

A.I. Nº - 2173740010/15-0
AUTUADO - O MERCADÃO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - ANAEL ALVES DE QUEIRÓZ
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.11.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-02/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL.
FALTA DE RECOLHIMENTO. Atividades de fiscalização em estabelecimentos de contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal não podem ser efetuadas por agentes de tributos estaduais.
Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 23/02/2015, às 18:50, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$82.020,63 em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos exigidos na legislação para pagamento no dia 25 do mês subsequente (54.05.08), sendo exigido multa de 60%, conforme previsto na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O auto de infração foi registrado no dia 13/04/2015 e refere-se às mercadorias charque e jerked beef constantes nas notas fiscais nº 4483, 4484, 4443, 4460, 4461, 4462, 4474 e 4475, emitidas pela empresa Frinense Alimentos Ltda no período de 12 de dezembro de 2014 a 07 de janeiro de 2015. No dia 22 de janeiro de 2015, foi emitida pela Central de Operações Estaduais (COE) o Mandado de Fiscalização nº 14929019000121-2015122 para realização de acompanhamento de descarga e/ou recebimento de mercadorias nas operações especificadas nas notas fiscais anteriormente referidas (fls. 22 e 23). No dia 28 de janeiro de 2015, o mandado foi cumprido pelo autuante com a intimação para apresentação dos documentos de arrecadação visando a conferência do recolhimento do imposto devido em relação às referidas notas fiscais. Também foi lavrado no dia 28 de janeiro de 2015 pelo autuante o Termo de Visita (fl. 21) sem registro de qualquer irregularidade e Termo de Ocorrência Fiscal (fls. 24 a 26) em que o autuado confirmou a realização das operações constantes nas referidas notas fiscais.

Apesar de não constar data de recebimento da intimação acerca da lavratura do presente auto de infração (fl. 46), o autuado apresentou defesa dia 30 de abril de 2015 (fls. 48 a 55), inicialmente demonstrando a tempestividade da impugnação. Esclarece que é beneficiária do tratamento tributário previsto no arts. 1º e 2º do Decreto nº 7.799/00 e que preenche os requisitos para pagamento do imposto devido por antecipação parcial previsto no § 2º do art. 332 do RICMS/12.

O autuado alega a nulidade do auto de infração em razão de ter sido lavrado por um agente de tributos em desacordo com o previsto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, já que o auto de infração não foi lavrado no trânsito de mercadorias nem o autuado não é optante do simples nacional.

Considera como prova de que o auto não decorre de fiscalização de trânsito o fato de não ter sido lavrado o termo de apreensão. Acrescenta, ainda, que a mercadoria passou pelos postos fiscais na divisa e não sofreu qualquer cobrança de imposto. Diz que as notas fiscais foram devidamente escrituradas nos registros fiscais em data anterior à lavratura do auto de infração.

Entende o autuado que o autuante cumpriu solicitação da Central de Operações Estaduais (COE)-Transito de Mercadorias - SEFAZ-BA, e efetuou visita ao seu estabelecimento para constatar se

ele teria adquirido as mercadorias constantes das notas fiscais elencadas objeto do presente auto de infração.

Informa que foi intimado no dia 28/01/15 a apresentar à Unidade Móvel de Fiscalização de Cruz das Almas os documentos de arrecadação estadual (DAE) comprovando o recolhimento do ICMS. Assim, cita o inciso I do art. 18 do RPAF para caracterizar a nulidade do ato, visto que foi praticado por servidor incompetente.

O autuado considera o auto de infração nulo também pelo fato da existência de divergência entre o valor do imposto calculado pelo autuante na sua planilha e o valor por ele lançado no auto de infração e no Demonstrativo do Débito a título de valor histórico bem como o valor lançado no SIGAT, o que, no seu dizer, além de demonstrar total despreparo do autuante para reclamar ICMS devido por empresas normais em auditoria homologatória – de competência dos Auditores Fiscais, torna totalmente imprecisa a determinação da base de cálculo do imposto.

No mérito, o autuado reclama que a nota fiscal nº 4443, com natureza de operação de "Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado", CFOP 6.949, é nada mais que uma remessa por conta e ordem do vendedor, conforme pode ser constatado no campo informações complementares da mesma, onde informa que é uma entrega por conta do vendedor, cuja nota fiscal de venda é a de nº 63.918 de 22/11/2014 da Frinense Alimentos Ltda, situado no estado do Rio de Janeiro, com CNPJ nº 07.042.642/0003-64, cujo DAE foi pago em 22/11/2014 conforme documento anexo às fl. 85 e 86.

Acrescenta ainda que o autuante procura demonstrar que o autuado não tem direito ao crédito destacado nos documentos fiscais de compra do fornecedor Frinense Alimentos Ltda, oriundo do Estado de Goiás e do Rio de Janeiro por força do Decreto 14.213/2012 do Estado da Bahia, mesmo não estando o Rio de Janeiro contido nas normas do citado decreto.

O autuado apresenta declaração da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Goiás (fls. 89 e 90), através da Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia, onde o Delegado Regional, Sr. Adonidio Neto Vieira Júnior, por Despacho nº 3013/14, afirma que o fornecedor não se utiliza do Benefício Fiscal do Crédito Outorgado previsto no artigo 11, inciso V, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97 e que conforme parecer da Auditora Fiscal Fátima Magnanini de Almeida isso só ocorreu no mês de janeiro de 2013 conforme constatado após auditoria fiscal no processo 201400004052899. Desta forma, quanto ao mérito, pede a improcedência do auto de infração.

O autuante, em contrapartida, apresentou informação fiscal no dia 09 de junho de 2015 (fls. 99 a 104) esclarecendo que a ação fiscal decorreu do Mandado de Fiscalização nº 14.929.019.0001-2015122, expedido pela COE – CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS, em 22 de Janeiro de 2015 devido ao Contribuinte O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, INSC. ESTADUAL Nº 008.903.136, CNPJ: 14.929.019/0001-21, ter deixado de efetuar o pagamento do ICMS, referente a ANTECIPAÇÃO PARCIAL, antes da entrada, neste estado, referente a aquisição de Charque e Jerked Beef, oriundo do Estado de Goiás para a Bahia, estes vinculados aos danfes: 4.483, 4.484, 4.443, 4.460, 4.461, 4.462, 4.474 e 4.475, tendo em vista o que preceitua o § 2º do art. 332 do RICMS/12.

Sobre a competência do autuante para lavratura do Auto de Infração, considerando a alegação de que a ação não se originou no trânsito de mercadorias, o autuante afirma que o autuado está equivocado, pois a ação fiscal para a lavratura deste Auto de Infração, está embasada no Protocolo ICMS 82/12, em que Bahia e Goiás são signatários, que institui as centrais de operações estaduais para subsidiar as unidades de fiscalização de mercadorias em trânsito na execução de suas ações fiscais.

Acrescenta que está baseada também no Decreto nº 14.208/12, que estabelece novo conceito e modelo do que seja a Fiscalização de Transito de Mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos, e no inciso II do art. 42 do RPAF, que atribui competência aos agentes de tributos estaduais para constituir créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam

optantes pelo Simples Nacional. O autuante alega que iniciou a ação fiscal nos termos do inciso III do art. 26 do RPAF quando emitiu Termo de Intimação para apresentação dos documentos fiscais, conforme fl. 20.

O autuante discorda da alegação do autuado de que o ICMS da antecipação parcial sobre o charque não é devido e diz que concedeu a redução na base de cálculo das mercadorias em 41,176 %, prevista no Termo de Acordo do Dec. 7799/2000, na cobrança do imposto devido por antecipação parcial, conforme consta à fl. 04.

Em relação à vinculação da nota fiscal nº 4443 à nota fiscal nº 63918, o autuante afirma que as vendas a ordem devem ocorrer com CFOP 6923, mas o CFOP utilizado foi 6949. Nas quantidades vendidas, o autuante afirma que a NF-e 4443, contém diversos itens: Charque dianteiro; Charques dois pelos; Charque jerked Beef; e charque ponta de agulha, sendo que a NF-e 63918 só contém Charque ponta de agulha 6x5 Frinense e em quantidade superior a da NF-e 4443. Outra divergência é que a nota fiscal nº 4443 só contém 80 caixas e a NF-e 63918 contém 150 caixas e no valor a nota fiscal nº 4443 possui o total de R\$ 57.180,00 enquanto a nota fiscal nº 63918 totaliza R\$54.750,00.

O autuante afirma que a nota fiscal nº 63918 não foi incluída no demonstrativo da base de cálculo pois o Mandado de Fiscalização nº 14.929.019.0001-2015122 elenca esta nota apenas para averiguação do documento fiscal de nº 4443, conforme folha 25 do PAF. Salienta, ainda, que o pagamento do ICMS antecipado do documento fiscal nº 63918, alegado pelo contribuinte, não pode ser considerado para efeito de pagamento do documento fiscal nº 4443, por não guardar correspondências com relação aos mesmos.

Explica o autuante que em relação à nota fiscal nº 63918 foi pago o total de R\$1642,50, enquanto o valor da antecipação parcial a ser pago na nota fiscal nº 4443 é de R\$4002,65, tendo em vista a procedência do Estado de Goiás, pois há a glosa do crédito tributário, diante do previsto na legislação interna da Bahia, Decreto nº 14.213/2009, sendo admitido crédito de apenas 3% do valor da mercadoria.

O autuante confirma a obrigatoriedade de efetuar a glosa do crédito tributário haja vista a previsão legal do Dec. nº 14.213/12 para as operações procedentes de Goiás, não podendo um ato normativo emanado da Delegacia Regional de Goiânia invadir competência da Bahia. Desta forma, reafirma a ação fiscal e requer a procedência do auto de infração.

O autuado apresentou em 16 de julho de 2015 manifestação em decorrência da informação fiscal apresentada pelo autuante. Comenta que tanto o Decreto nº 14.208/12 quanto o Protocolo ICMS 82/12 não trazem respaldo para as argumentações do autuante que a fiscalização ocorreu o trânsito de mercadorias. Confirma que a autuação é nula de pleno direito por falta de capacidade do agente autuante.

Diz que as centrais de operações estaduais, intituídas pelo Protocolo ICMS 82/12, tem como objetivo o acompanhamento e o monitoramento das operações de circulação de mercadorias acobertadas por documentos fiscais eletrônicos e o compartilhamento de informações entre os estados signatários. Entende que não há no protocolo referido permissão para o agente de tributos lavrar auto de infração de mercadoria que já não esteja mais no trânsito.

O autuado nega versão do autuante de que as mercadorias entraram em seu estabelecimento sem qualquer procedimento de fiscalização. Confirma que o início da fiscalização se deu quando da intimação fiscal para apresentação de documentos, fato confirmado pelo próprio autuante. Alega que a intimação ocorreu após a escrituração dos respectivos documentos fiscais.

O autuado reafirma que a nota fiscal nº 4443 é uma remessa por conta e ordem do vendedor referente à nota fiscal nº 63.918 emitida pela Frinense Alimentos Ltda., situado no Rio de Janeiro e que a glosa de crédito não pode prosperar diante da declaração oficial da Secretaria da Fazenda de Goiás de que o remetente não era detentor de benefício fiscal naquele estado. Por fim, reitera o pedido de nulidade do auto de infração ou pela sua improcedência.

O autuado apresentou nova manifestação em 31 de julho de 2015 em decorrência de alegar ter recebido outra intimação no dia 09 de junho de 2015 acerca da lavratura do presente auto de infração. Na nova manifestação, o autuado explica que a primeira defesa apresentada decorre de ter recebido do autuante cópia do auto de infração no dia 04 de março de 2015 e percebeu que os valores registrados no auto de infração, recebido quando da segunda intimação, estavam divergentes daquele recebido na primeira intimação.

O autuado informou que no CONSEF tomou conhecimento que recebeu duas intimações pois no primeiro auto de infração não havia visto saneador. A segunda defesa apresentada é uma cópia da anteriormente apresentada.

VOTO

A ação fiscal que resulta no presente auto de infração tem início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 14929019000121-2015122, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE) em 22 de janeiro de 2015. A fiscalização foi iniciada em 28 de janeiro de 2015 com a intimação para apresentação de documentos de arrecadação e com as lavraturas de termo de visita e de termo de ocorrência fiscal, este último para registrar a confirmação pelo autuado da realização das operações indicadas em diversas notas fiscais.

O Protocolo ICMS 82/12 instituiu as centrais de operações estaduais visando, dentre outras coisas, aperfeiçoar o processo de comunicação, compartilhamento e integração entre os fiscos signatários do referido acordo interestadual e para subsidiar as unidades de fiscalização de mercadorias em trânsito na execução de suas ações fiscais.

A ação fiscal que resultou no presente auto de infração foi efetuada por agente de tributos estaduais e visou a verificação do pagamento da antecipação parcial decorrente da aquisição interestadual de charque e jerked beef pelo autuado, contribuinte inscrito na condição de normal com apuração do imposto pelo regime de conta-corrente fiscal. Destaco que o valor do ICMS pago por antecipação parcial por contribuinte que apura o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal pode ser utilizado como crédito fiscal para compensação com débitos fiscais no mesmo mês em que ocorrer o recolhimento.

Observo que a ação fiscal tem início após a entrada das mercadorias no estabelecimento do autuado. Tratam-se de aquisições ocorridas nos meses de dezembro/2014 e janeiro de 2015 e não constam nos autos a data precisa em que as mercadorias entraram no estabelecimento. A data da expedição do mandado de fiscalização leva à conclusão que as aquisições mais recentes já estavam no estabelecimento do autuado antes de 22 de janeiro de 2015. Considerando que o início da ação fiscal ocorreu apenas em 28 de janeiro de 2015, vários dias após a entrada da mercadoria no estabelecimento do autuado, fica evidente que ela não pode ser caracterizada como fiscalização do trânsito de mercadorias.

A atividade comercial é muito dinâmica. Muitas vezes uma mercadoria adquirida para revenda já possui seu destinatário subsequente definido pelo adquirente e pode até nem ser desembarcada. Provavelmente, parte das mercadorias adquiridas pelo autuado desde o dia 12 de dezembro de 2014, objeto do presente auto de infração, já não estavam em estoque no dia 28 de janeiro de 2015, data do início da ação fiscal. E menos ainda na data da lavratura do auto de infração, dia 23 de fevereiro de 2015.

A probabilidade de boa parte dessas mercadorias já terem sido comercializadas, com o consequente lançamento do imposto na saída subsequente pelo autuado, obriga a fiscalização a efetuar uma auditoria de estoque para quantificação das que ainda estão no estabelecimento, pois a aplicação da penalidade será diferenciada.

O § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece a dispensa da exigência do tributo que deveria ser pago por antecipação quando ficar comprovado o recolhimento nas saídas subsequentes, restando, entretanto, a aplicação da penalidade prevista na alínea "d" do inciso II do caput do referido artigo:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Se por um lado a estratégia de fiscalização adotada provavelmente levou a uma bitributação do autuado, o que já indicaria a necessidade de um refazimento da ação fiscal, por outro esbarra em limitação disposta no art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 que apenas atribui competência aos agentes de tributos estaduais para constituição de créditos tributários quando decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples nacional.

As atividades de fiscalização em consequência de mandados de fiscalização expedidos pela COE em relação a mercadorias que não estejam mais em trânsito e que estejam em estabelecimentos de contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal não podem ser efetuadas por agentes de tributos estaduais, sob pena de arguição de nulidade. Nestes casos, as ações fiscais devem necessariamente ser efetuadas por auditores fiscais.

Assim, considerando que a função fiscalizadora em estabelecimentos de contribuinte que apura o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal compete exclusivamente a auditores fiscais, proponho que o processo seja remetido à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal.

Voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 2173740010/15-0, lavrado contra **O MERCADÃO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2015

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR