



Conselho de Recursos Fiscais

Processo nº 017.324.2011-4

Acórdão 016/2014

Recurso HIE/CRF- nº 253/2013

Recorrente: **GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS**

Recorrida: **VISÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓPTICOS E JOALHERIAS LTDA**

Preparadora: **RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE**

Autuantes: **JOSENILDA PALMEIRA GOMES DA SILVA E NICODEMOS HENRIQUES DE OLIVEIRA JÚNIOR**

Relator: **DOMÊNICA COUTINHO SOUZA FURTADO**

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. MERCADORIA ACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. ERRO NA DESCRIÇÃO DA NATUREZA DA INFRAÇÃO E NA PESSOA DO INFRATOR. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Diante da circunstância de mercadoria acompanhada por documentação fiscal inidônea, cabe ao fisco impor o imediato lançamento compulsório do ICMS respectivo. *In casu*, erro na caracterização da natureza da infração e da pessoa do infrator prejudicaram a consistência da ilicitude. A falta de certeza e clareza da denúncia gerou vícios formal e material no lançamento tributário, resultando na nulidade da peça acusatória. Desnecessário, entretanto, a realização de novo feito fiscal, haja vista a escrituração e recolhimento do imposto devido.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, a unanimidade, e, de acordo com o voto da relatora pelo recebimento do recurso hierárquico por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para reformar decisão da Instância Prima que julgou **IMPROCEDENTE**, para julgar **NULO** o Auto de Infração de Mercadorias em Trânsito com Documento de Origem nº **90301070.10.00000078/2011-40**, de 22.02.2011, lavrado contra a transportadora **VISÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS OPTICOS E JOALHERIAS LTDA.**, inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS/PB sob o nº **16.157.109-3**, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrente do presente contencioso.

Cumprir registrar que se torna desnecessária a realização de novo procedimento fiscal, em função da errônea identificação da natureza da infração e da pessoa do

infrator, haja vista a falta de repercussão tributária, diante do cumprimento da obrigação tributária principal pelo contribuinte, que demonstrou nos autos ter escriturado e recolhido o imposto estadual devido.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do artigo 730, § 1º, inciso II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

P.R.E

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de janeiro de 2014.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FIRTADO – CONSª. RELATORA



**GOVERNO
DA PARAÍBA**

Secretaria de Estado da Receita

Conselho de Recursos Fiscais

Processo nº 0173242011-4

Recurso HIE /CRF nº 253/2013

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida: VISÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓPTICOS E JOALHERIAS LTDA

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSENILDA PALMEIRA GOMES DA SILVA E NICODEMOS HENRIQUES DE OLIVEIRA JÚNIOR

Relator: DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. MERCADORIA ACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. ERRO NA DESCRIÇÃO DA NATUREZA DA INFRAÇÃO E NA PESSOA DO INFRATOR. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Diante da circunstância de mercadoria acompanhada por documentação fiscal inidônea, cabe ao fisco impor o imediato lançamento compulsório do ICMS respectivo. *In casu*, erro na caracterização da natureza da infração e da pessoa do infrator prejudicaram a consistência da ilicitude. A falta de certeza e clareza da denúncia gerou vícios formal e material no lançamento tributário, resultando na nulidade da peça acusatória. Desnecessário, entretanto, a realização de novo feito fiscal, haja vista a escrituração e recolhimento do imposto devido.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

RELATÓRIO

Recurso Hierárquico interposto perante este Colendo Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 128 da Lei nº 6.379/96, em face de decisão proferida em primeira instância que julgou **improcedente** o libelo acusatório.

O Auto de Infração de Mercadorias em Trânsito com Documento de Origem nº 90301070.10.00000078/2011-40, lavrado em 22 de fevereiro de 2011, contra a empresa VISÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS OPTICOS E JOALHERIAS LTDA., noticia a seguinte irregularidade:

“TRANSPORTE DE MERCADORIAS COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO – NÃO LEGALMENTE EXIGIDO PARA A RESPECTIVA OPERAÇÃO >> O autuado acima qualificado está sendo acusado de efetuar o transporte de mercadorias acompanhadas por documentação fiscal inidônea, uma vez que não é o legalmente exigido para a respectiva operação.”

Nota Explicativa: AS NOTAS FISCAIS FORAM APRESENTADAS AO COPCGE PARA SEREM SELADAS, NO ENTANTO EM VIRTUDE DO PROTOCOLO 42/2009 SÃO CONSIDERADAS INIDÔNEAS”.

Desta forma, foi exigido ICMS no valor de **R\$ 21.215,26** por infringência aos arts. 160, I; 151, 143, § 1º, II c/c art. 38, II, “c” do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e multa por infração no valor de **R\$ 42.430,52** com fulcro no art. 82, V, alínea “b”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de **R\$ 63.645,78**.

A empresa autuada seguiu cientificada da exordial por AR – Aviso de Recebimento, em 28 de fevereiro de 2011, consoante fls. 05 do processo, sendo anexado pelos autuantes, “*Termo de Fiel Depositário*” e “*Termo de Apreensão*”, além das notas fiscais de saída, objeto da lide, fls. 06 a 26.

Em 28/03/2011, tempestivamente, o contribuinte apresenta peça reclamatória à repartição preparadora, fls. 28 a 52, pleiteando a nulidade do feito fiscal. Discorre inicialmente acerca do direito constitucional ao processo administrativo fiscal e do seu efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, lançado em sede da inicial, citando dispositivos do CTN como fundamentação para suas assertivas.

Em ato contínuo, discorre acerca da questão meritória, qual seja: mercadorias em trânsito acompanhadas por documentação fiscal inidônea, considerando-a insustentável e inconsistente, alegando que a empresa emitente das notas fiscais em comento, sediada no Estado de Alagoas, ÔTICA ATUAL LTDA.- ÓTICAS FLU LOOK, encontrava-se ativa, operando normalmente e que a operação de venda interestadual, *in casu*, deu-se na mais estrita legalidade, tendo sido devidamente escriturada. Considerou a lavratura da inicial como medida extrema, abusiva e arbitrária.

Ademais, enaltece a sua boa-fé no cumprimento das obrigações tributárias: principal e acessória, alegando que, como contribuinte, dirigiu-se à

coletoria de tributos para carimbar os respectivos documentos fiscais, enseja a figura da denúncia espontânea e segue citando jurisprudência do STJ a respeito. Elenca ainda a regra matriz do ICMS; seu princípio constitucional da não cumulatividade; da descon sideração dos registros contábeis e pagamento do ICMS; da injuricidade da tributação fundada em fatos inexistentes e finaliza criticando o percentual desproporcional da multa aplicada, quando da lavratura da exordial.

Anexa às fls. 73 a 77, Livro Registro de Entradas; Comprovantes de Pagamento DAR-MOD 2; Contrato de Constituição de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada da empresa destinatária autuada; Consulta Pública ao Cadastro do Estado de Alagoas pelo SINTEGRA.

Em apertada síntese, às fls. 79, um dos autuantes contesta os argumentos trazidos aos autos em peça defensual, aduzindo que a empresa entrou em território paraibano com documento fiscal inidôneo, citando o Protocolo 42/2009, como fundamento legal para a obrigatoriedade da utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-é), em substituição da Nota Fiscal modelo 1, para as operações interestaduais, a partir de 01 de dezembro de 2010. Aduz que a empresa, na reclamação, não faz alusão as razões supracitadas, motivo pelo qual deixa de considerá-la para embate da matéria em questão.

Assim, sem antecedentes fiscais, às fls. 80, os autos são conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuídos à julgadora Adriana Cássia Lima Urbano, que decide pela improcedência da inicial, às fls. 83 a 87.

Desta feita, a empresa autuada segue notificada da decisão monocrática de **improcedência** da peça acusatória, por AR – Aviso de Recebimento, em 12 de junho de 2013, às fls. 89.

Em sede de contra-arrazoado, às fls. 94, a autuante sugere que seja reformada a decisão “*a quo*”, julgando **procedente** a peça acusatória. Discorda do julgamento monocrático quando o mesmo aduz ser o transportador das mercadorias acompanhadas por documentação fiscal inidônea a pessoa responsável a ser indicada como autuada em peça acusatória. Fundamenta seu argumentos no dispositivo artigo 38, III do RICMS/PB, o qual determina o detentor da mercadoria como responsável tributário.

É o relatório.

V O T O

A presente acusação trata do fato do autuado ter transportado mercadorias sem documentação fiscal idônea correspondente, utilizando-se da nota fiscal Mod. 1 e Mod. 1A, enquanto já obrigado a emissão da NF-e, ensejando a exação, com crédito tributário de R\$ 63.645,78, corresponde ao valor de R\$ 21.215,26 de ICMS a recolher e R\$ 42.430,52 de penalidade pecuniária.

