



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

RESOLUÇÃO Nº 689 / 2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 22/06/2015 - 102ª SESSÃO ORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4427/2012

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2/2012.13787

AUTUANTES: MARIA LÍLIA DA SILVA - MAT. 103.629-1-1 E ALEKSANDRA PAULA G. DE FARIAS – MAT. 103.605.1-X.

RECORRENTE: TAM LINHAS AÉREAS S/A.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE.

EMENTA: ICMS - TRÂNSITO - TRANSPORTE DE MERCADORIAS ACOBERTADAS POR DOCUMENTO FISCAL INIDÔNICO - AUSÊNCIA DO TERMO DE RETENÇÃO - NULIDADE. Auto de Infração lavrado sob a acusação fiscal de transporte de mercadorias acobertadas por documentos fiscais inidôneos, em razão de divergências encontradas entre os dados constantes no DANFE, apresentado à Fiscalização, e as informações existentes no Portal da Nota Fiscal Eletrônica. Processo Administrativo Tributário julgado **NULO**, haja vista a ausência de lavratura do Termo de Retenção de Mercadoria e Documentos Fiscais – TRMDF. *In casu*, o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica nº 21.818), que acobertava as mercadorias transportadas refletia exatamente o tipo e a quantidade dos referidos produtos. Decisão amparada nos arts. 176-I e 831 do Decreto nº 24.569/97, Norma de Execução nº 08/2013 e artigo 32 da Lei nº 12.732/97. Recursos Ordinários conhecidos e providos, por voto de desempate da Presidente, para reformar a decisão de procedência, proferida em 1ª Instância, e declarar, em grau de preliminar, a nulidade da Ação Fiscal.

RELATÓRIO

Trata o presente Auto de Infração da acusação fiscal de “TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADA POR DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS”. Aduz os Agentes do Fisco, no Relato da Infração, que “A CIA Autuada transportava mercadorias através do AWB 6439012, acompanhadas da NFE 21818, emitida por Diagnocel Com e Repres, CGF 069782687, cuja referida NF foi considerada inidônea por apresentar divergências no valor total e na descrição dos produtos, quando confrontada com as informações existentes e autorizadas no Portal da Nota Fiscal Eletrônica CGM 4742012.”

Indicam como dispositivos legais infringidos os arts. 16, I, “b”, 21, II, “c”, 28, 131, 169, I, todos do Decreto nº 24.569/97. Como penalidade sugerem 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: Informações Complementares, DANFE nº 021.818, Consulta do DANFE, Certificado de Guarda de Mercadorias – CGM nº 474/2012, Conhecimento Aéreo Nacional nº 6439012, Nota de Despacho nº 70046, Consulta SITRAM, TOAF nº 2012-1159, Nota Fiscal avulsa, Depósito Administrativo – VIPROC nº 12694755-4, fls. 3/31.

Tempestivamente, a empresa DIAGNOCEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA, emitente das notas fiscais autuadas, apresenta Impugnação, às fls. 34/99, na qual argumenta, em síntese, a inocorrência da conduta infracional, tendo em vista que: (i) a divergência se encontra apenas no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, (ii) a documentação que acobertava as mercadorias em trânsito não apresenta qualquer divergência em relação a estas, (iii) o valor da operação e do valor do ICMS a ser recolhido é exatamente igual ao apresentado pelo Auditor Fiscal, (iv) as citadas divergências são ínfimas, portanto, não geraram quaisquer prejuízos ao Erário Estadual. Alega, ainda, que “em face da ausência de subsunção do presente caso ao disposto no art. 131 do RICMS-CE impõe-se a total improcedência da lavratura do auto de infração em epígrafe”. Por fim, requer, que caso não seja julgado improcedente o Auto de Infração, seja este julgado parcialmente procedente aplicando-se a penalidade prevista no art. 126, caput ou § único da Lei nº 12.670/96, sobre o valor da infração, em respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, cuja base de cálculo é a diferença do valor constante no Portal da Nota Fiscal Eletrônica e na documentação fiscal que acobertava as mercadorias em trânsito, ou seja, sobre a base de cálculo de R\$ 3.660,00, reduzindo a multa para a importância de R\$ 366,00 ou R\$ 36,60, em face da absoluta ausência de dolo, fraude e simulação.

O julgamento de Primeira Instância, às fls. 100/105, decide pela procedência da autuação., consubstanciado na seguinte ementa:

EMENTA: ICMS – TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADA POR DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Nota fiscal tida como inidônea por não guardar estrita consonância com as mercadorias transportadas, face à divergência na descrição e nos preços, quando comparadas DANFE e NFe, constante do Portal da Nota Fiscal Eletrônica. Decisão amparada nos artigos 131, caput inciso III e 874 do Decreto nº 24.569/97 – RICMS. Responsabilidade prevista no art. 16, inciso I, alínea “b” e art. 21, inciso II, “c” do decreto retromencionado. Penalidade prevista no Art. 123, inc. III, alínea “a”, da Lei nº 12.670/96. (alterada pela Lei nº 13.418/2003). **AUTUAÇÃO PROCEDENTE. Defesa.**

Inconformada com a decisão monocrática, a Empresa DIAGNOCEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA., interpõe Recurso Ordinário, às fls. 113/130, reiterando os argumentos expendidos em sede de impugnação.

Ciente do “*decisum*”, a Empresa Autuada, TAM LINHAS AÉREAS S/A., apresenta Recurso Ordinário, às fls. 133/168, alegando, em síntese, a inexistência de responsabilidade solidária do transportador e a falta de razoabilidade da multa de 30% (trinta por cento) sobre o valor da prestação. Requer, por fim, a intimação para apresentação de sustentação oral.

A Consultoria Tributária, mediante Parecer n.º 195/2015, às fls. 171/176, sugere o conhecimento dos Recursos interpostos, negar-lhes provimento, no sentido de confirmar a decisão de procedência, proferida em Primeira Instância, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado às fls. 177.

Ofícios nº 102 e 101/2015.

Juntada de substabelecimento.

É o relatório.



VOTO DA RELATORA

Conforme relatado, trata-se de Auto de Infração lavrado sob a acusação fiscal de transporte de mercadorias acobertadas por documentos fiscais inidôneos, em razão de divergências encontradas entre os dados constantes no DANFE, apresentado à Fiscalização, e as informações existentes no Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

Nas Informações Complementares ao Auto de Infração esclarece a Fiscal Autuante, que:

“A empresa autuada transportava mercadorias relacionadas no CGM 474/2012 do presente Auto de Infração, acobertadas pela NF-e 21818, Chave de Acesso 2312 1101 4905 9500 0173 5500 1000 0218 1810 0693 7931, juntamente com a AWB 6439012. Após análise da nota por esta unidade fiscal, verificou-se que o respectivo DANFE apresentava divergências com o gravado no Portal da Nota Fiscal Eletrônica. O documento anexado na respectiva AWB e que portanto acobertava as referidas mercadorias, apresentava um valor de R\$ 19.062,00 (dezenove mil e sessenta e dois reais), enquanto que o mesmo documento consultado no Portal da Nota Fiscal Eletrônica e presente nos registros do fisco estadual apresentava um valor de R\$ 16.002,00 (dezesseis mil e doze reais), portanto divergente do documento apresentado ao fisco.”

Em sede de 1ª Instância, a julgadora monocrática, julgou procedente a acusação fiscal sob o entendimento de que restou configurada a infração denunciada na inicial.

No caso *sub examen*, da análise das peças processuais que substanciam os autos, data vênia, o entendimento exposto pela nobre julgadora singular, entendo merecer reforma a decisão de Procedência, proferida em 1ª instância.

Como se vê, a inidoneidade apontada, pela Agente Fiscal, diz respeito à divergência de informações entre o DANFE, que acobertava as mercadorias em trânsito, e as informações constantes no Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

Em princípio, insta consignar, trata-se o DANFE de um documento auxiliar da nota fiscal eletrônica, nos termos do art. 176-I do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

Art. 176-I. *Fica instituído o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (Danfe), conforme leiute estabelecido no Ato Cotepe nº 72/2005, de uso obrigatório, para acompanhar o trânsito das mercadorias e para facilitar a consulta da NF-e, prevista no art. 176-P.*



In casu, consoante se observa, o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica nº 21.818), que acobertava as mercadorias transportadas no momento da Fiscalização, não apresentava nenhuma divergência em relação a estas, ou seja, refletia exatamente o tipo e a quantidade dos referidos produtos. Ressalte-se, o valor apontado a título de base de cálculo (R\$19.062,00) e ICMS (R\$ 3.240,54), no mencionado DANFE, é o mesmo indicado pela Fiscal Autuante no Auto de Infração.

Na presente questão, extraio o entendimento, de que a dissensão entre o DANFE e a Consulta no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, poderia ter sido perfeitamente sanada, caso as Agente do Fisco, antes de procederem à lavratura do Auto de Infração, tivessem ofertado à Transportadora, através da emissão do Termo de Retenção de Mercadoria e Documentos Fiscais – TRMDF, oportunidade para, no prazo legal, averiguar o real motivo da divergência.

A meu ver, antes de declarar de plano a inidoneidade do documento fiscal, em questão, deveria as Fiscais Autuantes terem oportunizado à Empresa Autuada um prazo para que esta buscasse informações junto à emitente da NFe, acerca do real motivo da divergência.

Sabe-se, que embora a transportadora tenha responsabilidade e seja parte legítima para figurar no polo passivo, como não é ela quem emite a nota fiscal, esta certamente teria que buscar informações com a empresa emitente para solucionar o litígio.

Com efeito, ante tais divergências, e em observância ao Princípio da Razoabilidade, deveriam as Agentes Fiscais terem lavrado o Termo de Retenção, conforme dispõe o artigo 831, § 1º e 3º, do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

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.*

Ressalte-se, *in casu*, a irregularidade apontada era passível de reparação. Da análise da Nota Fiscal nº 021.818, às fls. 05, infere-se com clareza, que esta continha os requisitos legais intrínsecos e formais necessários à operação.

Na espécie, examinando o conceito de documento fiscal inidôneo contido no artigo 131 do Dec. nº 24.569/1997, verifica-se, que este 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:*

No caso concreto, registre-se, nenhuma das hipóteses acima mencionadas restou configurada.

Por outro lado, analisando o disposto no art. 1º da Norma de Execução nº 8/2013, que dispõe sobre procedimentos a serem adotados nas operações com NF-e canceladas. Vê-se, que em casos como o de cancelamento da nota fiscal, situação mais gravosa, deverá ser lavrado Termo de Retenção, logo, em casos menos gravosos, como a situação que se apresenta, deverá ser também lavrado o Termo de Retenção de Mercadoria e Documentos Fiscais.

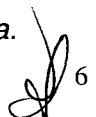
Dispõe o art. 1º da Norma de Execução nº 8/2013, abaixo transcrito:

Art.1º. *Quando da fiscalização de mercadorias em trânsito forem identificadas mercadorias acompanhadas de Danfe correspondente a NF-e cancelada, deverá ser emitido o Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais (TRMDF), para que, no prazo legal de 3 (três) dias, o responsável comprove que para a operação que se realiza existe NF-e válida, em substituição à NF-e cancelada, com data e hora de autorização anterior aos procedimentos do Fisco.*

Na hipótese dos autos, entendo, as Agentes Fiscais encontravam-se impedidas de proceder à presente autuação, uma vez que deveriam ter lavrado o Termo de Retenção e, somente após esgotado o prazo legal de 03 (três) dias, previsto na legislação estadual, sem o saneamento da questão, é que poderiam ter lavrado o respectivo Auto de Infração.

Nesse diapasão, nula de pleno direito é a presente ação fiscal, com base no disposto no artigo 32 da Lei nº 12.732/97. Senão vejamos:

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.*

 6

Em face do acima exposto, **VOTO**, pelo conhecimento dos Recursos Ordinários interpostos, dar - lhes provimento, a fim de reformar a decisão de **PROCEDÊNCIA**, proferida em 1ª Instância, e declarar a **NULIDADE** da presente ação fiscal.

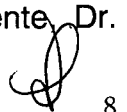
É o Voto.



DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente: **TAM LINHAS AÉREAS S/A** e Recorrido: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

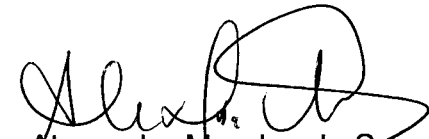
Por ocasião dos debates, a Conselheira Vanessa Albuquerque levantou uma questão prejudicial meritória que a seu ver, tem o condão de nulificar o feito fiscal, qual seja: Necessidade de lavratura do Termo de Retenção de Mercadoria, objetivando propiciar a parte no prazo legal detectar e explicar ao Fisco o real motivo da divergência encontrada. Submetida à deliberação, aderiram à tese proposta pela Conselheira proponente, os conselheiros: José Gonçalves Feitosa, Anneline Magalhães Torres e André Arraes de Aquino Martins. Manifestaram-se contrariamente a nulidade suscitada os Conselheiros: Francisco José de Oliveira Silva, Ana Mônica Filgueiras Menescal, Alexandre Mendes de Sousa e Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, que acostaram-se ao entendimento manifestado em sessão pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Verificado o empate, a Presidente desta Egrégia 1ª Câmara, proferiu em Sessão seu **VOTO DE DESEMPATE**, agasalhado em síntese nos fundamentos de que o DANFE, instituído pelo art. 176-I do Decreto nº 24.569/97 é o documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica de uso obrigatório, para acompanhar o trânsito das mercadorias e para facilitar a consulta da NF-e. Na hipótese dos autos, conforme relatado o DANFE encontrava-se sim, acompanhando as mercadorias e refletindo exatamente o tipo e quantidade dos referidos produtos. Neste panorama, a meu ver, após consultado o Portal da Nota Eletrônica e verificado divergência entre esta e o respectivo DANFE deveria ter sido ofertado a autuada, através do Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais – TRDMF, a oportunidade para no prazo legal explicar o real motivo da divergência existente entre NF-e e o respectivo DANFE. A meu pensar, a medida impõe-se até por cautela e razoabilidade, tendo em vista que a autuação recaiu sobre a transportadora, que de per si, embora legítima para constar no polo passivo desta obrigação tributária não poderia, explicar o que efetivamente ocorrera por ocasião da emissão/transmissão eletrônica dos documentos NF-e e DANFE. Por oportuno registro, que a meu sentir a emissão do TRMDF não dissoa da dicção do artigo 831 do Decreto nº 24.569/97, uma vez que a própria Administração Tributária em observância à razoabilidade e à segurança nos lançamentos tributários possui comando em sentido similar – emissão TRMDF, ex vi, observa-se da Norma de Execução nº 08/2013 – Procedimentos a serem adotados com relação às operações com Notas Fiscais Eletrônicas canceladas. Com as considerações acima expendidas comungo na íntegra com o entendimento da Conselheira proponente Dra. Vanessa Albuquerque Valente e voto pela **NULIDADE** do presente processo administrativo tributário. Presente à Câmara, para apresentação de defesa oral do recurso, o representante legal da emitente, Dr.

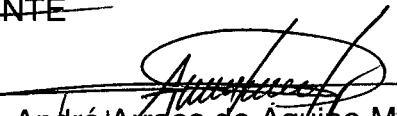



Edilson da Silva Medeiros Júnior, acompanhado do Dr. Alan Wiston Lima F. Chaves.
Também presente à Câmara o Dr. Sérgio Brito de Oliveira.

**SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE
JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza,
aos 16 de setembro de 2015.


Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro


André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro


Ana Mônica Figueiras Menescal
Conselheira

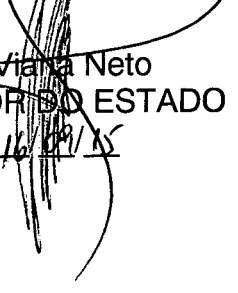

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira Relatora


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro


Anneline Magalhães Torres
Conselheira


Matheus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO
Ciente 16/09/15