

PROCESSO	- A. I. Nº 217374.0010/15-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- O MERCADÃO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0185-02/15
ORIGEM	- IFMT - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 14/04/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0039-11/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Ausência de competência do Agente de Tributos para a lavratura do Auto de Infração em estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em referência o qual fora lavrado para reclamar crédito tributário no valor de R\$82.020,63, Acórdão JJF Nº 0185-02/15, em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: 54.05.08.- 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.

Consta ainda na descrição dos fatos: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total/parcial, adquiridas pelo contribuinte em outra unidade da federação , cujo pagamento deveria ser efetuado, antes da entrada no Estado da Bahia, mercadorias estas acobertadas pelos DANFES nºs 4483,4484,4443,4460,4461,4462,4474 e 4475.

O ilustre relator da Decisão recorrida assim fundamentou o seu voto:

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

Em atendimento ao disposto no artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

Trata-se de um Recurso de Ofício contra Decisão proferida pela 2ª JJF que julgou, por unanimidade, Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/02/2015, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$82.020,63 (oitenta e dois mil vinte reais e sessenta e três centavos), em decorrência 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 outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado de anular o Auto de Infração em epígrafe.

Isto porque vários foram os motivos ensejadores da Nulidade verificada pela JJF: i) o Modelo do Auto de Infração utilizado (Modelo 04 - Trânsito) é impróprio para a constituição do presente crédito tributário; ii) trata-se de operações pretéritas correspondentes a várias datas e não ter ocorrido qualquer apreensão de mercadoria, conclui-se que não se trata de uma infração constatada no trânsito de mercadorias. iii) o presente lançamento não poderia ter sido realizado por Agente de Tributos por carência de competência legal; iv) não constam nos autos qualquer intimação ao contribuinte, dando conta de que contra o mesmo estaria se desenvolvendo ação fiscal.

Assim, o fato de o autuante exercer o cargo de Agente de Tributos Estaduais, não possui

competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais, com exceção de contribuintes pelo Regime do Simples Nacional, nos termos previstos no art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81, o qual estabelece *que “Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de 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.”*.

Portanto, uma vez comprovado que o sujeito passivo se trata de contribuinte sob regime normal de apuração do ICMS, conforme verificado no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ, como também de que não se trata de uma ação fiscal de mercadorias em trânsito, falece de competência ao autuante para a lavratura deste Auto de Infração, o que enseja a nulidade do presente auto.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar NULO o Auto de Infração, do que, conforme art. 156 do RPAF, representa-se à autoridade fiscal, INFRAZ Cruz das Almas, para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 217374.0010/15-0, lavrado contra O MERCADÃO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. Representa-se à autoridade fiscal, INFRAZ Cruz das Almas, para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha, no estabelecimento do recorrido.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS