

A I Nº - 124157.0838/10-5  
AUTUADO - PELÁGIO OLIVEIRA S/A  
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 23.12.2010

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0400-01/10**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É nulo o procedimento fiscal que não indique, de forma coerente, a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Todavia, em razão do disposto no art. 352-A, parágrafo 1º do RICMS/97, que afasta a incidência da antecipação parcial nas situações semelhantes à presente, é declarada a improcedência, com base no art. 155, parágrafo único do RPAF/99. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 09/03/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário, representando o ICMS no valor de R\$6.990,76, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do tributo por antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº. 124157.0838/10-5, acostado às fls. 04/05.

Consta no campo Descrição dos Fatos que se refere à aquisição de mercadorias tributadas (biscoitos e massas), por contribuinte descredenciado, conforme DANFEs nº.s 043.833, 009.047, 043.834 e 043.835, sem o recolhimento do ICMS devido na primeira repartição fiscal do trajeto.

O autuado apresentou impugnação às fls. 23 a 26, esclarecendo que a ação fiscal se baseou em DANFEs de nºs 043.833, 043.834 e 043.835, emitidos pela empresa Pelágio Oliveira S/A – matriz industrial, situada no estado do Ceará, destinada a sua filial atacadista estabelecida na Bahia.

Alega que os produtos derivados de farinha de trigo, originários da matriz indústria, através de transferência para suas filiais atacadistas mesmo em outros Estados, estão sujeitas à substituição tributária quando das saídas das mercadorias dos estoques das filiais atacadistas, e não na entrada das mercadorias no Estado da Bahia.

Realça que tais disposições se encontram em conformidade com o artigo 506-C, inciso III, c/c o § 7º do RICMS/BA, os quais transcreveu, bem como com o Parecer nº. 6.951/2006, cuja cópia anexou às fls. 27 a 29. Acrescenta que em recente decisão, a 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, decidiu, de forma unânime, pela improcedência do Auto de Infração nº. 124157.0706/09-8, em processo idêntico (fl. 30).

Salienta que em relação ao DANFE nº. 009047, originário da empresa J. Brandão Com. e Ind. Ltda., a antecipação tributária foi paga em 09/03/2010, conforme cópias dos documentos que anexou às fls. 35 a 37.

Conclui, afirmando que diante do equívoco incorrido pelo autuante e o Auto de Infração deve ser julgado nulo.

O autuante prestou Informação Fiscal de fls. 49/50, realçando que o sujeito passivo descumpriu exigência da legislação pertinente, por encontrar-se na condição de descredenciado (fls. 07/08), e deixar de efetuar o pagamento do ICMS devido pela operação, na primeira repartição fazendária da divisa ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

Transcreve trechos dos arts. 125, 911 e 915 do RICMS/BA visando fundamentar as acusações e acrescenta que descabe a argumentação defensiva baseada nos dispositivos do RICMS/BA, tendo em vista que se equivocou no entendimento das exigências contidas na legislação correspondente.

Salienta que o que motivou a lavratura do Auto de Infração foi o descredenciamento do autuado, sobre o qual o impugnante não tratou em sua contestação.

Sugere a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Após analisar os elementos constitutivos do presente lançamento de ofício, em especial a sua peça inicial, verifico que o ato administrativo apresenta um vício insanável, que consiste na inadequação entre a infração que teria sido cometida pelo sujeito passivo e a acusação fiscal consignada no Auto de Infração.

Isto, porque o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em razão da falta de recolhimento do tributo por antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

Os produtos em questão se referem a biscoitos e massas (cujas operações se enquadram no art. 355, inciso I do RICMS/BA) destinados a contribuinte que não preenche as exigências do § 7º do art. 125, ou seja, que não está credenciado para pagar o imposto por antecipação parcial ou tributária até o dia 25 do mês subsequente.

O autuado alegou, com razão, que os produtos derivados de farinha de trigo, originários da matriz industrial, através de transferência para suas filiais atacadistas em outros Estados, estão sujeitas à substituição tributária quando das saídas das mercadorias das filiais atacadistas, e não na entrada das mercadorias no Estado da Bahia.

Em se tratando de filial atacadista, que recebeu as mercadorias da unidade fabril localizada em outra unidade da Federação, realmente, não cabe o imposto por antecipação parcial ou substituição tributária na entrada, mas a retenção quando das operações internas subsequentes, conforme estabelece o art. 355, inciso I do RICMS/BA, combinado com o inciso II do § 1º da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05, alterado por força do Protocolo ICMS 185/09, com vigência a partir de 21/12/2009, os quais transcrevo em seguida:

### RICMS/BA:

*“Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:*

*I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte.”*

### PROTOCOLO 50/05

“§ 1º A substituição tributária prevista nesta cláusula também se aplica em relação:

...

*II - às transferências interestaduais, exceto em relação às operações destinadas ao Estado da Bahia;”*

Em sua Informação Fiscal, o autuante argumentou que devido ao seu descredenciamento, o contribuinte estaria obrigado a recolher o valor devido antecipadamente, na primeira repartição fiscal do Estado da Bahia.

Constato que conforme estipulado no dispositivo indicado no enquadramento do Auto de Infração, o RICMS/BA estabelece o seguinte:

*“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.*

*§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:*

...

*III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D.”*

Ocorre que de acordo com o demonstrativo de débito de fl. 02, que acompanha o Auto de Infração, o ICMS foi calculado por substituição tributária nas saídas internas, e não aquele por antecipação parcial (que, vale reprimir, não é devido), tendo sido, inclusive, aplicada uma MVA (margem de valor adicionado) de 30%, em clara dissonância com a fundamentação e com a acusação lançadas na autuação.

Concluo ter restado caracterizada a falta de clareza entre o fato ocorrido e a acusação constante do Auto de Infração, bem como indicação de enquadramento do ilícito, sem vinculação com o fato constatado, afrontando o princípio do devido processo legal e dificultando o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa pelo autuado, devido à falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Observo que na apuração da base imponível, do mencionado levantamento fiscal, não há qualquer relação com o instituto da antecipação parcial, haja vista que nesse caso não se poderia falar em aplicação de MVA, conforme efetuado pela fiscalização. Por outro lado, ao inserir uma MVA naquele demonstrativo, o autuante confundiu substituição tributária com antecipação parcial, fato previsto na Súmula nº 01 do CONSEF/BA, como motivador de nulidade do lançamento.

*“Súmula 01. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.”*

Acrescento que também é nulo o lançamento que não indique com coerência a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correspondente à infração apontada na autuação. Assim, torna-se evidente a nulidade do presente lançamento, de acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA.

Não obstante essa conclusão, por vislumbrar a improcedência da autuação, deixo de declarar a sua nulidade, passando a apreciar o mérito, tendo em vista que a decisão é a quem aproveitaria a declaração de nulidade, seguindo o disposto n

RPAF/BA, e em observância ao disposto no acima transcrito art. 352-A, parágrafo 1º do RICMS/BA, que afasta a incidência da antecipação parcial nas situações semelhantes à presente.

Ressalto, por outro lado, que, conforme esclareci acima, os valores calculados à fl. 02, que dizem respeito ao tributo relativo à antecipação tributária, somente poderão ser exigidos em um momento posterior, haja vista que a retenção do imposto pelas saídas subsequentes ocorrerá quando das operações de venda por parte do adquirente.

Diante do exposto, voto pela improcedência do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0838/10-5**, lavrado contra **PELÁGIO OLIVEIRA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR