



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº. 0230 / 2019.

SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM:

PROCESSO Nº: 1/2740/2017.

AUTO DE INFRAÇÃO: 201703012-3.

RECORRENTE: TRANSPORTE CRUZADO LTDA

RECORRIDA: CÉDULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CNPJ: 79.663.241/0001-70

CONSELHEIRO RELATOR: MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA

EMENTA: ICMS – SAIDA DE MERCADORIA COM DOCUMENTO FISCAL UTILIZADO EM OPERAÇÕES ANTERIORES – Infringência ao artigo 174 do Decreto 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 123, III, alínea “F” da lei 12.670/96, alterado pela lei 16.258/17 – Defesa Tempestiva. Auto de infração extinto, em face da ilegitimidade passiva da empresa autuada, tendo vista o disposto no art. 16, incisos II e III, da Lei 12.670/96, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS SAIDA DE MERCADORIA COM DOCUMENTO FISCAL UTILIZADO EM OPERAÇÕES ANTERIORES. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. AÇÃO FISCAL EXTINTA.

I – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir: “*Promover saída de mercadoria com documento fiscal já utilizado em operação anterior*”.

O auto de infração alega a reutilização da NFE 393823. Ocorre que tal DANFE já fora registrada na ação fiscal homologada de nº 20170042600, portanto caracterizando a reutilização. A autuação fora instruída com cópias do Certificado de Guarda de Mercadorias –



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

C.G.M Nº 20175663, DACTE Nº 404078 e DANFE Nº 393.823, e Documento da Ação Fiscal de Trânsito 2017149635.

O autuante apontou os seguintes dispositivos infringidos, Arts. 174 do Decreto nº 24.599/97 e como penalidade o Art. 123, inciso III, alínea “f”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Intimada da lavratura da presente autuação, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva (fls. 10/27); Na 1ª Instância de Julgamento, o feito foi julgado PROCEDENTE, por considerar que o sujeito passivo promoveu a saída de mercadoria com artigo 16, I alínea “b”, artigo 21, II alínea “c”, artigo 28, artigo 131, artigo 169, inciso I e artigo 174 do Decreto nº 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 123, III, alínea “f” da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei nº 13.418/03 (fls. 28/32).

Recurso Ordinário interposto alegando que a autuada transportava mercadorias da empresa Schulz S/A, de Joinville – SC para o Estado do Ceará e que, ao passar pelo posto de fiscalização em Penaforte/CE, fora constatado a reutilização de DANFE outrora emitido em dezembro de 2016, cuja mercadoria fora transportada por motorista e caminhão diferente.

O Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, divergindo da decisão de 1ª Instância, opinando pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento para alterar a decisão para parcial procedência (fls. 45/48).

A Procuradoria adotou os mesmos termos exarados no parecer da Assessoria Processual Tributária (fls. 49).

É o breve relato.



II – VOTO

O auto de infração se consubstancia pela saída de mercadoria com documento fiscal já utilizado em operação anterior. A autuada realizava prestações de serviços para a empresa Schulz S/A. Trata-se, desse modo, da reutilização dos DANFE'S de numeração às fls. 02 a 04 e 09 a 94 da A.F.: 20162081995 na A.F.: 20162118899.

O art. 174 do Dec. 24.569/97 traz a exigência da emissão da nota fiscal pela empresa no momento da saída da mercadoria

Art. 174. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída da mercadoria ou bem;

Assim, não fora emitida nota fiscal devida, resultando na desobediência ao dispositivo mencionado, gerando a penalidade prevista no art. 123, inciso III alínea “f” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03:

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

(...)

III - relativamente à documentação e à escrituração:

(...)

f) promover saída de mercadoria ou prestação de serviço acompanhada de documento fiscal já utilizado em operação ou prestação anterior, inclusive quando se tratar de documento fiscal eletrônico ou sua respectiva representação gráfica impressa: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação; (Redação da alínea dada pela Lei Nº 16258 DE 09/06/2017).



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Ocorre que a responsabilidade pelo pagamento do ICMS é taxativo e não incumbe-se a mera prestadora de serviços mas a empresa fornecedora dos bens e mercadorias, no caso, a empresa Schulz S/A, conforme termos do artigo 16, incisos II e III da Lei nº12.670/96:

Art. 16. São responsáveis pelo pagamento do ICMS:

(...)

II - o transportador em relação à mercadoria:

III - o remetente, o destinatário, o depositário, ou qualquer possuidor ou detentor de mercadoria ou bem desacompanhados de documento fiscal, ou acompanhados de documento fiscal inidôneo ou sem o selo fiscal de trânsito; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 13.418, de 30.12.2003, DOE CE de 30.12.2003)

No caso em tela, o transportador poderia ser autuado por documento fiscal inidôneo, ou mesmo por transportar mercadoria sem documento fiscal que acoberte a operação, ou ainda, por não apor o selo fiscal de trânsito. Entretanto, o transportador não poderia figurar no ilícito fiscal de promover saída de mercadoria com documento fiscal já utilizado em operação anterior.

Desta forma, transcreve-se os ensinamentos de mestre Paulo de Barros Carvalho sobre o estudo da estrutura lógica da regra sancionatória, assim expresso:

"O antecedente da regra sancionatória descreve fato Ilícito qualificado pelo descumprimento de um dever estipulado no consequente da regra-matriz da incidência. É a não prestação do objeto da relação jurídica tributária. Essa conduta é tida como antijurídica, por transgredir o mandamento prescrito, e recebe o nome de ilícito ou infração tributária. Anote-se: "ilícito" ou "infração tributária" são categorias relativas ao mundo fático...

... No caso das penalidades pecuniárias ou multas fiscais, o liame também é de natureza obrigacional, uma vez que tem substrato



econômico, denomina-se relação jurídica sancionatória e o pagamento da quantia estabelecida é promovido a título de sanção”. CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. Saraiva: São Paulo, 2018, pg. 475.

E, também, a doutrina do Professor Hugo Machado:

“...Insta lembra que o tipo é a descrição da conduta que o legislador coloca como suposto da pena, ou da exclusão desta, e que a tipicidade é a qualidade da conduta, em concreto, que se ajusta ao tipo.

E que a tipicidade pode ser considerada como um princípio jurídico complementar ao Princípio da legalidade.

Ainda, que no Direito Tributário em respeito ao Princípio da Segurança Jurídico, exige-se que a lei descreva o tipo, vale dizer, a conduta, se e quando acontece no mundo fenomênico, concretiza o poder-dever do Estado de punir o autor daquela conduta que concretiza a hipótese legalmente descrita, e faz nascer o estado de sujeição a pena, para o autor daquela conduta”. MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**, pg. 54-55.

Desta forma, considerando que a ausência de legitimidade passiva do auto de infração, o Fisco não poderá aplicar qualquer penalidade (consequente), incorrendo o previsto no art. 87, I, "e" da Lei 15.614/2014, *in verbis*:

Art.87. Extingue-se o processo administrativo-tributário:

I- Sem julgamento de mérito:

(...)

e) quando não ocorrer à possibilidade jurídica, a legitimidade da parte ou o interesse processual.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Nestes termos, modifica-se a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, declara-se a EXTINÇÃO processual em face da ilegitimidade passiva da empresa autuada, tendo vista o disposto no art. 16, incisos II e III, da Lei 12.670/96 c/c artigo 87, inciso I, alínea “e”.

Este é o voto.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

III – DECISÃO.

Processo de Recurso Nº 1/2740/2017 – Auto de Infração: 2/201703012. RECORRENTE: TRANSPORTE CRUZADO LTDA. RECORRIDO: Célula de Julgamento de 1ª Instância. **Relator** Conselheiro **MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA. Decisão:** A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do Recurso Ordinário e, em referência a arguição do Relator, em sessão, de nulidade processual pela ausência da assinatura no Termo de Retenção do responsável pelas mercadorias, objeto desta autuação, baseada no art. 837, inciso VI, do Decreto nº 24.569/97, afastar por voto de desempate do Presidente, por entenderem que a autuada foi devidamente informada por AR. Foram votos divergentes neste ponto os dos conselheiros Mikael Pinheiro de Oliveira relator), Ricardo Ferreira Valente Filho e Felipe Augusto Araújo Muniz que votaram pela nulidade requerida. Em ato contínuo, por maioria de votos, resolve modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, declarar a **EXTINÇÃO** processual em face da ilegitimidade passiva da empresa autuada, tendo vista o disposto no art. 16, incisos II e III, da Lei 12.670/96. As Conselheiras Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto (relatora) e Susie de Pontes Lima votaram pela parcial procedência da ação fiscal, nos termos do Parecer da Assessoria Processual Tributária. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Sala das sessões da 3ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em Fortaleza, aos 19 de Novembro de 2019.


Francisco Wellington Ávila Pereira


PRESIDENTE DA 3ª CÂMARA


Alexandre Mendes de Sousa

CONSELHEIRO


Lúcio Flavio Alves

CONSELHEIRO


André Gustavo Carreiro Pereira

PROCURADOR DO ESTADO


Felipe Augusto Araújo Muniz

CONSELHEIRO

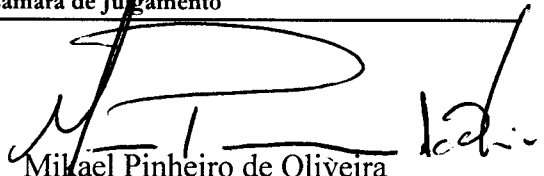

Ricardo Ferreira Valente Filho

CONSELHEIRO



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Teresa Helena C. Rebouças Porto
CONSELHEIRA


Mikael Pinheiro de Oliveira
CONSELHEIRO