



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 218 /2019

68ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 23 DE SETEMBRO DE 2019

PROCESSO DE RECURSO Nº. 1/002413/2017 - AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2017.03088-6

AUTUANTE: ANTÔNIO ELIENDO PEREIRA MENDES.

RECORRENTE: TBM TEXTIL BEZERRA DE MENEZES S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO MARCUS MOTA DE PAULA CAVALCANTE

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. IMPEDIMENTO DO AGENTE FISCAL, em razão da ausência do Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, nos termos do § 1º do art. 831 do Decreto nº 24.569/97. **AUTUAÇÃO NULA**. Recurso ordinário conhecido e provido. Reformada a decisão parcialmente condenatória exarada em 1ª Instância no sentido de declarar a **NULIDADE** do feito fiscal por impedimento do agente autuante. Decisão unânime e com amparo em manifestação verbal do representante da douta PGE.

Palavra Chave: ICMS. Documento fiscal inidôneo. Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais. Ausência. Impedimento do agente fiscal. Auto de infração NULO.

RELATÓRIO

A acusação fiscal tem o seguinte relato de infração:

REMETER MERCADORIA COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. O AUTUADO REMETEU MERCADORIAS ACOMPANHADAS DAS NOTAS FISCAIS 109155, 42312, 109014, 42237, 108983 E 42220. OCORRE QUE TAIS NFES FORAM TORNADAS INIDÔNEAS POR NÃO GUARDAREM COMPATIBILIDADE COM A OPERAÇÃO REALIZADA. NÃO EXISTE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO DO ICMS DO CEARÁ PARA A OPERAÇÃO EFETUADA E O AUTUADO NÃO POSSUI TERMO DE ACORDO OU PARECER LEGALIZANDO-A.

Auto de infração (fls. 2 e 3) lavrado em 22/02/2017 sob a acusação de remeter mercadoria com documento fiscal inidôneo, sem a autorização para legalizar as notas utilizadas. Artigos infringidos: Art. 127 c/c 131 do Decreto 24.569/97 com penalidade fixada nos termos do art. 123, III, A, da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03. Período da infração 01/2010 a 12/2010.

Base de Calculo	R\$ 205.458,11
ICMS	R\$ 34.927,87
MULTA	R\$ 61.637,43

O contribuinte apresentou impugnação tempestiva (fls. 53 a 55) alegando que as notas fiscais objeto da autuação são as NFS 109155, 109014 e 108983 que acobertavam as operações que estavam sendo realizadas no momento da ação fiscal e não as citadas no auto de infração e que o autuante deixou de considerar o fato de que essas operações não são sujeitas à tributação do ICMS, motivo da substituição da sanção, requerendo, então, a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do auto de infração, com a desclassificação da penalidade proposta na peça acusatória, substituindo-se pela sanção prevista no art. 126, parágrafo único da Lei 12.670/96.

Em decisão singular (fls. 106 a 113), a autoridade julgadora de 1ª Instância proferiu decisão pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, intimando a autuada para recolher aos cofres públicos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados, a partir da ciência da decisão, a importância de R\$69.855,74 (sessenta e nove mil oitocentos e cinquenta e cinco reais e setenta e quatro centavos) com os devidos acréscimos legais ou interpor recurso, em igual prazo, ao Conselho de Recursos Tributários, na forma da lei.

DEMONSTRATIVO

Base de Calculo	R\$ 205.458,11
ICMS	R\$ 34.927,87
MULTA	R\$ 34.927,87
TOTAL	R\$ 69.855,74

Apesar de parcial decisão contrária ao Fisco, houve vedação de reexame necessário, haja vista a aplicação de penalidade mais benéfica à conduta infracional, indicada no auto de infração, decorrente exclusivamente de alteração superveniente na legislação, sob a inteligência do art. 2º do Provimento 002/2017 do CRT.

Em sede de Recurso Ordinário (fls. 119 a 127), a autuada pugna pela NULIDADE do auto de infração, alegando que a autoridade autuante estaria impedida de lavrar o auto de infração, pela prática de ato extemporâneo, visto que o agente queimou etapas e se antecipou na prática do ato final, sendo nulo tal ato por ocasião de impedimento.

Expõe a autuada que, de acordo com os arts. 97 a 101 da Lei 12.670/96, a lavratura do auto só poderia ter sido realizada depois de esgotadas as possibilidades de legalização das mercadorias retidas, o que não ocorreu no caso, visto que o auto de infração foi lavrado sem dar a oportunidade formal de regularizar a operação.

Alega, ainda, que o auto de infração foi lavrado no dia 22/02/2017 (com ciência em 06/03/2017), antes de emitir o Termo de Retenção de Mercadorias do art. 831, §1º do RICMS que notificaria o contribuinte para sanar a irregularidade.

Quanto às NFS nº 109.027, 109.028, 109.032, 109.188, 109.190 e 109.191, citadas nas Informações Complementares ao Auto de Infração, a recorrente esclarece o seguinte:

1) que elas não estão atreladas às notas fiscais citadas no relato do auto de infração, porquanto não se destinavam a acompanhar o trânsito das mercadorias vendidas e remetidas por meio daquelas notas consideradas inidôneas;

2) que elas, por serem notas de retorno e de outras saídas, estão diretamente vinculadas apenas às notas fiscais de recebimento, pela TBM/CE, das mercadorias utilizadas no processo de industrialização por encomenda;

3) que as notas que dizem respeito às saídas (simbólicas ou não) do produto industrializado pela TBM/CE com destino ao estabelecimento encomendante (TBM/MT) são emitidas, todas elas, com destaque do ICMS, calculado sobre o valor total da operação, daí não se poder falar em falta de recolhimento do imposto;

4) que essas notas, embora emitidas em datas posteriores àquelas indicadas nas notas fiscais citadas no auto de infração, foram, porém, emitidas em datas anteriores àquela em que a Autuada tomou conhecimento, formal e oficialmente, da lavratura do auto de infração no 2017.03088 e do CGM no 2017.5665 (ciência, conforme AR, em 06/03/2017).

No tocante às mencionadas NFS nº 109.027, 109.028, 109.032, 109.188, 109.190 e 109.191, citadas apenas nas Informações Complementares, ressalta a Recorrente que a correlação delas com as notas fiscais que acobertavam o trânsito das mercadorias objeto da autuação somente será possível mediante uma “fiscalização de empresa”, que pressupõe um levantamento fiscal quantitativo, e não por meio de uma “fiscalização de trânsito de mercadoria”, que tem um caráter preponderantemente instantâneo.

Então, as demais notas fiscais descritas no auto de infração não guardam relação com as operações e que não se destinavam a acompanhar o trânsito das mercadorias vendidas e remetidas por meio daquelas notas consideradas inidôneas, estando vinculadas apenas às notas de recebimento pela TBM/CE das mercadorias utilizadas no processo de industrialização por encomenda.

Ademais, explanou a autuada que houve um erro formal na classificação do CFOP da operação e que, por sua natureza, não implicou falta de recolhimento do imposto e que há cinco anos, por orientação do Posto Fiscal de Penaforte, a empresa vem adotando nessas operações notas de simples remessa, numa prática reiterada, não cabendo a aplicação de penalidade.



Por fim, a recorrente requereu a nulidade do auto de infração em preliminar e a improcedência no mérito.

A Assessoria Processual Tributária se manifesta (fls. 136 a 139) pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, confirmando a decisão singular de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do lançamento fiscal.

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

Em apertada síntese, é o que se relata.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de acusação de remessa de mercadoria com documento fiscal inidôneo, por não guardar compatibilidade com a operação efetivamente realizada.

Inicialmente, entendo pelo acolhimento da preliminar de nulidade suscitada pela recorrente, visto que está demonstrado o impedimento do agente público, nos termos do artigo 83 da Lei nº 15.614/2014, *in verbis*:

Art. 83. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

Com efeito, é pacífico na doutrina, na jurisprudência e nos manuais que tratam do processo administrativo tributário que autoridade impedida é aquela que esteja afastada das funções ou do cargo, assim como aquela que não disponha de autorização para a prática do ato ou, também, aquela que pratique ato extemporâneo ou com vedação legal.

Visto isso, é possível afirmar que ato extemporâneo é quando o agente público pratica um ato antes ou depois do momento indicado pela legislação para sua execução. No caso, o agente não observou os procedimentos ditados pelos artigos 97 a 101 da Lei no 12.670/96, a seguir transcritos:

Art. 97. Entende-se por mercadoria em situação fiscal irregular aquela que, depositada ou em trânsito, for encontrada desacompanhada de documentação fiscal própria ou com documentação que acoberte o trânsito de mercadoria destinada a contribuinte não identificado ou excluído do CGF ou, ainda, com documentação fiscal inidônea, na forma do art. 79.

Art. 98. Sempre que forem encontradas mercadorias em situação fiscal irregular, na forma como define o Artigo anterior, excetuando-se aquelas desacompanhadas de documentação fiscal própria, deverão os agentes do Fisco retê-las para fins de averiguação quanto à sua origem ou destino.

Art. 99. Se da averiguação a que se refere o Artigo anterior resultar a possibilidade de legalização das mercadorias e desde que, atendida essa hipótese, fique assegurado o



crédito tributário respectivo, o agente do Fisco colaborará, no que legalmente lhe couber, para que as mesmas sejam restituídas ao depósito ou à circulação.

Art. 100. Esgotadas as hipóteses de legalização das mercadorias retidas para averiguação, ou quando ficar evidenciado o propósito de fraude por parte do condutor ou depositário será lavrado o competente auto de infração.

Art. 101. Esgotadas as hipóteses de legalização das mercadorias retidas para averiguação ou quando ficar evidenciado o propósito de fraude por parte do condutor ou depositário ou, ainda, quando as mercadorias estiverem desacompanhadas de documentação fiscal, será lavrado o competente auto de infração.

Como se vê, a lavratura do auto só poderia ter ocorrido depois de esgotadas todas as possibilidades de legalização das mercadorias retidas, o que não ocorreu, visto que não foi dada a oportunidade formal de regularizar a operação.

Assim, o auto de infração foi lavrado apressadamente, visto que ocorreu no dia 22/02/2017 (com ciência em 06/03/2017), antes de emitir o Termo de Retenção de Mercadorias do art. 831, §1º do RICMS que notificaria o contribuinte para sanar a irregularidade. Vejamos:

Art. 831. Estará sujeita à retenção a mercadoria acompanhada de documento fiscal cuja irregularidade seja passível de reparação.

§ 1º. Configurada a hipótese prevista neste artigo o agente do Fisco emitirá Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, Anexo LXII, notificando o contribuinte ou responsável para que, em 03 (três) dias sane a irregularidade, sob pena de, não o fazendo, submeter-se à ação fiscal e aos efeitos dela decorrentes.

§ 2º. A ação fiscal a que se refere o parágrafo anterior poderá ser desenvolvida antes de esgotado o prazo nele previsto, desde que haja renúncia expressa do sujeito passivo.

§ 3º. Entende-se por passível de reparação a irregularidade que apresente erro resultante de omissão ou indicação indevida de elementos formais que, por sua natureza, não implique falta de recolhimento do imposto.

O que ocorreu foi um simples erro de natureza estritamente formal na classificação da operação (CFOP 6923, quando deveria ter sido CFOP 6949), engano esse que, pela sua natureza, não implicou falta de recolhimento de imposto.

Assim, entendo pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento para modificar a decisão parcialmente condenatória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE** do feito fiscal por impedimento do agente atuante, em razão da ausência do Termo de Retenção, conforme §1º do art. 831 do RICMS, combinado com o inciso VI, do art. 131, do mesmo diploma legal.

É como voto.



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: **TBM TEXTIL BEZERRA DE MENEZES S/A** e Recorrido: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento para modificar a decisão parcialmente condenatória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE** do feito fiscal por impedimento do agente autuante, em razão da ausência do Termo de Retenção, conforme §1º do art. 831 do RICMS, combinado com o inciso VI, do art. 131, do mesmo diploma legal. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, que em sessão modificou o parecer anteriormente adotado. Presentes para sustentação oral, o representante legal da Recorrente, Dr. Ivan Lima Verde Júnior, assessorado pela Contadora da Empresa, Dra. Ediuene Rodrigues.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 14 de novembro de 2019.


Maria Elineide Silva e Souza

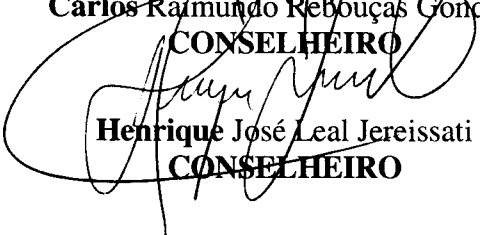
PR
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA


Leilson Oliveira Cunha
CONSELHEIRO

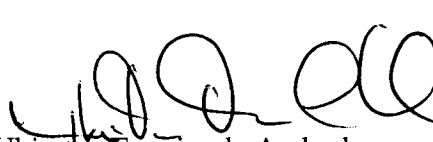

Marcus Mota de Paula Cavalcante
CONSELHEIRO


Carlos Raimundo Rebouças Gondim
CONSELHEIRO


Wander Araújo de Magalhães Uchôa
CONSELHEIRO


Henrique José Leal Jereissati
CONSELHEIRO


p/ José Alexandre Golana de Andrade
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO
CIENTE: 14/11/19