



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA

RESOLUÇÃO Nº: 415/2008.
SESSÃO DE: 20.10.2008
PROCESSO DE RECURSO nº: 1/1690/2007
AUTO DE INFRAÇÃO: 2/200619594
AUTUANTE: DAVID BEZERRA - MT :106.65817
RECORRENTE : CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO : FAZENDA CAMPO NOVO AGRI. PREP. E CONS. PESCADO.
RELATORA : CONSª FRANCISCA MARTA DE SOUSA.

EMENTA : ICMS - TRANSPORTE DE MERCADORIA COM NOTA FISCAL INIDÔNEA. Processo Administrativo Tributário julgado NULO sem exame de mérito por inobservância ao comando normativo insculpido no artigo 831 §1º e 3º do Decreto nº 24.569/97. Decisão proferida com amparo no artigo 32 da Lei nº 12.732/97, reproduzido no artigo 53 § 2º "III" do Decreto nº 25.468/97. Recurso Oficial Conhecido e Não Provido. Decisão por Unanimidade de votos pela declaração de nulidade do feito fiscal, parcialmente em sintonia com o expendido no Parecer da Consultoria Tributária e "In Totum" com a manifestação oral em Sessão do representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Noticia o presente Processo Administrativo Tributário à seguinte acusação fiscal:

“Entrega, remessa, estocagem ou depósito de mercadoria e prest. ou utilização de serviço acobertado por documento fiscal inidôneo. A NF 43 emitida pelo contribuinte acima foi considerada inidônea por conter declarações inexatas, pois a mesma tem como natureza venda de produção e em anexo tem uma guia que informa que o produto vem de outro contribuinte, e o mesmo não tem nenhuma nota de entrada para acobertar referido produtos.”

Crédito Tributário:

ICMS : R\$ 5.616,80 e MULTA : R\$ 9.912,00

O autuante apontou como dispositivos legais infringidos os artigos 1, 2, 16, I, “b”, 21, III e 21,II “c” do decreto 24.569/97 e sugeriu como penalidade a inserta no artigo 123, inciso III, “a” da Lei 12.670/96 alterada pela Lei 13.418/03.

Às fls. 3 dos autos dormita o Certificado de Guarda De Mercadoria nº 163/2006, onde o autuante identifica os produtos em perfeita sintonia com a nota fiscal, inclusive no que relaciona-se com a quantidade e preços.

Instruindo o presente processo constam os seguintes documentos:
Auto de Infração - AR, Certificado de Guarda de Mercadoria n°
163/2006, Nota Fiscal n° 043 e Guia de Trânsito.

Inconformada com a autuação, a empresa tempestivamente apresenta sua resistência ao feito fiscal, momento em que argui a nulidade por inobservância do artigo 831 Parágrafo 1º do decreto n° 24.569/97.

O processo foi encaminhado a Célula de Julgamento de Primeira Instância deste CONAT para ser submetido a Julgamento.

A Julgadora Singular, diante das peças processuais entendeu que a ausência do "Termo de Retenção" macula de nulidade absoluta o feito fiscal, declarando assim a nulidade do mesmo.

A Consultoria Tributária emite o Parecer de n° 333/2008, opinando pela nulidade da ação fiscal, o qual foi referendado pela Douta Procuradoria Geral do Estado.

Em Síntese é o Relatório.

VOTO DA RELATORA

A acusação fiscal materializada no Auto de Infração de nº 2006.19594, ora em Julgamento, nesta Egrégia 2ª Câmara anuncia a seguinte acusação fiscal :

“Entrega, remessa, estocagem ou depósito de mercadoria e prest. ou utilização de serviço acobertado por documento fiscal inidôneo. A NF 43 emitida pelo contribuinte acima foi considerada inidônea por conter declarações inexatas, pois a mesma tem como natureza venda de produção e em anexo tem uma guia que informa que o produto vem de outro contribuinte, e o mesmo não tem nenhuma nota de entrada para acobertar referido produtos.”

O Julgador Singular diante das peças que consubstanciam os autos decidiu pela Nulidade da ação fiscal, momento em que, nos termos da legislação processual vigente encaminhou o processo para o reexame necessário.

Eis para recordar, o então vazado na Ementa da referida decisão, “Ipsis litterris”:

"EMENTA: TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. Perece a ação fiscal por força de impedimento para a prática do ato, porquanto deveria o autuante ter emitido Termo de Retenção de Mercadoria e Documentos Fiscais, uma vez que a irregularidade só dizia respeito ao Código Fiscal da Operação e, porquanto, passível de reparação, uma vez que tal fato não suprimia o imposto. Feito fiscal NULO. Decisão com amparo no artigo 831, § 3º do decreto 25.468/99. DECISÃO TEMPESTIVA. Há Recurso de Ofício."

A questão que ora se me apresenta, conforme dantes relatado denuncia que a nota fiscal de n° 43, que dormita às fls.3 dos autos grava-se de inidoneidade por conter declarações inexatas no tocante a **natureza da operação CFOP 6101- VENDA DE PRODUÇÃO**.

Infere-se dos autos que a motivação do presente lançamento tributário ancora-se nos dados constantes na GUIA de TRÂNSITO oriunda do Ministério da Agricultura e Reforma Agrária, anexada a nota fiscal, na qual consigna expressamente em seu corpo - GUIA, que a origem da mercadoria transportava seria da empresa COMPEscal COML. DE PESCADO, enquanto que a nota fiscal discrimina como natureza da operação, venda de produção, ex vi Código Fiscal da Operação - CFOP 6101.

Diante do cotejo realizado entre a nota fiscal e as informações constantes na prefalada Guia De TRÂNSITO, o agente fiscal entendeu que a mercadoria não seria de produção da empresa recorrida, momento em que afirma **também que a empresa não tem nenhuma nota de entrada para acobertar referidos produtos**.

"Ab initio" menciono que ao examinar referida nota fiscal verifico que a mesma possui todos os seus campos devidamente preenchidos, em perfeita sintonia com o insculpido no artigo 170 do decreto nº 24.569/97, atendendo assim aos requisitos fundamentais de validade e eficácia, inclusive a descrição pormenorizada do bem transportado.

Recordo também que a GUIA DE TRÂNSITO de que se trata, colhida às fls. 4 dos autos discrimina entre outras as seguintes informações:

*"Estabelecimento de Origem: Compescal Com. De pescado.
Remetente: A emitente da nota fiscal - Camarões do
Jaguaribe Com. Exp. Ltda.
Consignatária : destinatário Mazk Com. Representações
LTDA."*

Após expender estas pequenas considerações preliminares referente aos documentos em debates e em reexame ao "decisorium litis" proferido em 1ª Instância, trilho em sintonia com a nobre Julgadora Singular pela existência de uma preliminar sugestiva de nulidade que se impõe ao mérito da lide.

E passo a explicar.

Na hipótese dos autos entendo que a informação constante na Guia de TRÂNSITO realmente configura-se em um forte indício de irregularidade no tocante a produção deste produto pela empresa,



todavia indiscutivelmente de per si, fundamento insuficiente para concluir com certeza, com segurança a prática do ilícito denunciado, principalmente quando esta motivação traz como complemento a assertiva de que a empresa não detém nenhuma nota de entrada para acobertar referidos produtos.

Indago: Quais as provas carreadas aos autos pela fiscalização para demonstrar que a empresa não adquiriu estas mercadorias, vindo assim a afirmar que a mesma não possui nenhuma nota fiscal de entrada?

O agente fiscal notificou a empresa/sujeito passivo para demonstrar este fato?

Aonde encontram-se nos autos esta comprovação?

E ainda reflito: A simples inexatidão no descrever o CFOP da operação tornaria a nota fiscal imprestável para acobertar a operação?

Pois bem, no caso de que se cuida, pessoalmente extraio o entendimento de que o agente fiscal diante do indício então detectado, que poderia constituir-se em mero vício formal na descrição da natureza da operação, até sem repercussão no tributo devido -ICMS e visto que o mesmo não tinha a devida comprovação do alegado, não poderia jamais ter lavrado incontinentemente o presente auto de infração.



A meu ver, em casos como este, existindo alguma incitação, alguma dúvida no atinente a natureza da operação e inclusive na tocante ao fato de que empresa não detinha sequer a aquisição destas mercadorias - repito, não comprovado nos autos, não restaria ao autuante outra alternativa, senão investigar tal suspeita à luz dos elementos legais ao seu dispor, inclusive com a solicitação/intimação das notas fiscais de aquisições da empresa, circunstâncias estas que poderiam ter sido perquiridas com a lavratura do "Termo de Retenção" a que alude o artigo 831 § 1º do Decreto 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 Mercadoria e Documentos Fiscais, Anexo LXII, notificando o contribuinte ou responsável para que, em três dias, sane a irregularidade, sob pena de, não o fazendo, submeter-se a ação fiscal e aos efeitos dela decorrentes .

..... omissis

§ 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".

No caso "in concretum", a meu ver, o agente fiscal deveria ter agido com um pouco mais de cautela e submetido o contribuinte a subsunção da norma contida no artigo supra mencionado, de modo a possibilitar a parte demonstrar que efetivamente a mercadoria era oriunda de sua produção própria e mais ainda demonstrar se detinha, ou não a nota fiscal de entrada dos produtos então em lide.

Neste contexto, a meu sentir, como já mencionado, não poderia o fiscal ter esquivado-se de proceder a lavratura do "Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais" concedendo ao contribuinte a possibilidade de no prazo legal comprovar os fortes indícios então levantadas pela fiscalização.

Com efeito, entendo, que somente depois de expirado o prazo espontaneamente ofertado no Termo de Retenção poderia o contribuinte sofrer os efeitos da ação fiscal, com a lavratura do auto de infração, pois a irregularidade então apontada pela fiscalização poderia ter sido devidamente sanada no prazo legal.

Por oportuno, menciono que mantenho concordância com o Parecer da Consultoria Tributária apenas no que atine a necessidade da lavratura do Termo de Retenção, não comungando nesta controvérsia com os fundamentos concernentes a ausência de provas.

Por fim, "in casu", encontra-se o processo eivado de vício insanável, pois praticado em desacordo com as normas e procedimentos previstos na legislação.

Houve inexoravelmente um total desrespeito ao princípio da espontaneidade previsto na legislação, fato este que tornou o agente atuante à luz da legislação vigente impedido por vedação legal para a prática do ato administrativo, ocasionando por consequência a nulidade do Auto de Infração.

À respeito, nos ensina o Mestre Prof. Hely Lopes Meirelles:

" Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a Lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem e virtual quando a invalidade decorre de infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei." (Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, 22. ed., 1997, pg. 156)

.....)

Destarte, o presente lançamento é absolutamente nulo desde o seu nascedouro, por contrariar as normas contidas na legislação

vigente, nos termos do artigo 53, § 2º, inciso "II" do Decreto nº 25.468/99, a seguir transcrito " In verbis " :

Artigo 53. "São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora."

§2º. "É considerada autoridade impedida aquela que:

III- pratique ato extemporâneo ou com vedação legal".

Ex Positis, VOTO para que se Conheça do Recurso Oficial, negando-lhe provimento para confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, a qual no meu entendimento mantém-se irretocável, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária no que atine a necessidade da lavratura do Termo de Retenção e em perfeita sintonia com a manifestação oral em Sessão do representante douta Procuradoria Geral do Estado, que aquiesceu que neste caso o processo encontra-se maculado predominantemente pela não observância das normas legais - ausência da lavratura do Termo de Retenção.

Eis como entendo atualmente a questão, eis como Voto.

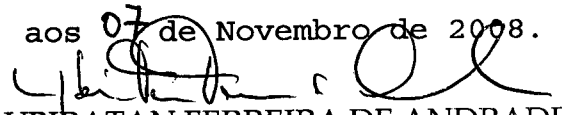
DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente : CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e recorrido : FAZENDA CAMPO NOVO AGRI. PREP. E CONS. PESCADO.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento para confirmar a decisão **declaratória de nulidade** proferida em 1ª Instância, em razão da ausência do Termo de Retenção, nos termos do voto da Conselheira Relatora e em conformidade parcial com os fundamentos do Parecer da Consultoria Tributária e de acordo com o Parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente, em Sessão.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 07 de Novembro de 2008.


 JOSÉ WILAME FALÇÃO DE SOUZA
 PRESIDENTE


 UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE
 PROCURADOR DO ESTADO

• Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


 Daniela Sousa Gouveia
CONSELHEIRA

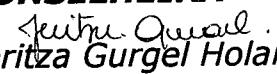

 Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


 Ana Maria Martins Timbo Holanda
CONSELHEIRA


 Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


 José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


 Jussara Dias Soares
CONSELHEIRA


 Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA

