RECURSO DE OFÍCIO: 066/2013
AUTO DE INFRAÇÃO: 1514163000800-6
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA: CARVALHO ATACADO DE ALIMENTOS LTDA
RELATOR: CONSELHEIRO JÂNIO CURY QUEIROZ

Sessão realizada em 06 de novembro de 2013.

ACÓRDÃO Nº 194/2013

EMENTA: ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ESTABELECIMENTO BENEFICIÁRIO DE REGIME ESPECIAL APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ATACADISTAS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO ECONÔMICA DE MERCADORIAS. NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO. IMPOSTO E MULTA INDEVIDOS.

I. Recurso de ofício conhecido e não provido para manter a decisão de primeira instância que julgou o Auto de Infração improcedente.

II. Decisão por unanimidade.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício contra decisão de primeira instância que julgou improcedente o Auto de Infração nº. 1514163000800-6, lavrado contra a empresa CARVALHO ATACADO DE ALIMENTOS LTDA acima qualificada, em 05.12.2011, relativo ao exercício de 2007, em face da empresa acima qualificada, ter cometido erros na apuração do imposto. Esse fato ficou constatado por meio da análise dos registros efetuados

nos livros fiscais e Demonstrativos de Apuração de Base de Cálculo e Apuração do ICMS, anexo II, definido no artigo 8º do Decreto nº 10.439/00, cujo demonstrativo segue anexo. A irregularidade

Fundamenta-se o auto em questão nos artigos 31, da Lei nº 4.257/89, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº. 4.892/96, combinado com o artigo 87, inciso I e 166, § 4º, incisos IV e XXII, do RICMS e com o artigo 320 do RICM, mantidos em vigor pelo artigo 204, inciso IX do RICMS; c/c o art. 3º, VII e VIII do Decreto 10.439/00. Aplicada a título de penalidade a multa prevista no art. 78, II, "b", da Lei 4.257/89, com redação dada pelo art. 1º da Lei 4.892/96.

Intimada regularmente da ação fiscal, a autuada apresentou defesa, no prazo regulamentar, alegando que:

1. É nulo o lançamento tributário que decorre da extrapolação do prazo legal de 60 (sessenta) dias para a conclusão dos trabalhos de auditoria fiscal, sendo que o procedimento fiscal foi realizado durante o período de 25 de março de 2011 a 25 de janeiro de 2012 (data do recebimento do Auto de Infração), posto que inexiste documento por escrito autorizando expressamente a prorrogação da ação fiscal, omissão que traduz afronta ao disposto no artigo 196, parágrafo único, do CTN, e ao art. 83, § 2º, da Lei nº 3.226/73;

2. No mérito, argumenta que o fiscal autuante realizou levantamento considerando as mercadorias com o CFOP 1.949 (Outras Entradas de Mercadorias ou Prestação não Especificada), incluindo-as na base de cálculo, exigindo o ICMS no valor equivalente a 4%. No entanto, as referidas entradas se referem ao retorno de mercadorias encaminhadas para depósito da autuada, tendo sido previamente informado à Secretaria da Fazenda do Estado do Piauí da utilização daquele endereço de forma provisória, conforme protocolo nº 0066.000.03794/2007-6, datado de 16-04-2007. Logo, as mercadorias com o CFOP 1.949, no período da autuação, referem-se ao retorno da mesma mercadoria enviada pela impugnante para o local onde foi armazenada a mercadoria de forma provisória com a devida comunicação à SEFAZ/PI;

3. Aduz que não houve transferência de propriedade das mercadorias, mas apenas deslocamento das mesmas para local diverso da sede da impugnante, em virtude da chegada de grandes quantidades de mercadorias, não havendo espaço físico para o recebimento da mesma no endereço da impugnante. Na tentativa de comprovar suas razões, a defendente anexou algumas cópias de notas fiscais com o CFOP 5.949 e as de entrada com o CFOP

1.949, além de relatório onde constam as notas fiscais destinadas ao depósito provisório e o respectivo retorno da mercadoria para o endereço da impugnante;

4. Ressalta que comunicou e solicitou a respectiva autorização prévia junto ao Fisco Estadual para o armazenamento da mercadoria no local indicado, mediante o citado protocolo, sendo que, no entanto, o citado processo foi extraviado pela SEFAZ/PI, não tendo sido localizado até a data do procedimento fiscal;

5. Finaliza a defesa pedindo a improcedência da ação fiscal.

A autoridade julgadora acatou os argumentos da autuada e julgou improcedente o Auto de Infração, razão pela qual, apresenta, nos termos da legislação vigente, recurso de ofício a este órgão de julgamento em razão da desoneração do contribuinte da exigência fiscal contida na autuação.

A Procuradoria Tributária, em seu Parecer n° 146/2013, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso de ofício, no sentido de modificar a decisão de Primeira Instância para considerar o Auto de Infração procedente.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Em preliminar.

A preliminar de nulidade decorrente do descumprimento de prazo para a realização dos trabalhos fiscais e da inexistência de Termo de Encerramento de Fiscalização da ação fiscal deixará de ser apreciada tendo em vista que, no mérito, o julgador acolhera as razões suscitadas pela recorrente. Assim, esta autoridade julgadora não se manifestará em relação à invalidade decorrente da alegada violação dos pressupostos do lançamento, exatamente para não ensejar a feitura de novo lançamento, nos moldes do inciso II do art. 173 do CTN, cujo mérito já tenha se revelado inconsistente (princípio da economia processual). Assim, não deve prosperar a tese de nulidade do lançamento.

Passo, agora, à análise do mérito.

Trata-se o presente processo da cobrança de parcela de ICMS devido em decorrência de erro na apuração do imposto.

No caso sob exame, a cobrança de ICMS tem por base a entrada de mercadorias classificadas sob o CFOP 1949 (Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não

especificada), para estabelecimento atacadista beneficiário do Regime Especial de Tributação de que trata o Dec. nº 10.439/00, sem que tenha havido o regular recolhimento do percentual de 4,0%, 7% ou 12%, sobre o valor da referidas entradas.

Com efeito, dispõe o art. 3º, inciso VII e VIII, do Dec. nº 10.439/00, *verbis*:

> *"Art. 3° O contribuinte devidamente credenciado deverá recolher o ICMS, tendo por base a entrada das mercadorias, mediante aplicação do multiplicador direto de:*
>
> *(omissis)*
>
> *VII - 4,0% (quatro por cento) sobre o valor total das mercadorias normalmente tributadas adquiridas em operação interna ou interestadual, a partir de 1º de novembro de 2003 até 31 de outubro de 2011."*
>
> *(...)*
>
> *VIII - 7,0% (sete por cento) sobre o valor total das operações de entrada de*
>
> *bebidas quentes tais como Whisky, Wodka, Vinho, Champagne, Conhaque, etc., adquiridas em operação interna ou interestadual, a partir de 1º de maio de 2005 até 31 de janeiro de 2007; 12% (doze por cento) a partir de 1º de fevereiro de 2007 até 31 de dezembro de 2007."*

Complementando o disposto acima, o art. 166, § 4º, incisos IV e XXII, do RICMS estatui como caracterizadoras de infração a prática de escrituração incorreta ou viciada e a falta de recolhimento do imposto na forma e no prazo previsto na legislação.

Depreende-se, pelos dispositivos supracitados, que o contribuinte atacadista beneficiário do regime especial do setor deverá, nas entradas de mercadorias, recolher o ICMS incidente sobre as referidas operações à base do percentual de 4,0% , 7,0 % ou 12% sobre o valor das entradas.

No caso em tela, o fiscal procedeu à lavratura do auto de infração alegando erro na apuração do imposto detectado por meio de análise dos registros efetuados nos livros fiscais e no Demonstrativo de Base de Cálculo e Apuração do ICMS, erro este que implicou na falta de recolhimento do imposto de corrente das entradas registradas com o CFOP 1149 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada.

Por outro lado, as razões esboçadas no recurso cingem-se basicamente ao

argumento de que as mercadorias objeto da autuação (CFOP 1.949), referem-se ao retorno da mesma mercadoria enviada pela Impugnante para o local onde a mesma foi armazenada de forma provisória, com a devida comunicação à SEFAZ/PI, razão pela qual entende não ser devido o imposto e multa aplicados.

Razão assiste à recorrente.

De fato, pela análise do Levantamento Fiscal do ICMS Entradas CFOP 1949 (fls. 06/12), consta como remetente das mercadorias sob o CFOP 1949, a própria autuada, fato este que evidencia que não houve transferência de propriedade das mesmas, mas apenas mudança de local do armazenamento. Logo, não há que se falar em circulação econômica das mercadorias, mas apenas circulação física.

Ademais, sobre as referidas mercadorias já houve incidência de toda a carga tributária quando da aquisição das mesmas, na forma do Decreto nº 10.439/00. Dessa forma, pretender o Fisco cobrar novamente imposto sobre as mesmas mercadorias, a título de simples retorno, configuraria autêntico *bis in idem.*

Com efeito, embora não conste nenhum despacho autorizativo para que o contribuinte procedesse à remessa provisória das referidas mercadoria para depósito no endereço indicado, malgrado tenha apresentado requerimento neste sentido, tal situação não autoriza nova incidência do imposto quando do retorno das mesmas, embora possa ser cabível, em tese, aplicação de alguma penalidade pelo descumprimento de dever instrumental.

Portanto, não pode prosperar a ação fiscal, visto estar fundada em procedimento fiscal inadequado, Levantamento Fiscal do ICMS Entradas CFOP 1949, procedimento fiscal este que enseja dúvidas quanto ao resultado apurado, já que não havendo circulação econômica de mercadorias, não há que se falar em fato gerador do ICMS, podendo incorrer em cobrança de crédito tributário indevido. Assim, a decisão singular não merece nenhum reparo.

Assim, voto pelo conhecimento do recurso de ofício e nego-lhe provimento para manter a decisão de Primeira Instância e considerar o Auto de Infração improcedente.

É o Voto.

DECISÃO

A Segunda Câmara Recursal do Conselho de Contribuintes, em sessão realizada em 06 de novembro de 2013, por unanimidade, conheceu do recurso de ofício, mas negou-lhe provimento para manter decisão de Primeira Instância e considerar o Auto de Infração improcedente. Participaram do julgamento os Conselheiros Jânio Cury Queiroz, Maria Cristina Lages Rebêllo Castelo Branco, representantes do Fisco, Paulo Antônio Teixeira de Sousa e Aloísio Ernesto Soares da Costa Filho, representantes dos contribuintes, e a Procuradora do Estado Christianne Arruda.

Publique-se. Registre-se e Comunique-se.

Sala de Sessões do Conselho de Contribuintes do Estado do Piauí, em Teresina (PI), 06 de novembro de 2013.

Jânio Cury Queiroz-Conselheiro-Relator

Maria Cristina Lages Rebêllo Castelo Branco-Conselheira

Paulo Antônio Teixeira de Sousa - Conselheiro

Aloísio Ernesto Soares da Costa Filho- Conselheir0

Christianne Arruda - Procuradora do Estado