

CEFIT



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

OK!

RESOLUÇÃO Nº 396 / 2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 15/03/2013 - 58ª SESSÃO ORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/2 975/2008

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2/200806035

AUTUANTE: FRANCISCO HÉLIO RODRIGUES PAGEÚ - MAT. 103.949-1-0

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE.

EMENTA: ICMS - TRANSPORTE DE MERCADORIAS ACOBERTADAS POR DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO – NULIDADE. Auto de infração julgado **NULO** face à ausência da lavratura do Termo de Retenção de Mercadoria e Documentos Fiscais, conforme art. 831 § 1º e 3º do Decreto nº 24.569/97. Reforma da decisão condenatória proferida em 1ª instância. Decisão, por maioria de votos, amparada no artigo 32 da Lei nº 12.732/97, em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária aprovado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O Agente do Fisco acusa a empresa SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA de "*Transporte de Mercadoria acobertada por Documentos Fiscais Inidôneos*". Aduz, na Inicial, que "*O Contribuinte supramencionado transportava no veículo de sua propriedade as mercadorias descritas no CGM N. 151/2008, acompanhadas do DANFE com Chave de Acesso nº 23080501387400000164550010000046651863572294, considerado inidôneo pois depois da consulta ao Portal da NF-e, não verificamos sua autorização, razão da lavratura do Auto de Infração*".

Indica como dispositivos legais infringidos os arts. 16, I, "b", 21, II, "c", 28, 131, 169, inciso I do Decreto nº 24.569/1997. Como penalidade sugere o art. 123, III, "a", da Lei nº 12.670/1996 alterado pela Lei nº 13.418/2003.

O processo administrativo tributário encontra-se instruído com os seguintes documentos: Certificado de Guarda de Mercadorias nº 151/2008, DANFE nº 000.004.665, Consulta da NF-e no Sistema da SEFAZ, Consulta da NF-e no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, Boletim de Conformidade datado de 08/05/2008, Boleto de Pagamento no valor de R\$ 32.004,50, Cópia da Carteira Nacional de Habilitação do motorista José Antônio Nunes Júnior, Cópia do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo e uma autorização, fls. 03/11.

Termo de Revelia lavrado às fls. 12.

Despacho de encaminhamento dos autos ao Contencioso Administrativo Tributário, fls.13.

Impugnação apresentada, às fls. 18/19, na qual argumenta, em síntese, a Autuada, a improcedência do auto em face do caráter escusável da falta formal cometida; que os produtos comercializados estão sujeitos ao regime de substituição tributária progressiva, logo, a penalidade aplicada deve ser a contida no art. 126 da Lei nº 12.670/1996, na redação originária da Lei nº 13.48/2003.

O julgamento de Primeira Instância, às fls. 21/25, decide pela Procedência do feito fiscal, por entender que, *in casu*, como não foi localizada a autorização do DANFE no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, é legítima a exigência contida na inicial, já que a Empresa Autuada infringiu a legislação de regência.

Intimação da decisão de 1ª Instância, fls. 26/27.

Inconformada com a decisão condenatória, a Empresa Autuada interpôs Recurso Voluntário, às fls. 32/34, repisando os argumentos expendidos em sede de Impugnação.

A Consultoria Tributária emitiu o Parecer, às fls. 37/40, sugerindo o conhecimento do Recurso Voluntário, porém negando-lhe provimento,



alterando a decisão de procedência proferida em Primeira Instância para Parcial Procedência, sugerindo a aplicação da penalidade prevista no art. 126, caput, da Lei nº 12.670/1996, vez que a situação se trata de ICMS retido pelo fornecedor nos termos dos arts. 484/485 do Decreto nº 24.569/1997, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado que adotou o mesmo às fls. 41.

Ofício nº 039/2013, informando da data em que se realizaria a sessão de julgamento, fls. 45.

Juntada realizada pela Autuada dos seguintes documentos: Procuração, Cópia autenticada do Termo de Abertura do Livro Registro de Saídas/2008, Cópia autenticada da folha 299 do Livro Registro de Saídas/2008 e Cópia autenticada do Termo de Encerramento do Livro Registro de Saídas/2008, fls. 46/50.

A Recorrente solicitou, ainda, a intimação para apresentação de Sustentação Oral anexando alguns documentos, às fls. 51/57.

É o relatório.



VOTO DA RELATORA

Consta na peça Inicial, do presente processo que o Agente do Fisco ao proceder a análise do DANFE de nº 000.004.665 (Chave de Acesso nº 23.0805.01.387.400/0001-64-55-001-000.004.665-186.357.229-4), constatou que referida nota não existia no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, lavrando o Auto de Infração por Transporte de Mercadoria acobertada por Documento Fiscal Inidôneo.

Da análise das peças que consubstanciam os autos, verifica-se que, tanto na Impugnação como no Recurso Voluntário interposto, a empresa Autuada, argumenta a improcedência do Auto de Infração face o caráter escusável de falta formal cometida. Alega, que os produtos em questão estão sujeitos ao regime de substituição tributária progressiva, logo a penalidade aplicada deve ser a contida no art. 126 da Lei nº 12.670/96, na redação originária da Lei nº 13.48/03.

A Recorrente, às fls. 52/57, fez anexar uma consulta extraída do Portal da Nota Fiscal Eletrônica, na qual consta todos os dados da nota fiscal e sua respectiva autorização, no ambiente nacional, na data de 10/05/2008, ou seja, em data anterior a lavratura do Auto de Infração, em 13/05/2008.

Em princípio, antes de apreciar o mérito da lide, faz-se mister proceder a análise de nulidade, tendo em vista a ausência do Termo de Retenção de Mercadoria e Documentos Fiscais - TRMDF.

No caso *sub examen*, entendo, para averiguar melhor a situação em questão, deveria o Agente do Fisco ter procedido a lavratura do Termo de Retenção.

Na espécie, dispõem os §§ 1º e 3º do artigo 831, do Decreto nº 24.569/97, abaixo transcrito:

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.*

(...)



§ 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.

Na presente questão, impende salientar, as mercadorias transportadas (gasolina, álcool e diesel) estavam sujeitas ao regime de substituição tributária. *In casu*, não havia imposto a ser cobrado na passagem do Posto Fiscal de fronteira, já que o ICMS tinha sido recolhido anteriormente.

Analisando o conceito de documento fiscal inidôneo contido no *caput* do art. 131 do Dec. nº 24.569/97, infere-se, que este somente será considerado inidôneo quando for comprovadamente emitido com dolo, fraude ou simulação, ou ainda, quando não preencher seus requisitos fundamentais de validade e eficácia. Veja-se, *in verbis*:

Art. 131. Considerar-se-á inidôneo o documento que não preencher os seus requisitos fundamentais de validade e eficácia ou que for comprovadamente expedido com dolo, fraude ou simulação ou, ainda, quando (...):

Da leitura do dispositivo legal, supratranscrito, observa-se, que a situação em apreço não se configura nenhuma das hipóteses nele previstas. Na hipótese dos autos, entendo, que tratando-se de mero erro formal, o qual não acarretou nenhum prejuízo ao Fisco Estadual, este poderia ter sido perfeitamente sanado através da lavratura de Termo de Retenção.

Neste contexto, é forçoso concluir, que nulo de pleno direito é o presente feito fiscal, nos termos do artigo 32 da Lei nº 12.732/97, *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.

In casu, portanto, o Agente do Fisco encontrava-se impedido de proceder à autuação, vez que antes deveria ter lavrado o Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, para somente após de esgotado o prazo legal previsto na legislação estadual, sem o saneamento devido, ter lavrado o respectivo Auto de Infração.



Com essas considerações, VOTO, pelo conhecimento do Recurso de Voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória de 1ª instância, e, em grau de preliminar, declarar a nulidade do feito fiscal face à ausência da lavratura do Termo de Retenção, conforme o art. 831, do Decreto nº 24.569/97.

É o Voto.



DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e Recorrido **SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso interposto, e por maioria de votos dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, e em grau de preliminar declarar a **nulidade** processual, por falta do termo de retenção, a alude o art. 831, do decreto nº 24.569/1997. Nos termos do voto da Conselheira Vanessa Albuquerque Valente que ficará designada para lavrar a respectiva Resolução por ter proferido o primeiro voto discordante e vencedor, em desacordo com o representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que manifestou-se pela improcedência do feito fiscal. Vencidos os Conselheiros José Gonçalves Feitosa (relator originário) e Pedro Eleutério de Albuquerque, que se manifestaram pela improcedência da autuação. Presente, para proceder sustentação oral das razões do recurso, Dr. Ivan Lima Verde Júnior.

SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos ¹⁰ de julho de 2013.

Francisca Maria de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Anneliné Magalhães Torres
Conselheira

Manoel Marcelo Augusto M. Neto
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Francisco Vanildo Almeida França
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira Relatora

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

Pedro Eleutério de Albuquerque
Conselheiro

Matheus Viana Neto
Procurador do Estado