



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº 017 /2017

Sessão: 109ª Sessão Ordinária de 12 de dezembro de 2016

Processo Nº 1/1713/2016

Auto de Infração Nº: 2/201602830

Recorrente: TAM LINHAS AÉREAS S/A

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Conselheiro Relator: Leilson Oliveira Cunha

EMENTA: ICMS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. INIDONEIDADE APONTADA PELA AUSÊNCIA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NA NOTA FISCAL DA OPERAÇÃO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 131 DO RICMS. INDÍCIO DE POSSÍVEL FALTA DE RECOLHIMENTO A SER VERIFICADA NO ÂMBITO DE AÇÃO FISCAL JUNTO AOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS PELO CONTRIBUINTE. VEDAÇÃO DESTE PROCEDIMENTO NO ÂMBITO DA FISCALIZAÇÃO NO TRÂNSITO DE MERCADORIAS. **AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE** DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, CONTRÁRIO À DECISÃO SINGULAR, E EM CONFORMIDADE COM O PARECER DA ASSESSORIA TRIBUTÁRIA ACOLHIDO PELO REPRESENTANTE DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.

PALAVRA CHAVE: ICMS. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. AUSÊNCIA DE DESTAQUE DO ICMS. IMPROCEDENTE

RELATÓRIO

A acusação fiscal tem o seguinte relato de infração:

TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADA POR DOCUMENTOS FISCAIS INIDONEOS, A CIA AEREA TRANSPORTAVA MERCADORIAS CONFORME AWB 95766009949391 E NOTA FISCAL 3089, SENDO REFERIDO DOCUMENTO FISCAL INIDONEO PARA ACOBERTAR O TRÂNSITO DA REFERIDA MERCADORIA, DADO QUE FOI OMITIDO O DESTAQUE DO ICMS, QUANDO SE TRATA DE CONTRIBUINTE COM REGIME NORMAL DE RECOLHIMENTO. MOTIVO DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Autuação realizada em 25/02/2016, no posto fiscal do aeroporto, com base de cálculo em R\$ 650,00, imposto no valor de R\$ 110,50 e multa em R\$ 195,00 artigos

infringidos 16, I, B; 21, II, C; 28; 131 e 169, I todos do RICMS, com penalidade fixada nos termos do art. 123, III, A da Lei 12.670/96.

Lavrado o Certificado de Guarda de Mercadoria (CGM) 39/16 em que constam as mercadorias referentes à NF 3089, objeto da autuação, 500 chaveiros de borracha, no valor de R\$ 500,00. Aplicou-se margem de agregação de 30% (trinta por cento).

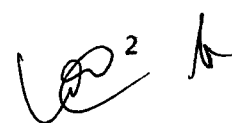
Feito fiscal corre à revelia em instância singular.

A autoridade julgadora de 1ª instância decide pela procedência do feito fiscal sob o argumento de que em face da ausência de interposição de impugnação pelo sujeito passivo resulta, a contrário senso, na impossibilidade ou impedimento do exame de qualquer questão que eventualmente possa exigir alguma alteração do lançamento ex vi do art. 145, I do CTN, pelo qual este dispõe que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de impugnação.

O contribuinte não resignado com a decisão singular interpõe de Recurso Ordinário em que consigna os mesmos fundamentos da peça de impugnação, o que de forma resumidamente se expõe:

- a) Nulidade por ilegitimidade da recorrente para figurar no polo passivo e por cerceamento do direito de defesa, dado que o emitente é plenamente identificável e em momento algum a autoridade fiscal intimou qualquer um dos envolvidos para prestar esclarecimento. Colaciona algumas decisões do TJ-RS no sentido de a responsabilidade por incorreções no documento fiscal é do emitente e não da transportadora;
- b) A irregularidade de ausência de destaque do ICMS no documento fiscal não se afigura nas hipóteses descrita no art. 131 do RICMS. Colaciona decisão da 1ª Câmara nesse sentido (AI 201501931-9, proc. 1/611/2015);
- c) Ocorrência de vício na declaração de inidoneidade do documento fiscal, visto que a multa aplicada ao transportador da mercadoria amparada por nota fiscal inidônea, deve ser declarada antes do transporte posto que os efeitos da inidoneidade não poderiam retroagir para prejudicar terceiros de boa fé;
- d) Que deveria ter sido aplicada a alíquota interestadual, tendo em vista que se trata de uma operação interestadual de venda para contribuinte não consumidor final.
- e) Violação ao princípio da vedação de confisco razão de a multa estabelecida em patamar equivocado pela imposição de sanção em 2000% do valor que receberia pela prestação do serviço;
- f) Ao final requer o cancelamento do feito fiscal seja pela nulidade aventada ou pela improcedência pertinente ao mérito.

A Assessoria Processual Tributária de início afasta o argumento de ilegitimidade da recorrente para figurar no polo passivo, com base no art.16, I, B da Lei 12670/96 que atribui responsabilidade à transportadora sem qualquer ressalva ou restrição de situações para se configurar o ônus tributário imputado. Não acata o argumento de cerceamento do direito de defesa por não intimação de prestação de esclarecimentos aos envolvidos na operação, visto que no âmbito de operações com mercadorias em trânsito, uma vez declarada a inidoneidade do documento fiscal configurada se afirma a infração nos termos do art. 829, do RICMS, impondo-se a respectiva lavratura do auto de infração, situação que não pode se confundir com irregularidade por erro



formal possível de reparação conforme dispõe o art. 831, § 1º do citado diploma legal. No mérito, decide pela improcedência do feito fiscal, razão de que a falta de destaque do ICMS no documento fiscal, não se subsumi nas hipóteses prevista no art. 131, configurando-se esta irregularidade em indício de imposto que deixou de ser recolhida, hipótese esta que somente pode ser verificada diante de análise dos livros e documentos fiscais em ação fiscal junto à empresa para este fim.

Parecer queda-se acolhido pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Em apertada síntese, é o que se relata.



VOTO DO RELATOR

O cerne da acusação fiscal se afigura na ausência de destaque do imposto em documento fiscal que acompanhava mercadoria em operação interestadual, tendo por esta razão sido lhe atribuída inidoneidade pela autoridade fiscal em procedimento de averiguação no trânsito de mercadorias, recaindo sobre o transportador a responsabilidade pela possível infração ocorrida.

De início, calha por oportuno afastar as preliminares de nulidade suscitadas de impossibilidade de autuada configurar em polo passivo da presente autuação, razão de se constituir apenas em empresa transportadora da mercadoria objeto do documento fiscal tido por irregular e, ademais, em face de possível cerceamento de direito de defesa pela ausência de intimação quando da ocorrência da irregularidade apontada pela autoridade fiscal.

A legislação do ICMS (Dec. 24569/97) em seu art. 21 atribui qualidade de responsável ao transportador da mercadoria em diversas hipóteses descritas em seus incisos, no caso que se cuida tem-se que o inciso II dispõe de forma cristalina responsabilidade ao transportador que transportar mercadoria sem documento fiscal ou sendo este inidôneo, previsão legal em perfeita sintonia com o inciso II, do art. 121 do Código Tributário Nacional (CTN), de sorte que não deve ser acolhida a pretensão da autuada de sua ilegitimidade passiva. No que pertine ao cerceamento do direito de defesa, não nos parece cabível tal entendimento tendo em vista compreensão da leitura conjunta dos arts. 94 e 97 da Lei 12.670/97, em que se configurada, na interpretação da autoridade fiscal, hipótese possível de mercadoria em situação fiscal irregular razão de ausência de documento fiscal ou sendo este inidôneo impõe-se o dever legal de autuação pelo auditor do fisco, desde que não configurada hipóteses passíveis de reparação nos termos do § 3º do art. 831.

Poder-se-ia alegar que a falta de destaque do imposto se constituiria em hipótese de retenção da nota fiscal eletrônica 3089 para posterior regularização, pelo que dispõe o § 1º do art. 831 do RICMS, ocasionando emissão de carta de correção eletrônica ou o cancelamento daquela nota fiscal com substituição por outro documento fiscal com a devida correção impondo-se o destaque do imposto concernente àquela operação interestadual. Tal raciocínio se encontra superado tanto no que pertine a possibilidade de emissão de carta de correção quanto do cancelamento.

Conforme dispõe o art. 131-A do RICMS, veda-se a emissão de carta de correção para regularização de erro ocorrido na emissão de documento fiscal relacionado com as variáveis que determinam o valor do imposto, tais como base de cálculo, alíquota, diferença de preço, quantidade, valor da operação ou da prestação. Por sua vez, se depreende dos autos, que a nota fiscal eletrônica de no. 3089 fora emitida em 19/01/16, enquanto que a autuação do fisco se deu em 25/02/16 quando da circulação da mercadoria, portanto, a situação fática se põe em desacordo ao que estipula o art. 176-M do RICMS, que pressupõe as condicionantes necessárias para os efeitos de cancelamento de documento fiscal eletrônico, em especial a não circulação da mercadoria.

Postas tais considerações, e em face da instantaneidade das fiscalizações que caracterizam as ações fiscais no trânsito de mercadorias, não há falar em intimação



ao contribuinte emitente do documento fiscal tanto quanto ao transportador com vistas a possível saneamento da irregularidade cometida.

Afastadas as preliminares de nulidades, passa-se a análise meritória do feito fiscal.

Conforme delineado na peça acusatória, a imputação de inidoneidade do documento fiscal reside na falta de destaque do imposto no documento fiscal de nº 3089 concernente a uma operação interestadual. A inidoneidade de documento fiscal se encontra disciplinada nos termos do art. 131 do RICMS, valendo dizer, presentes na situação fática qualquer das previsões do citado dispositivo normativo, opera-se a subsunção da conduta infratora às hipóteses legais caracterizadoras da invalidade jurídica do documento fiscal. No caso ora em debate, vê-se que não se inclui nas previsões normativas mencionadas, suficiente a invalidar juridicamente a nota fiscal da operação, a ausência de destaque do imposto o que, de razão certa, descaracteriza por inteiro a imputação alegada na acusação fiscal de inidoneidade do aludido documento fiscal, resultando na improcedência da autuação. Tenha-se como certo, que a ausência de destaque do ICMS, quando devido, em nota fiscal demonstra possibilidade indiciária de ocorrência de não recolhimento do tributo, presunção esta merecedora de ação acautelatória própria da fazenda pública, a saber, ação fiscal de auditoria junto ao contribuinte disciplinada nos arts. 815 e 816 do RICMS c/c o art. 1º da Instrução Normativa 49/2011. Portanto, assim considerado, somente no âmbito das citadas ações fiscais de fiscalização nos livros e documentos, fiscais e contábeis, do contribuinte restaria a possibilidade de imputação de qualquer infração quanto ao não recolhimento do imposto, o qual, diante dos comandos contidos em tais normas impossibilita legalmente ao agente do fisco no âmbito da fiscalização de mercadorias em trânsito realizar tais específicas investigações.

Pelo exposto, conheço do Recurso Ordinário para lhe dar provimento, reformando-se a decisão de 1ª instância, decidindo pela **IMPROCEDÊNCIA** nos termos deste voto e do parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: TAM LINHAS AÉREAS S/A e Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do Recurso Ordinário interposto, resolve preliminarmente, em relação à nulidade arguida pela recorrente, por ilegitimidade do sujeito passivo; Preliminar afastada, por unanimidade de votos, nos termos do Julgamento singular e do Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. No mérito, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso interposto, reformando a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **IMPROCEDENTE** a presente ação fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

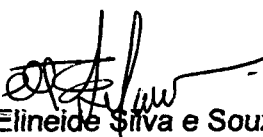
SALA DA SESSOES DA 1ª CAMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 06 de 02 de 2017.

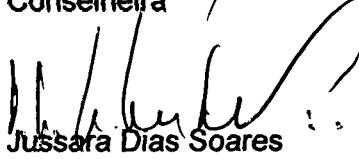

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Presidente


Matheus Wiana Neto
Procurador do Estado



Valtér Barbalho Lima
Conselheiro


Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheira


Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira


Jussara Dias Soares
Conselheira


Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro


Matheus Fernandes Menezes
Conselheiro