Ao perscrutar as peças dos autos, este Colendo Conselho observa que a razão da lavratura da inicial de 22/02/2011 estar no fato da fiscalização de trânsito ter flagrado a situação de mercadorias acompanhadas da Notas Fiscais Modelo 1 e 1A, acostadas ao processo fls. 08 a 26, emitidas pela firma ÓTICA ATUAL LTDA. – ÓTICAS FLU LOOK, CNPJ 08.880.871/0001-59, que estaria, na data do flagrante, obrigada à emissão de nota fiscal eletrônica. Tal obrigatoriedade data de **01/04/2010**, consoante Anexo único do Protocolo 42/09, tanto para a Secretaria da Fazenda do Estado de Alagoas, quanto para a Secretaria da Fazenda do Estado da Paraíba, em atendimento ao citado Protocolo pertinente a matéria.

Neste norte, a inidoneidade se deu em face do descumprimento dos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09, os quais determinam que a empresa deve emitir, em suas operações de mercância, notas fiscais eletrônicas em substituição das notas fiscais Modelo 1 e 1A.

Destarte, ao se perscrutar as normas de regência concernente ao uso da NF-e, mormente o **Protocolo ICMS 42/2009**, verifica-se que a obrigação do uso da NF-e tem por cerne o CNAE das empresas, recaindo tanto sobre a atividade principal, como a secundária, conforme se abebera das normas infracitadas:

Cláusula primeira – Acordam os Estados e o Distrito Federal em estabelecer a obrigatoriedade de utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) prevista no Ajuste SINIEF 07/05, de 30 de setembro de 2005, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para os contribuinte enquadrados nos códigos da Classificação Nacional de Atividade Econômicas – CNAE descritos no Anexo Único, a partir da data indicada no referido anexo.

§ 1º A obrigatoriedade aplica-se a todas as operações efetuadas em todos os estabelecimentos dos contribuintes referidos nesta cláusula que estejam localizados nas unidades da Federação signatárias deste protocolo, ficando vedada a emissão de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, salvo nas hipóteses previstas neste protocolo.

(...)

§ 3º Para fins do disposto neste protocolo, deve-se considerar o código da CNAE principal do contribuinte, bem como os secundários, conforme conste ou, por exercer a atividade, deva constar em seus atos constitutivos ou em seus cadastros, junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da Receita Federal do Brasil (RFB) e no cadastro de contribuinte do ICMS de cada unidade federada a Relação de códigos CNAE a que se refere a Cláusula Primeira deste Protocolo ICMS, que sujeita o contribuinte à emissão obrigatória de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, modelo 55,, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, com a respectiva data de início da obrigatoriedade.

Nesse contexto, vislumbra-se que o protocolo supracitado veio ratificar a obrigação disciplinada através do **Protocolo ICMS 10/07**, mantendo a obrigação da emissão de nota fiscal eletrônica a todas as unidades federativas, porém, passou-se a tomar por base a obrigação através do CNAE, a partir de 01/04/2010.

No caso em tela, vislumbra-se que em face dos estados da federação terem incorporado em suas legislações as normas do Protocolo ICMS 42/09, não agiu diferente o Estado de Alagoas, através da Portaria nº , nem o Estado da Paraíba, Portaria nº 078/2010, datada de 13/10/2010, que estabelece a obrigatoriedade da emissão de nota fiscal eletrônica, modelo 55, considerando o respectivo CNAE e a data do início da obrigação restou a mesma prevista no Protocolo nº 42/2009, conforme o Anexo Único da citada Portaria.

Outrossim, este Colendo Conselho entende que o libelo acusatório lavrado em comento não atende aos preceitos legais, quanto a natureza da infração, pessoa do infrator e legislação pertinente a matéria, mostrando-se eivado de vícios, consoante será demonstrado no presente voto.

Ab initio, necessário se faz tecer alguns comentários acerca da nulidade do feito fiscal em face da equivocada responsabilização da impugnante.

Diante da caracterização da inidoneidade documental, apesar da responsabilidade pela emissão da NF-e ser do emitente, a sujeição passiva passa a recair sobre o transportador, ou sobre o possuidor/detentor, conforme dispõe a norma do RICMS/PB, infringida:

Art. 38. São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:

(...)

II – o transportador em relação à mercadoria:

c) que aceitar para despacho ou transportar sem documento fiscal, ou acompanhada de documento fiscal inidôneo;

III - qualquer possuidor ou detentor de mercadoria desacompanhada de documento fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo; (RICMS-PB)

No caso vertente, verifica-se às folhas 04 do processo, que o fiscal autuante imputa a empresa adquirente VISÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓPTICOS E JOALHERIAS LTDA. a sujeição passiva da infração cometida, porém transcreve a natureza da infração da inicial noticiando a irregularidade de transportar mercadorias com documentação inidônea, a seguir fundamenta a denúncia com o disposto no artigo 38, II, alínea c, do RICMS/PB, que responsabiliza a figura do transportador pela infração cometida.

“TRANSPORTE DE MERCADORIAS COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO – NÃO LEGALMENTE EXIGIDO PARA A RESPECTIVA OPERAÇÃO >> O autuado acima qualificado está sendo acusado de efetuar o transporte de mercadorias acompanhadas por documentação fiscal inidônea, uma vez que não é o legalmente exigido para a respectiva operação.”

Nota Explicativa: AS NOTAS FISCAIS FORAM APRESENTADAS AO COPCGE PARA SEREM SELADAS, NO ENTANTO EM VIRTUDE DO PROTOCOLO 42/2009 SÃO CONSIDERADAS INIDÔNEAS”.

Entretanto, a empresa supracitada tem por atividade econômica o comércio varejista de artigos de óptica e de relojoaria, consoante demonstrado pelos “Dados do Contribuinte”, Sistema ATF, às fls. 91 dos autos, não se tratado, portanto, de transportadora, conforme sugere a natureza da infração do libelo acusatório.

Não obstante o inconformismo do fazendário autuante em suas contra-razões, às fls. 94, utiliza-se do artigo 38, III, do RICMS/PB, possuidor/detentor, para justificar o fato de ter imputado em peça acusatória a firma VISÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓPTICOS E JOALHERIAS LTDA. como responsável pela documentação fiscal inidônea apresentada em repartição fiscal.

Aportando os autos na primeira instância, Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, a exordial é considerado improcedente, com ementa a seguir transcrita:

DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO – NÃO LEGALMENTE EXIGIDO PARA A RESPECTIVA OPERAÇÃO – ERRO NA PESSOA DO INFRATOR.

O lançamento compulsório que se apresenta viciado em decorrência erro na determinação da pessoa do infrator deve a princípio ser declarado nulo. No entanto, diante da inexistência nos autos da identificação do transportador, impossibilitando novo feito fiscal, tem lugar a decretação da sua improcedência em vez da nulidade.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Muito embora a instância prima tenha julgado a inicial como improcedente, entendimento pacífico deste Colendo Conselho, entende que houve vício formal por falta de certeza e clareza da denúncia posta no Auto de Infração, devendo ser anulada a presente medida fiscal, não necessitando, entretanto, refazer o lançamento tributário que ocasionou a lavratura da peça acusatória, haja visto a falta de repercussão tributária diante do cumprimento da obrigação tributária principal pelo contribuinte, que demonstrou nos autos ter escriturado e recolhido o imposto estadual devido, às fls.73 a 76.

Ilustrando a matéria, segue colacionado acórdão deste Conselho, que, diante de situação assemelhada, assim decidiu:

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO – ERRO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO – HIPÓTESES INFRACIONÁRIAS DISTINTAS - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – MANTIDA DECISÃO SINGULAR

É considerado nulo o auto de infração que se apresente com erro na determinação da natureza da infração, diante da interpretação errônea das hipóteses infracionárias, cabendo a realização de novo feito fiscal por parte da Fazenda estadual. Auto de Infração Nulo – Mantida decisão recorrida.

Acórdão nº 216/2010 Recurso: HIE/CRF-320/2009

Relator: Cons. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

Ex positis,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para reformar decisão da Instância Prima que julgou **IMPROCEDENTE**, para julgar **NULO** o Auto de Infração de Mercadorias em Trânsito com Documento de Origem n.º 90301070.10.00000078/2011-40, de 22.02.2011, lavrado contra a transportadora **VISÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS OPTICOS E JOALHERIAS LTDA.**, inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS/PB sob o n.º 16.157.109-3,

devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrente do presente contencioso.

Cumpre registrar que se torna **desnecessária a realização de novo procedimento fiscal**, em função da errônea identificação da natureza da infração e da pessoa do infrator, haja vista a falta de repercussão tributária, diante do cumprimento da obrigação tributária principal pelo contribuinte, que demonstrou nos autos ter escriturado e recolhido o imposto estadual devido.

Sala das Sessões Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de janeiro de 2013.

DOMÊNICA COUTINHO S. FURTADO
Conselheira Relatora