

A I Nº - 210671.0427/14-6
AUTUADO - ST COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIOS LTDA - ME
AUTUANTE - LAERCIO ARNALDO TELES DE MELO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 08. 10 .2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0187-01/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA DA MERCADORIA NO TERRITÓRIO DO ESTADO ORIUNDA DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. CONTRIBUINTE DESCRENCIADO. Descrição da infração de forma dúbia, imprecisa: falta de recolhimento da “antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso”, que tipificou exigências tributárias de natureza jurídica diversas, além dos erros na apuração da base de cálculo que juntou institutos de natureza jurídica diversa, ensejando a nulidade dos autos. Em face do art. 155, RPAF/BA, decide-se no mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, isto porque, a nota fiscal, nº 8.623 trata da aquisição de material de consumo; a nota fiscal nº 8.640 se refere a saída da mercadoria para o consignatário, CFOP 6113, sem destaque do ICMS, não incidindo a substituição tributária ou a antecipação parcial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 01/04/14, exige ICMS no valor de R\$17.278,41, acrescido da multa de 60%, em razão da *"falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária - parcial ou total, conforme o caso - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuintes descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido"*.

Consta no campo descrição dos fatos que a *"falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste Estado da Bahia das mercadorias relacionadas nos documentos fiscais anexos, em razão da Antecipação parcial ou Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes. Operação de circulação de mercadorias constatada nessa data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizados no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012. Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias e, segundo o princípio do direito tributário "in dubio pro reo", foi considerado como data da ocorrência do fato gerador a data da constatação dos eventos. Notas fiscais nº 8.623 e 8.640"*.

O autuado apresenta defesa, fls. 16 a 17, arguindo que a cobrança se refere às notas fiscais nº 8.623 e 8.640 do mesmo fornecedor: NICOSDEGREAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MAIÔS E BIQUINIS LTDA, ambas ocorridas em março de 2014. Explica que a nota fiscal nº 8.623 trata de mercadoria adquirida para uso e consumo e, sendo a empresa optante do Simples Nacional, não é devida a cobrança do imposto. No que se refere à nota fiscal nº 8.640 a operação é de "Acerto de vendas

em consignação - CFOP 6113", que não sofre a incidência do ICMS antecipação parcial, pois o imposto incidiu no envio das mercadorias em consignação mercantil ou industrial.

Pede que seja revisto o cálculo do auto de infração.

A Informação Fiscal é prestada às fls. 26/27. Diz o preposto fiscal que em relação à nota fiscal nº 8.623 concorda com o argumento de que se trata de mercadoria adquirida para uso e consumo e não para comercialização. Com referência a nota fiscal nº 8.640 a operação, CFOP 6113 diz respeito a venda de produção do estabelecimento remetido anteriormente em consignação mercantil, devendo o autuado apresentar as notas fiscais originais dessas remessas juntamente com a comprovação do pagamento das respectivas antecipação tributária devida.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração modelo 4 foi lavrado pela fiscalização de mercadoria em trânsito para constituir crédito tributário, em face da ocorrência fiscal, assim consignada: *"falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária - parcial ou total, conforme o caso - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuintes descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido"*.

Na defesa apresentada, o autuado solicita a revisão do lançamento de ofício, alegando que a nota fiscal nº 8.623 trata de mercadoria adquirida para uso e consumo e a nota fiscal nº 8.640 se refere a uma operação de "Acerto de vendas em consignação - CFOP 6113", que não sofrem a incidência do ICMS antecipação parcial. Argumenta que, nesse segundo caso, o imposto já incidiu no envio das mercadorias em consignação mercantil ou industrial.

O preposto do Fisco concorda com a exclusão do levantamento fiscal da nota fiscal nº 8.623, que não se destina à comercialização, mas, mantém a exigência em relação a nota fiscal nº 8.640, que se refere a uma etapa da operação de consignação mercantil.

Examinando, contudo, os elementos que integram o presente Auto de Infração constato uma série de irregularidades, no presente lançamento de ofício:

1) o preposto fiscal não deixa claro qual é a acusação, o que está sendo cobrado do autuado, se o ICMS substituição tributária (chamado de antecipação total) ou antecipação parcial, posto que nem mesmo o demonstrativo de débito, acostado aos autos, às fls. 05/07, colabora na elucidação da questão, visto que na apuração da base de cálculo foram incluídas, no mesmo levantamento, exigências de natureza jurídica diversa, uma com a aplicação da Margem de Valor Agregado - MVA (antecipação total) e outros sem o MVA (antecipação parcial).

