

A. I. Nº - 120208.0008/18-0
AUTUADO - CRIS COMÉRCIO E FOLHEADOS LTDA.
AUTUANTE - JIVAN DIAS CARVALHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/07/2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-05/19

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Provado se tratar de operações de remessa de mercadorias em consignação mercantil. Destinação a pessoas físicas inscrição no CPF. Caracterizado o intuito comercial das operações. Ocorrência de fato gerador do ICMS. Infração não elidida. Não acolhido o pedido de exclusão da multa, sob o argumento de efeito confiscatório. Mantida a penalidade lançada com o imposto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 19/12/2018, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 38.956,60, contendo a seguinte imputação fiscal:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.18- *Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.* Fatos geradores ocorridos nos meses de jan, fev, mar, abr, mai, jul e ago de 2018.

O contribuinte foi notificado do lançamento através de intimação pessoal verificada em 20/12/2018. A defesa administrativa foi protocolada em 18/02/2019 em petição subscrita por advogada com procuração nos autos (doc. fl. 98).

Inicialmente a defendente requer, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações relativas ao presente feito sejam feitas em nome da patrona da autuada, a advogada Evany C. Anjos, qualificada no instrumento de procuração anexo.

Em razões preliminares a defesa pede a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido no presente processo administrativo, lastreada nas disposições do art. 151, inc. III, do CTN.

Em seguida a defesa suscitou a nulidade do Auto de Infração, ancorada na Teoria das Nulidades elaborada pelo prof. Hely Lopes Meirelles, sustentando que o ato administrativo praticado pela autoridade fiscal se encontra em desconformidade com as prescrições em seu procedimento formativo devendo ser declarado contaminado de vícios insanáveis, nos seus efeitos principais e secundários.

No mérito, a defendente relata que a empresa autuada opera no ramo de folheados (miudezas de pequenos valores), trabalhando por venda em consignação. Desenvolve a tese de que este tipo de atividade não configura fato gerador do ICMS, isto porquê a consignação, também chamada de contrato estimatório, é um procedimento em que o proprietário da coisa (consignante) entrega o produto ou mercadoria ao consignatário sem que ocorra venda, para que o consignatário consiga vender a coisa ou mercadoria, havendo nesta última etapa, a emissão de nota fiscal e a incidência tributária do ICMS.

Frisou que a venda é, de acordo com o Convênio s/nº de 15/12/1970, registrada sob o código 5104 e a operação de remessa em consignação pelo código 5917. Que no caso concreto o Auto de Infração foi formalizado de forma errônea para alcançar atividade cuja nota fiscal foi emitida com o código de consignação. Destacou ainda que nessa modalidade de operação não há

mudança de titularidade da mercadoria, por não haver venda e alteração da propriedade da coisa. Registrou ainda que todas as vendas subsequentes foram devidamente declaradas e o ICMS pago, conforme notas fiscais emitidas em papel da série D-1 e notas fiscais eletrônicas, documentos que foram anexados à inicial, fls. 163 a 214.

Aduziu que a consignação não é compra e venda, mas sim contrato onde uma pessoa se propõe a revender algo e lucrar com essa venda e que os fiscos estaduais, no intuito de incorporarem receitas as seus patrimônios, costumam cobrar imposto (ICMS) sobre essa operação de transferência para posterior venda. Disse que não há nos contratos estimatórios ou de consignação, circulação jurídica de mercadoria, não ocorrendo nessa modalidade contratual a transferência de propriedade apta a ensejar fato gerador do ICMS. Destacou que o STJ determinou em sede de recurso especial que o contrato de consignação feito entre o proprietário do automóvel e a agência de automóveis não gera tributação de ICMS por não ter havido mudança de propriedade ou posse. Decisão transcrita à fl. 92/94 dos autos.

Mais à frente a defendente, em razões complementares, sustenta que a multa aplicada no Auto de Infração, no patamar de 60% do imposto lançado, resulta em efeito confiscatório, em contrariedade ao que dispõe o art. 150, inc. IV, da CF/88. Trouxe como precedente paradigmático o julgado do STF contida na ADIMC 1.075-DF, que suspendeu a execução e aplicabilidade da lei federal nº 8.846/94, que previa multa de 300% sobre o valor da mercadoria na hipótese do contribuinte não emitir nota fiscal relativa à venda. Posteriormente, na ADI 551, relator Min. Ilmar Galvão, o STF definiu pisos estipulados para as multas em relação às disposições constitucionais do Estado do Rio de Janeiro.

Colacionou na peça defensiva outras decisões originárias do STF e ao finalizar formulou os seguintes pedidos:

- a) Suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido, nos termos do art. 5º, inc. VI, da CF/88 e art. 151, inc. III, do CTN;
- b) Nulidade ou improcedência do Auto de Infração que cobra imposto sobre operações de consignação e não de vendas;
- c) Declaração do efeito confiscatório da multa aplicada no ato de lançamento de tributário.

Requeru ainda a juntada aos autos da procuração, cópia do contrato social, livros fiscais e demais documentos fiscais que comprovam as operações realizadas pelo contribuinte; a produção de todos os meios de prova admitidos em direito.

Por fim, reitera o pedido de anulação ou improcedência de todo o procedimento fiscal e por consequência a exigência de tributo e correspondente multa.

Foi prestada informação fiscal em 19/03/2019, peça processual anexada à fl. 293 deste PAF, subscrita pelo autuante. Registra que o contribuinte utiliza, para acobertar as saídas de mercadorias, notas fiscais eletrônicas (docs. fls. 163 a 188), escrituradas no livro Registro de Saídas (doc. fls. 17 a 27) onde o destinatário é sempre pessoa física. Também utiliza notas fiscais série D-1 (doc. fls. 190 a 214) para venda a consumidor, sem, entretanto, informar essas operações no livro de saídas. Frisou ainda que essas operações não foram oferecidas à tributação pelo ICMS, conforme comprova a relação de DAEs de 2018, pagando tão somente a antecipação parcial pelas entradas. Em razão dessas omissões lançou o ICMS normal para todas as saídas com código CFOP 5917, deduzindo o imposto da antecipação parcial que já havia sido recolhido. Pede pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

É exigido ICMS do contribuinte em decorrência de não ter sido oferecido à tributação as operações de remessa de mercadorias em consignação, acobertadas por notas fiscais.

O contribuinte, na inicial, formulou os seguintes pedidos:

- a) Suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido, nos termos do art. 5º, inc. VI da CF/88 e art. 151, inc. III do CTN;
- b) Nulidade ou improcedência do Auto de Infração, que cobra imposto sobre operações de consignação e não de vendas;
- c) Declaração do efeito confiscatório da multa de 60%, aplicada no ato de lançamento de tributário.

Quanto ao pedido de suspensão do crédito tributário, objeto do lançamento, essa é uma decorrência expressa da lei, contida no art. 151, inc. III do CTN, que estabelece o efeito suspensivo pleiteado pela defesa para as reclamações (impugnações) e os recursos, nos termos das leis reguladoras dos respectivos processos administrativos fiscais. Essa concessão independe de avaliação pelo órgão julgador, bastando ter o contribuinte, como o fez no caso concreto, impugnado o ato de lançamento tributário.

Quanto ao pedido de nulidade ou de improcedência por inoccorrência do fato gerador do ICMS, nas operações de remessas de mercadorias em consignação mercantil, apreciarei essa questão de forma conjunta. Os pedidos de nulidade e de improcedência se confundem.

O ICMS incide sobre operações de circulação de mercadorias, envolvendo quaisquer modalidades de negócios jurídicos que coloquem a mercadoria, bem destinado à atividade mercantil, apta a ser comercializada. Dessa forma, alcança na expressão circulação, todas as modalidades de negócios jurídicos que transfiram a posse ou a propriedade das mercadorias, sendo necessário se agregar o requisito da habitualidade, para aquele que promove a respectiva operação. Assim a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa para fins de posterior revenda, a remessa em consignação, a permuta de mercadorias entre comerciantes e industriais, só para citar alguns exemplos, se enquadram no arquetipo descrito na norma de incidência do ICMS.

O próprio direito positivado, ou seja, escrito, assim dispõe no RICMS/Ba (Decreto nº 13.780/2012), em seu art. 334, ao prescrever normas relacionadas à consignação mercantil, transcrição abaixo:

Art. 334. *Na realização de operação de consignação mercantil, observar-se-ão os seguintes procedimentos (Ajuste SINIEF 2/93);*

I - Na saída de mercadoria a título de consignação mercantil:

a) o consignante emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos:

1 - a natureza da operação: “Remessa em consignação”;

2 - o destaque do ICMS e do IPI, quando devidos;

b) o consignatário lançará a nota fiscal no Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto, quando permitido;

II - Havendo reajustamento do preço contratado por ocasião da remessa em consignação mercantil:

a) o consignante emitirá nota fiscal complementar, contendo, além dos demais requisitos exigidos:

1 - a natureza da operação: “Reajustamento de preço de mercadoria em consignação”;

2 - a base de cálculo: o valor do reajustamento;

3 - o destaque do ICMS e do IPI, quando devidos;

4 - a expressão: “Reajustamento de preço de mercadoria em consignação – Nota Fiscal nº, de/...../.....”;

b) o consignatário lançará a nota fiscal no Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto, quando permitido;

III - Na venda da mercadoria remetida a título de consignação mercantil:

a) o consignatário deverá:

1 - emitir nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, como natureza da operação, a expressão: “Venda de mercadoria recebida em consignação”;

2 - registrar a nota fiscal de que trata a alínea seguinte no Registro de Entradas, nas colunas próprias, com CFOP específico;

b) o consignante emitirá nota fiscal, sem destaque do ICMS e do IPI, contendo, além dos demais requisitos exigidos:

1 - a natureza da operação: “Venda”;

2 - o valor da operação: o valor correspondente ao preço da mercadoria efetivamente vendida, nele incluído, quando for o caso, o valor relativo ao reajustamento do preço;

3 - a expressão: “Simples faturamento de mercadoria em consignação - Nota Fiscal nº, de/..../.....” e, se for o caso “- reajustamento de preço - Nota Fiscal nº, de/..../.....”;

d) o consignante lançará a nota fiscal a que se refere a alínea “b” deste inciso no Registro de Saídas, nas colunas próprias, com CFOP específico;

IV - Na devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil:

a) o consignatário emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos:

1 - a natureza da operação: “Devolução de mercadoria recebida em consignação”;

2 - a base de cálculo: o valor da mercadoria efetivamente devolvida, sobre o qual foi pago o imposto;

3 - o destaque do ICMS e a indicação do IPI nos valores debitados por ocasião da remessa em consignação;

4 - a expressão: “Devolução (parcial ou total, conforme o caso) de mercadoria em consignação - Nota Fiscal nº, de/..../.....”;

b) o consignante lançará a nota fiscal no Registro de Entradas, creditando-se do valor do imposto.

Parágrafo único. *As disposições contidas neste artigo não se aplicam às operações sujeitas ao diferimento ou ao regime de substituição tributária por antecipação, exceto nas operações internas em que a fase de tributação já tenha sido encerrada.*

Prevê a citada norma, que o comerciante que remete mercadorias em consignação, (consignação mercantil), na condição de consignante, deve emitir nota fiscal de saída com débito do ICMS, ressalvada dessa exigência a operação com mercadoria que não for tributada, por isenção, imunidade etc, ou se a operação estiver beneficiada com o diferimento ICMS ou se submeter ao regime de substituição tributária, salvo as operações internas em que a fase de tributação já se encontrar encerrada.

As operações com folheados e pequenas miudezas (brincos, alianças, pulseiras, correntes etc), realizadas pela empresa autuada, não se encontram nas regras de exceção à tributação acima citadas.

Portanto, não há razões para se decretar nulidade ou improcedência em relação ao imposto que foi exigido no Auto de Infração.

Ademais, as remessas objeto da autuação foram realizadas para pessoas físicas, portadoras de inscrição no CPF (cadastro de pessoas físicas da Receita Federal), conforme atesta as cópias reprográficas das notas fiscais (doc. fls. 163 a 189), revelando com isso, pelas quantidades ali referidas, a exemplo da apurada Nota Fiscal nº 338 – fl. 163, contendo 800, 750, 570 unidades de produto, o intuito comercial das operações.

No que se refere ao efeito confiscatório alegado pela defesa, quanto à multa de 60% lançada juntamente com o imposto, não é conferido aos órgãos julgadores, competência de se decretar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma posta no ordenamento jurídico tributário. Trata-se de disposição expressa contida no art. 167, inc. II e III do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Ademais, as decisões judiciais colacionadas pela defesa se referem à legislação federal e do Estado de Rio de Janeiro, não tendo pertinência com os fatos que ensejaram a presente autuação, além de não serem vinculantes para o Estado da Bahia.

Ante o exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** Auto de Infração nº **120208.0008/18-0**, lavrado contra **CRIS COMÉRCIO E FOLHEADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 38.956,60**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA