto e multa pela falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, em todos os meses dos exercícios de 2020 e 2021.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto apurado conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Os demonstrativos apresentam de forma cristalina a infração, indicando o número do documento fiscal, chave, data, CNPJ, UF origem, valor do ICMS destacado na Nota Fiscal e o valor do ICMS devido.

O Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

Não assiste razão ao Autuado quanto à falta de notificação, tendo em vista que consta dos autos todas as intimações apresentadas, relativas ao Termo de Início de Fiscalização (fl. 08), Intimação para tomar ciência da lavratura e efetuar o pagamento ou contestação do Auto de Infração (fl. 15), Intimação da Diligência (fls. 87 e 88), Intimação para tomar ciência da Informação Fiscal (fls. 97 e 98) e Cientificação do Julgamento pela JJF (fls. 117 a 119).

Sendo assim, afasto a nulidade suscitada.

Ressalto que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas, não cabendo a nulidade da Decisão em caso de indeferimento do pedido.

Nestes autos, consoante os termos do Art. 147, I, “a” do RPAF/99, entendo que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação.

O Autuado defende que não incide o ICMS relativo à antecipação parcial nas entradas de mercadorias adquiridas para que sejam utilizadas para substituir peças na prestação de serviços de manutenção, inclusive quando se trata reposição em garantia.

Ressalto que tal serviço está previsto no item 14.01 da Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, contendo a exceção às peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS.

Como já explicitado na Decisão recorrida, foi trazido aos autos o Parecer GECOT nº 2.628/2015, cujo entendimento na resposta dada se amolda totalmente ao caso de substituição de peças em garantia, orientando sobre a incidência do ICMS relativo à antecipação parcial, conforme pode ser visto na reprodução dos trechos abaixo:

“... ”

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 com o imposto devido por substituição tributária, quando for o caso.
...” (grifo nosso)***

Diante do exposto, comungo do entendimento manifestado pela DITRI/GECOT e pela Decisão recorrida, no sentido de que é devido o ICMS relativo à antecipação parcial, mesmo se tratando de peça nova em garantia, sendo a infração subsistente, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232875.0007/22-2, lavrado contra **MVTECK SOLUÇÕES EM INFORMÁTICA EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 448.456,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS