



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Cópia V.

RESOLUÇÃO Nº 417 /2007
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 05.06.2007
PROCESSO DE RECURSO Nº 1642/2006
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2/200604494
RECORRENTE: JOSÉ EDSON FREIRE
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONS. RELATORA: ERIDAN REGIS DE FREITAS

EMENTA: TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADO POR NOTA FISCAL INIDÔNEA. DECLARAÇÕES INEXATAS QUANTO À NATUREZA DA OPERAÇÃO. Nota Fiscal indicava como natureza da operação: Remessa/Empréstimo, todavia no momento da ação fiscal não fora apresentado nenhum contrato de comodato. **Reforma** da decisão condenatória exarada pela 1ª Instância. **Declaração de NULIDADE** do feito, em virtude da falta de emissão do Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais. Autoridade impedida por vedação legal. Desobediência ao art. 831, § 1º do Decreto 24.569/97. Decisão amparada no art. 32 da Lei 12.732/97 c/c art. 53, § 2º, III do Decreto 25.468/99. Recurso voluntário conhecido e provido. Decisão por **unanimidade** de votos.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, objeto do presente processo, trata do transporte de mercadoria acobertado por nota fiscal inidônea, por conter declarações inexatas quanto à natureza da operação no intuito de fugir ao pagamento do imposto.

Nas Informações Complementares o autuante esclarece que a Nota Fiscal nº 0214 emitida por Rivalmaq Ind. e Com. De Máquinas para Indústrias Alimentícias Ltda. e destinada para Genilda P. da Silva – ME descrevia como natureza da operação: Remessa/Empréstimo, quando na realidade trata-se de venda, sem o

devido destaque do imposto e que até o momento da lavratura do presente auto, não foi apresentado nenhum contrato de locação ou comodato por parte das empresas envolvidas.

Instruindo o processo consta o TERMO DE OCORRÊNCIA DA AÇÃO FISCAL, assinado pelo autuado, no qual consta em linhas gerais o seguinte: que a Nota Fiscal nº 0214 foi retida, tendo sido solicitado que o condutor entrasse em contato com o emitente da mesma para que enviasse documentação complementar que embasasse a operação, no caso, contrato de locação ou comodato e, tendo em vista, que não houve retorno por parte da emitente o condutor exigiu que o fisco aplicasse as penalidades previstas na legislação.

A mercadoria foi liberada mediante concessão de liminar em Mandado de Segurança impetrado pela emitente da Nota Fiscal, a empresa Rivalmaq Ind. e Com. De Máquinas para Indústrias Alimentícias Ltda.

Em razão da ausência de impugnação foi lavrado o Termo de Revelia às fls. 35.

Em 1ª Instância o julgador decidiu pela Procedência do feito, ressaltando que o contribuinte não comprova a operação de “remessa/empréstimo”, pois não apresentou documentação que justificasse a operação, no caso, contrato de locação ou comodato e aplica a penalidade do art. 123, III, a da Lei 12.670/96 alterada pela Lei 13.418/03.

Inconformado com a decisão monocrática o autuado interpõe Recurso arrazoando o seguinte:

- que a recorrente firmou contrato de comodato com a empresa Genilda P. da Silva – ME em 21/abril/2006, cuja operação não tem incidência do ICMS nos termos do art. 4º, VIII do RICMS;
- que o contrato foi apresentado no início da ação fiscal, mas foi rejeitado pelo fiscal pois não tinha firma reconhecida;
- que providenciou o reconhecimento das firmas e ao retornar ao Posto Fiscal o auto já estava lavrado;
- acosta aos autos o citado contrato, firmado em 21/abril/2006, com firmas reconhecidas em 24/abril/2006.

O Parecer da Consultoria Tributária, adotado pela douta Procuradoria Geral do Estado, opina pela confirmação da decisão condenatória exarada pela 1ª Instância esclarecendo que consta nos autos o Termo de Ocorrência da ação fiscal informando que até o momento da lavratura do auto de infração não fora apresentada a documentação complementar que embasasse a operação solicitada pelo agente e que o motorista / responsável exigiu que fosse aplicada a penalidade cabível. Ressalta que a apresentação do documento em data posterior não invalida o procedimento fiscal, pois resta provado que não houve a apresentação do contrato de comodato no momento da abordagem.

Compareceu para fazer sustentação oral o Dr. José Alexandre Goiana de Andrade, ao qual foi concedido prazo de 48 horas para fazer juntada da procuração, vez que a mesma não consta dos autos. Ao sustentar suas razões o ilustre advogado o fez nos seguintes termos:

a) argüição de nulidade do auto de infração por desatendimento ao art. 831 do RICMS, já que não foi concedido o prazo de 3 dias para que a documentação solicitada fosse apresentada;

b) argüição de extinção do feito por ilegitimidade do sujeito passivo, uma vez que a responsabilidade deve recair sobre a transportadora;

c) no mérito, alega que não há obrigatoriedade do contrato de comodato estar anexo à nota fiscal e que o mesmo fora apresentado sem as firmas reconhecidas, motivo pelo qual não foi aceito pelo agente fiscal.

VOTO

Trata-se no caso em tela de acusação de transporte de mercadoria acobertado por documento fiscal inidôneo, por conter declarações inexatas, já que a Nota Fiscal nº 0214 descrevia como natureza da operação: Remessa/Empréstimo, quando na realidade tratava-se de venda, sem o devido destaque do imposto, pois até o momento da lavratura do presente auto, não fora apresentado nenhum contrato de locação ou comodato por parte das empresas envolvidas.

É de relevância o Termo de Ocorrência da Ação Fiscal, indicando como data da chegada do veículo no Posto Fiscal o dia 23/04/06 e da saída o dia 24/04/06, mesma data da lavratura do auto de infração ora analisado.

No referido documento é relatado que após a retenção da Nota Fiscal nº 0214, foi solicitado que o condutor entrasse em contato com o emitente da mesma para que enviasse a documentação comprobatória da operação, no caso, contrato de locação ou comodato.

Segundo, ainda, o relato, considerando que não houve retorno por parte da emitente, o agente do fisco efetuou a lavratura do presente auto de infração.

Ora, em princípio, já cabe salientar que, se o agente fiscal entendeu que a nota fiscal estava incompatível com a natureza da operação e, por esta razão, necessitava de outros elementos que comprovassem a operação e, conseqüentemente, pretendia solicitar esclarecimentos ou documentos por parte da emitente do documento fiscal, é inquestionável que deveria se utilizar de instrumento hábil para tal fim, qual seja, a emissão do Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais concedendo o prazo de 3 dias para que fosse sanada a suposta irregularidade.



Por ocasião de sua manifestação oral, o representante da douta Procuradoria Geral do Estado enfatizou que, a rigor, no momento da abordagem o que deve ser verificado é o documento fiscal, todavia o fisco pode exigir a documentação probatória das informações ali constantes, o que deve ser realizado dentro de um prazo a ser concedido pela autoridade fiscal.

De fato, nas ações fiscais realizadas no trânsito de mercadorias, a forma de concessão de prazo se dá através da expedição do Termo de Retenção, o qual deve obrigatoriamente ser emitido nos casos elencados nos §§ 3º e 4º do art. 831 do RICMS, além dos casos em que a autoridade fiscal julgar necessário, pois as situações ali enumeradas não são exaustivas, já que o *caput* e seu § 1º assim determinam:

“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.”

A meu ver, assiste razão ao recorrente quando argüi a nulidade do auto de infração por não ter sido concedido o prazo de 3 dias para que a documentação solicitada fosse apresentada, uma vez que, além da ação ter se desenvolvido entre os dias 23 e 24/04/2006, não foi emitido o devido Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais.

Já no que tange a argüição de extinção do feito por ilegitimidade do sujeito passivo, deve a mesma ser afastada, pois da análise dos autos vê-se que o autuado trata-se de pessoa física, condutor do veículo, o qual fora indicado no documento fiscal, no campo “transportador – razão social”, donde se infere que o mesmo é transportador autônomo e, dessa forma, torna-se responsável nos termos do art. 16, II, “c” da Lei 12.670/96.

Por outro lado, no que pertine ao mérito, o mesmo deixa de ser analisado ante a existência de vício insanável que macula o processo desde o seu nascedouro.

Considerando que a autoridade fiscal deveria ter expedido o Termo de Retenção concedendo prazo para que fosse apresentado o contrato de comodato e considerando, ainda, que esta não o fez, tornou-se a mesma impedida, o que, conseqüentemente, gera a nulidade do presente auto de infração, nos termos do art. 32 da Lei 12.732/97 c/c art. 53, § 2º, III do Decreto 25.468/99, *in verbis*:



“Art. 32 - São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de qualquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.”

“Art. 53 - 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.”

§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:

III - pratique ato extemporâneo ou com vedação legal.”

Por fim, voto para que se conheça do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento, para que seja reformada a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e declarada a **NULIDADE** do feito, em virtude do impedimento do autuante por vedação legal, já que não foi expedido o Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais concedendo prazo para sanar a irregularidade, com a aquiescência do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **JOSÉ EDSON FREIRE** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**


RESOLVEM os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários por **unanimidade** de votos conhecer do Recurso Voluntário e dar-lhe provimento no sentido de **reformar** a decisão exarada em 1ª Instância e declarar a **NULIDADE** do feito, por impedimento da autoridade autuante por vedação legal, já que não foi expedido o Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais




concedendo prazo para sanar a irregularidade, nos termos do voto da Relatora e com a aquiescência do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente justificadamente a conselheira Maria Salete Rocha Barbosa. Compareceu para fazer sustentação oral o Dr. José Alexandre Goiana de Andrade.

Sala das Sessões da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributário do Estado do Ceará, em 24 de agosto de 2007.


ALFREDO ROGÉRIO GOMES DE BRITO
Presidente


ERIDAN REGIS DE FREITAS
Conselheira Relatora


VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE
Conselheira


FRANCISCA MARTA DE SOUSA
Conselheira


RODOLFO LISURGO T. DE OLIVEIRA
Conselheiro

p/ 
MARIA SALETE ROCHA BARBOSA
Conselheira


MARCELO REIS DE A. SANTOS FILHO
Conselheiro


REGINEUSA DE AGUIAR MIRANDA
Conselheira


ILDEBRANDO HOLANDA JUNIOR
Conselheiro

UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE
Procurador do Estado