2) a infração está enquadrada na alínea "g", inciso III do art. 332 do RICMS/2012, que trata da responsabilidade por substituição tributária com encerramento da fase de tributação, e ao mesmo tempo, no art. 12-A, § 6º da Lei 7014/96 que trata da antecipação parcial, incidente apenas sobre mercadorias adquiridas para comercialização e que não encerra a fase de tributação, tipificando infrações tributárias completamente diversas.

A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias não pode resistir, seja pela imprecisão material, seja pela mácula na formação da base de cálculo, como algo que possa dimensionar a materialidade da hipótese de incidência e as proporções reais do fato. Havendo equívoco na formulação da materialidade, na base de cálculo do ICMS apurado, o resultado estará comprometido por vício insanável, bem como todos os atos subsequentes de formação da relação jurídico-tributária, seja o próprio lançamento, a constituição definitiva do crédito tributário. inscrição de dívida ativa, etc.

Os fatos tidos como infração à legislação do imposto devem ser descritos “*de forma clara, precisa e sucinta*”, conforme, aliás, determina o inciso III do art. 39 do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), juntando-se ainda as provas correspondentes. Isto porque, para que o contribuinte, ao ser acusado, em querendo, possa defender-se, precisa ser informado do que foi efetivamente apurado, o direito aplicado e quais as consequências jurídicas do fato.

O sistema processual administrativo, no Estado de Direito, é regido por garantias e princípios constitucionais, incluindo a limitação do exercício de tributar, definidos os seus limites numa ordem de legalidade que assegura a prevalência da cláusula do “*due process of law*”. Procedimento fiscal dessa natureza constituem óbices à defesa, dificultam o contraditório, sendo incompatível com o direito processual.

Em face de tais considerações, meu posicionamento seria pela nulidade do lançamento de ofício, com fundamento nos artigos 18, II e 20 do RPAF/BA. No entanto, em face da possibilidade de se decidir pelo mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, nos termos do parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, deixo de declará-la. Isto porque, a primeira nota fiscal, nº 8.623, objeto do autuação fiscal se refere à aquisição de material de consumo, incompatível com a exigência de antecipação por substituição tributária ou antecipação parcial. Situação admitida inclusive pelo próprio preposto fiscal.

A nota fiscal nº 8.640 se refere a uma etapa da consignação mercantil. A consignação de mercadorias é uma operação pela qual uma empresa envia mercadoria a outra, para que sejam vendidas por sua conta, a preço e condições preestabelecidas. No Estado da Bahia, a operação de consignação mercantil observa os procedimentos previstos no artigo 409, do RICMS 97 ou art. 334 do RICMS 12 (Ajuste SINIEF 2/93). O ICMS incide na operação de remessa de mercadoria em consignação (CFOP: 5917 ou 6917), na saída de mercadoria a título de consignação mercantil (art. 334, I). Na venda da mercadoria do consignante para o consignatário a natureza e o código da operação terá o CFOP: 5113 – 6113 (indústria) ou 5114 – 6114 (comércio) e não haverá destaque do ICMS, nem se exigirá a substituição tributária ou antecipação parcial, como pretendeu o preposto fiscal. Do exame da própria nota fiscal pode ser verificado que não há destaque do ICMS, isto porque o imposto já incidiu, anteriormente, no envio das mercadorias em consignação mercantil.

Sabe-se que as disposições do Ajuste SINIEF 02/93, incorporado à legislação baiana pelo art. 409 do RICMS/BA-97, que trata dos procedimentos fiscais relativos à consignação mercantil, são inaplicáveis às mercadorias sujeitas à substituição tributária, por expressa disposição legal (§ 5º do artigo mencionado).

Portanto, a legislação veda expressamente sua aplicação no caso de tratar-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Isto significa dizer que a regra geral deve ser sempre obedecida e a saída das mercadorias, ainda que em consignação, do estabelecimento do consignante com destino ao consignatário caracteriza-se como fato gerador do ICMS.

Considerando os dispositivos legais supracitados, o tratamento tributário aplicável às aquisições interestaduais de mercadorias recebidas em consignação será o mesmo aplicável às operações com quaisquer outras mercadorias destinadas à comercialização, ou seja, será devida a antecipação parcial (mercadorias tributadas normalmente) ou a antecipação total (mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária). No caso em concreto, no entanto, a nota fiscal nº 8.640 está fora da incidência tributária porque se refere a um acerto da venda da mercadoria do consignante para o consignatário (CFOP 6113), cuja incidência do ICMS ocorreu na etapa anterior.

Diante da exposto, a exigência não se sustenta. O Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210671.0427/14-6** lavrado contra **ST COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIOS LTDA ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR