



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº. 35 /2017

3ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 08 DE FEVEREIRO DE 2017 – 13h 30 min.

PROCESSO Nº:1/1422/2013 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2013. 04331-6

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

CGF: 06.693.063-4

RECORRIDO: DUNAX LUBRIFICANTES LTDA.

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ WILAME FALCAO DE SOUZA

EMENTA: ICMS – REVISÃO DE LANÇAMENTO – AUSÊNCIA DE SELO FISCAL NAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS INTERESTADUAIS. O contribuinte procedeu saídas de mercadorias em operações interestaduais sem oposição do selo fiscal de trânsito. Operações foram escrituradas no Registro de Saídas e informadas na DIEF, mas sem registro no Sistema Cometa. Arguição de nulidade fundamentada por falta de clareza do julgamento singular, levantada pelo representante da Procuradoria Geral do Estado-PGE, foi afastada, pois em que pese a existência de confusão acerca da decisão proferida (nulidade ou improcedência), os fatos narrados apontam a intenção do julgador por decidir pela improcedência. A decadência suscitada pela parte, sob alegação de que o auto de infração originário fora anulado por vício de competência e não por vício formal, foi rejeitada, sob entendimento que o ato praticado no curso da ação fiscal por autoridade sem a devida competência legal configura vício formal, e assim reabre prazo para o Fisco refazer o lançamento, por força do art. 173, do CTN. No mérito, restou configurada a infração aos artigos 157 e 158 do RICMS. As operações relativas às notas fiscais em questão são regidas pelo regime de substituição tributária e estão escrituradas no livro Registro de Saídas, motivos para justificar a aplicação da sanção prevista no art. 126, parágrafo único, da Lei nº 12.670/96. Decisão pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, em desacordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com manifestação oral em sessão do douto representante da PGE.

PALAVRAS CHAVE: REVISÃO DE LANÇAMENTO - NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – AUSÊNCIA DO SELO FISCAL DE TRÂNSITO — DECADÊNCIA ARGUIDA COM ARRIMO EM VÍCIO DE COMPETÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO ORIGINÁRIO AFASTADA – ATO PRATICADO NO CURSO DA AÇÃO FISCAL, POR AUTORIDADE SEM A DEVIDA COMPETÊNCIA LEGAL, CONFIGURA VÍCIO FORMAL – INFRAÇÃO PREVISTA NOS ARTIGOS 157 E 158 DO RICMS – OPERAÇÕES SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS E INFORMADAS NA DIEF - APLICAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA NO ART. 126, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 12.670/96. DECISÃO PARCIAL PROCEDENTE.

RELATÓRIO:

A acusação fiscal constante da peça inaugural deste processo tem o seguinte teor:

"ENTREGAR, TRANSPORTAR, RECEBER, ESTOCAR OU DEPOSITAR MERCADORIA ACOMPANHADA DE DOCUMENTO FISCAL SEM O SELO FISCAL DE TRÂNSITO. APÓS ANÁLISE DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL DE SAÍDAS DO EXERCÍCIO DE 2007 DA EMPRESA ACIMA EPIGRAFADA, CONSTATAMOS QUE A MESMA EMITIU NFS DE SAÍDAS INTERESTADUAIS SENDO QUE AS MESMAS NÃO PASSARAM PELOS POSTOS FISCAIS DE FRONTEIRAS DO ESTADO DO CEARÁ, CONFORME PLANILHAS E INF. COMPLEMENTARES ANEXAS.

No auto de infração constam os dispositivos infringidos: artigos 153, 155, 157 e 159, do Decreto nº 24.569/97; a penalidade sugerida: art.123, III, "m", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº.13.418/03 e art. 878, III, "m", do Decreto nº 24.569/97; e o valor da multa: R\$54.360,60.

Nas Informações Complementares, fls.04, os agentes fiscais apresentam os fatos que motivaram a acusação fiscal, que, em síntese, seguem transcritos abaixo:

"Averiguando a documentação e os dados cadastrais da empresa, constatamos que se trata de um contribuinte que fabrica e comercializa lubrificantes para motores e maquinários, bem como os derivados dos referidos produtos" (fls.04).

"As obrigações tributárias principal e acessória relativas as operações da empresa estão regidas pelos artigos 470 a 473 do Decreto 24.569/97, onde está implícito que a empresa deverá recolher o ICMS sob o regime de substituição tributária quando das saídas das mercadorias".

"Após receber a documentação da empresa, solicitamos do laboratório fiscal arquivos contendo dados das entradas e saídas da DIEF (2007), notas fiscais que passaram pelos postos fiscais e seus respectivos cruzamentos".

"Verificou-se no arquivo DIEF SIM COMETA NÃO XLS, relatório de notas fiscais de saídas interestaduais que não passaram pelos postos fiscais, ou seja, as referidas notas fiscais não foram autenticadas pelos agentes do fisco quando da saída das mercadorias para outras unidades da federação".

Compõem o processo, além do Auto de Infração e as Informações Complementares, o Mandado de Ação Fiscal nº 2012.20878 (fls.05), o Termo de Início de Fiscalização nº 2012.21723 (fls.06) e o AR – Aviso de Recebimento relativo aos dois documentos citados (fls.07), o Termo de Intimação 2012.29397 e o respectivo AR (fls.08/09), o Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2013.03456 (fls.10), cópia do Registro de Saídas (fls.10 a 35), planilha saídas interestaduais que não passaram nos postos fiscais (fls.37/38), Auto de Infração e outros documentos pertinentes a ação fiscal reconstituída (fls.39 a 43), relatórios Controle de Mercadorias em Trânsito (fls.44 a 79), Protocolo de devolução de documentos fiscais (fls.80), Protocolo de entrega de AI/documentos

nº 2013.02648 (fls.81), Aviso de Recebimento – AR relativo ao auto de infração (fls.83).

O contribuinte ingressou com Pedido de Prorrogação de Prazo para defesa (fls.86 a 89), que foi tempestivamente apresentada e repousa às fls.91 a 102), na qual alega a extinção do feito fiscal em razão da decadência por vício de competência e, no mérito, pede a improcedência.

A decisão de 1ª Instância foi pela improcedência da acusação fiscal, nos termos da ementa em destaque (fls. 103):

EMENTA: FALTA DA APOSIÇÃO DO SELO FISCAL DE TRÂNSITO – REVISÃO DE LANÇAMENTO. Não procede a alegação de decadência do direito de o fisco constituir o crédito. Incide, no caso, o art. 173, II, do CTN. O ato designatório da ação fiscal só pode integrar a categoria de formalidades legais. Terminado o prazo previsto sem o contribuinte tenha tomado ciência da conclusão da ação fiscal, fica o servidor designado impedido da prática de qualquer ato. Para os efeitos legais, o contribuinte está sob ação fiscal, Nulidade por vício de forma havida ainda no auto de infração anterior pela não renovação da intimação do art. 158, § 4º do RICMS. Nulidade outra, desta feita, por vício material. A ausência do selo de trânsito no documento fiscal, por si só, não caracteriza a infração a legislação do ICMS, exceto na presença real e atual das mercadorias. Ausentes as mercadorias, infração há se verificado que o remetente ou responsável não cumprira a obrigação imposta no § 4º do art. 158 do RICMS, não por falta do selo, evidentemente, mas por simulação das operações (art. 123, I, “h”). Auto de infração IMPROCEDENTE. Defesa tempestiva. Reexame necessário.

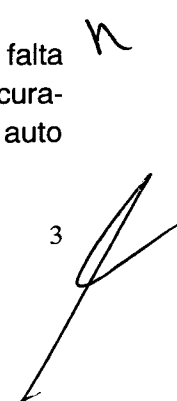
Por meio do Parecer de nº 97/2016, fls.116 a 118, a Assessoria Processual Tributária fez suas considerações a respeito da acusação fiscal e da decisão singular e, por fim, opinou no sentido de reformar a decisão proferida pela improcedência para **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, com aplicação da penalidade prevista no art. 123, III, “m”, da Lei nº 12.670/96. Vale alertar que apesar de ser essa a opinião da Assessora Processual Tributária, esta incorreu em equívoco quando na ementa assinalou “Parecer pela Improcedência”.

Eis, o relatório.

VOTO DO RELATOR

O auto de infração em questão reclama multa sob a acusação de falta de aposição de selo fiscal de trânsito nas notas fiscais relacionadas às fls.37/38, relativas às operações de saídas interestaduais de mercadorias durante o exercício de 2007.

Inicialmente, cabe a análise da arguição de nulidade do julgamento singular, por falta de clareza quanto à exata decisão proferida, suscitada pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. De fato, o julgador singular em sua decisão afirma que o auto



de infração é formal e materialmente nulo, mas julga improcedente. A fundamentação dessa decisão foi feita nos seguintes termos:

"Presentes as mercadorias, infração com aplicação da penalidade do art. 123, III, 'm'; ausentes as mercadorias, depois de verificada a não comprovação da efetividade das operações interestaduais, infração com penalidade prevista no art. 123, I, 'h'. Para além destas duas hipóteses não há que se falar em infração à legislação do ICMS do Estado do Ceará" (fls.109)

"Devo, portanto, concluir que o auto de infração não reúne os elementos que remeta a quaisquer das infrações comentadas. É, portanto, acometido de vício material ao não dar concretude à regra de direito material (particularmente, diz respeito à penalidade) face à ausência das mercadorias ou da providência prevista no art. 158, § 4º do RICMS" (fls.109).

"Depois de tudo o que foi dito, é dizer em resumo, que o auto de infração é formal e materialmente nulo" (fls.110)

"Ou seja, o auto de infração é IMPROCEDENTE. É como entendo" (fls.110).

Na verdade, o julgamento traz de forma aparente uma confusão quando fala em nulidade, mas decide pela improcedência, nos termos acima reproduzidos. Em que pese esse conflito, podemos dizer que a penalidade prevista no art. 123, III, alínea "m", da Lei nº 12.670/96 é perfeitamente aplicável a infração em apreço, ao contrário do entendimento do julgador singular que entende ser cabível somente se as mercadorias estivessem presentes, que não era a situação no ato da ação fiscal. Também há equívoco quando afirmou que a decisão proferida decorre por falta da providência prevista no art. 158, § 4º, da Lei nº 12.670/96, posto que o Termo de Intimação em questão foi lavrado e repousa às fls. 08 dos autos. Neste sentido, a nulidade requerida pelo representante da Procuradoria Geral do Estado foi afastada por voto de desempate do Presidente da Câmara

No tocante a arguição de extinção do crédito tributário em razão de decadência do direito de reconstituição da ação fiscal, porquanto a decisão de nulidade no lançamento anteriormente realizado não se deu por vício formal, mas por vício de competência, foi o referido pedido afastado por voto de desempate do Presidente. Na verdade, o entendimento predominante é que a falta de competência legal da autoridade que determinou o reinício de fiscalização no processo originário configura vício formal, que o inerente a preparação dos atos e procedimentos que antecedem o lançamento, e, nesse sentido, permite novo prazo para o Fisco refazer o lançamento, consoante o disposto no art. 173, II, do CTN.

Em referência ao questionamento da defesa de que o procedimento de reconstituição do crédito anteriormente anulado não pode produzir novos elementos probatórios da infração, o entendimento é que essa motivação carece de suporte fático, pois, na verdade, não ocorreu tal situação no processo ora em análise, haja vista que este apenas reproduziu a mesma infração constante do auto de infração originário, que foi julgado

nulo por vício formal, em face de ato nele praticado por autoridade fiscal sem competência legal. Ademais, de acordo com o art. 2º da Instrução Normativa nº 28/2000, não há impedimento para produção de novas provas em caso de reconstituição de auto de infração julgado nulo por vício formal.

Quanto ao mérito, a previsão legal de obrigação de selar notas fiscais está estampada nos artigos 157 e 158 do Decreto nº 24.569/97, **verbis**:

Art. 157. A aplicação do Selo de Trânsito será obrigatória para todas as atividades econômicas na comprovação de operações de entradas e saídas de mercadorias.

Art. 158. O Selo Fiscal de Trânsito será apostado pelo servidor fazendário no verso da primeira via do documento ou, na impossibilidade, no anverso, sem prejuízo das informações do documento fiscal.

Registre-se, ainda, que no caso em apreço foi oferecida ao contribuinte a oportunidade para que comprovasse a regularidade das operações, conforme Termo de Intimação 2012.29397 (fls.08), providência prevista no § 4º do art. 158, do RICMS, que assim determina:

Art. 158. ... :

(...)

§ 4º Nas operações de saídas interestaduais, o contribuinte deste Estado deverá, no prazo de 5 (cinco) dias uteis contados da intimação, comprovar a efetivação das operações para contribuinte de outros Estados, nos casos em que não tenham sido registradas no sistema de controle da SEFAZ e/ou não tenham sido apostos os Selos Fiscais de Trânsito.

No processo em tela, a oportunidade concedida ao contribuinte, por força do dispositivo supra, não foi exercida, razão pela qual o agente fiscal lavrou o auto de infração exigindo a multa prevista no art. 123, inciso III, alínea "m", da Lei nº 12.670/96, que assim expressa:

Art. 123. ... :

III – relativamente à documentação e à escrituração:

(...)

m) entregar, transportar, receber, estocar ou depositar mercadoria acompanhada de documento fiscal sem o selo fiscal de trânsito: multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da operação.

Contudo, as operações da empresa, conforme noticiado nas Informações Complementares, " ... estão regidas pelos artigos 470 e 473 do RICMS, onde está implícito que a empresa deverá recolher o ICMS sob o regime de substituição tributária quando das saídas de mercadorias (fls.04). Neste sentido e diante do fato de estar comprovado nos autos que as notas fiscais estão escrituradas no livro próprio, a infração em apreço torna-se cabível aplicar a penalidade prevista no art. 126, parágrafo único, da Lei nº 12.670/96.

Isto posto, VOTO no sentido de que se conheça do Reexame Necessário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão absolutória proferida e decidir pela **PARCIAL PRO-CEDÊNCIA** da acusação fiscal, em desacordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, mas conforme manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

Base de cálculo: R\$271.802,98

Penalidade: art. 126, parágrafo único, da Lei nº 12.670/96: 1% (um por cento) sobre o valor das operações.

MULTA: R\$2. 718,02

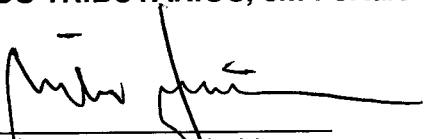
DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é **RECORRENTE** a CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA e **RECORRIDO** DUNAX LUBRIFICANTES LTDA.

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário e tomar as seguintes deliberações: **1.** Em relação à arguição de nulidade do julgamento singular, suscitada pelo representante da PGE, por falta de clareza quanto à exata decisão proferida, resolvem afastá-la por voto de desempate do Presidente. Foram votos vencidos os dos Conselheiros José Wilame Falcão de Souza, Diogo Moraes Almeida Vilar e Rodrigo Portela Oliveira; **2.** Quanto à arguição de decadência do direito de reconstituição do crédito tributário, feita pela parte sob o argumento de que a anulação, neste CO-NAT, do lançamento anteriormente realizado não se deu por vício formal, mas por vício de competência, resolvem rejeitá-la por voto de desempate do Presidente, entendendo-se que a incompetência da autoridade que determinou o reinício da fiscalização configura vício formal, e que, portanto, reabriu-se novo prazo para que o Fisco refizesse o lançamento, consoante o disposto no art. 173, II, do CTN. Foram votos vencidos neste ponto os dos conselheiros Diogo Moraes Almeida Vilar, Alice Gondim Salviano de Macedo e Rodrigo Portela Oliveira; **3.** Em referência à alegação da defesa de que o

procedimento de reconstituição do crédito anteriormente anulado não pode produzir novos elementos probatórios da infração, resolvem afastá-la por unanimidade de votos, em vista do que dispõe o artigo 2º da Instrução Normativa SEFAZ nº 28/2000. **4. No mérito**, resolvem dar provimento ao Reexame Necessário, e reformar a decisão absolutória recorrida para **PARCIAL-PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, mudando a penalidade aplicada no auto de infração para a prevista no artigo 126, parágrafo único, da Lei nº 12.670/96, tendo em vista tratar-se de mercadorias sujeitas a substituição tributária, e considerando, ainda, que as NFs foram devidamente escrituradas pelo contribuinte, conforme consta nos autos. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas, quanto ao mérito, em conformidade com a manifestação oral em sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, a representante legal da recorrente, Dra. Yaskara Girão dos Santos Araújo.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de MARÇO de 2017.


Abílio Francisco de Lima
Presidente da 4ª Câmara


José Wilame Falcão de Souza
Conselheiro relator


Lúcio Flavio Alves
Conselheiro


José Augusto Teixeira
Conselheiro


Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado


Rodrigo Portela Oliveira
Conselheiro


Alice Gondim Salviano de Macedo
Conselheira


Diogo Morais Almeida Vilar
Conselheiro