



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO N.º 76.116
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO
29º SESSÃO ORDINÁRIA EM: 29/09/2016
PROCESSO N.º 1/3431/2013
AUTO DE INFRAÇÃO N.º 201309057-7
RECORRENTE: PEMCO EMELIER DO BRASIL LTDA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR: Conselheiro André Rodrigues Parente

EMENTA: REMETER MERCADORIA COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. A empresa foi autuada por transportar mercadoria acompanhada de DANFE cancelado. Emissão de novo DANFE Preliminar de nulidade. Autuação **IMPROCEDENTE**. Mercadoria acompanhada por documento idôneo e não considerado pelo agente fiscal.

RELATÓRIO:

Trata-se de Auto de Infração lavrado pelo Estado do Ceará em 26/05/2013, em face de PEMCO EMELIER DO BRASIL LTDA, por entrega, remessa, estocagem ou depósito de mercadoria e prestação de serviço acobertado por documento fiscal inidôneo, infringindo os arts. 1,2,16, I, "B", 21, III e 21, II, "C" do Decreto 24.569/97, sendo-lhe aplicada a penalidade constante no art. 123, III, A da Lei



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

12.670/96, alterado pela lei 13.418/03, totalizando R\$ 57.149,18, sendo R\$ 20.670,98, referente ao ICMS devido na operação, e R\$ 36.478,20, concernente à multa aplicada pela nota inidônea.

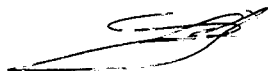
Em decorrência da lavratura do Auto, foi emitido o Certificado de Guarda de Mercadoria – CGM n.º 075/2013, totalizando R\$ 121.594,00, referente aos produtos discriminados na Nota Fiscal cancelada (NF n.º 4596).

Foi impetrado Mandado de Segurança pelo contribuinte, sendo proferido decisão em 07/06/2013, concedendo a liminar requerida pela empresa, determinando a autoridade coatora que promovesse a imediata liberação das mercadorias apreendidas.

Apresentada a impugnação pela Autuada, em 17/06/2013, às fls. 21 a 37, esta, de forma resumida, argumentou:

1) *Nulidade do Auto de Infração tendo em vista o não preenchimento dos requisitos formais exigidos pelo art. 33 do Decreto n.º 25.468/1999;*

2) *Inocorrência do Fato Gerador, uma vez que a NF n.º 4596 foi cancelada antes da circulação da mercadoria, às 15:20 horas do dia 21/05/2013, sendo emitida a NF n.º 4598, às 15:31 do mesmo dia, uma vez que constatou-se que um dos itens da carga não mais seria transportado. Posteriormente, a transportadora cancelou o antigo conhecimento de transporte n.º 1627, às 17:28 horas do dia 21/05/2013, emitindo novo conhecimento de n.º 1632, às 17:32 horas do mesmo dia;*





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

3) *Que o motorista entregou ao Fiscal as duas notas, cancelada e a correta e, mesmo tendo conhecimento da nota correta, o Fiscal lavrou o Auto de Infração;*

4) *Que tudo não passou de um equívoco, uma vez que existiam duas notas fiscais emitidas no mesmo dia, apenas com horas de diferença, existindo, portanto, documento fiscal idôneo, com ICMS devidamente destacado;*

5) *Divergência do CGM e da carga transportada e entregue no destino final, uma vez que a nota n.º 4596 foi cancelada pois o item de código n.º 3072 (FRITA COB. BF. CB-00280 GRANILLA) não mais seria transportado, o que pode ser comprovado pelo recebimento da nota fiscal em seu destino final na Esmaltec S/A. Dessa forma, por não ter sido transportado o item, esse não deveria constar no CGM dentre os produtos apreendidos no Auto, pois na realidade somente dois itens foram apreendidos, conforme consta na NF n.º 4598;*

6) *Que não foi atendido o Fato Gerador do ICMS, por atribuir a infração baseada apenas em meros indícios, sem se atestar que existia nota idônea;*

7) *Que a empresa agiu de boa-fé, pois emitiu nova nota fiscal referente à nova carga que seria transportada, não havendo qualquer interesse em burlar o fisco;*

8) *Da ocorrência do instituto do bis in idem, uma vez que não pode o fisco pretender cobrar o imposto sobre a nota cancelada, se a contribuinte já fez o destaque do imposto na nota fiscal correta;*

9) *A impossibilidade de autuar com base na alíquota de 17% sobre o valor da mercadoria, por ter a tributação estadual da recorrente (Santa Catarina) alíquota diferenciada;*

10) *Que a cobrança da multa no valor de 30% sobre o valor da operação revela-se demasiadamente excessiva, ofendendo o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco;*



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Analisada a impugnação apresentada, foi proferida decisão, às fls. 66 a 70, pela procedência da ação fiscal, devendo a Autuada recolher a quantia de R\$ 57.149,18, fundamentando-se nos seguintes argumentos:

- 1) *Ao se analisar o CGM n.º 75/2013 devidamente assinado pelo responsável e a Nota Fiscal avulsa n.º 2013053356, verifica-se que a descrição dos itens coincide com todos aqueles constantes na NF n.º 4596, tida como cancelada. Ou seja, presume-se que houve a contagem da mercadoria e cientificada a sua veracidade pelo próprio transportador;*
- 2) *Insubsistentes os argumentos da contribuinte em face do princípio da instantaneidade dos atos praticados na fiscalização do trânsito de mercadorias, o qual determina que compete ao detentor da mercadoria, no momento da ação fiscal, o dever de provar ponto e mediamente a legalidade da operação objeto da abordagem fiscal;*
- 3) *Ratificou a penalidade aplica, com base no artigo. 123, III, "A" da Lei n.º 12.670/96, com redação atualizada pela Lei n.º 13.418/2003.*

Foi apresentado Recurso Ordinário, às fls. 88 a 103, reforçando o argumentado na impugnação anteriormente apresentada, destacando os seguintes pontos:

- 1) *Nulidade do Auto de Infração tendo em vista o não preenchimento dos requisitos formais exigidos pelo art. 33 do Decreto n.º 25.468/1999;*
- 2) *Inocorrência do Fato Gerador pois houve o cancelamento da Nota Fiscal n.º 4596, e emissão de nova Nota Fiscal, n.º 4598, antes da circulação da mercadoria;*





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

- 3) *Atesta que o recebimento da mercadoria na Esmaltec diz respeito somente a duas mercadorias, conforme detalhado na NF n° 4598, ocorrendo o pagamento no valor de R\$ 118.580,00, demonstrando assim que não houve o transporte do item 3072 da NF n° 4596, a qual somava o valor de R\$ 121.594,00, valor que foi cancelado e não pago;*
- 4) *Que a Nota Fiscal avulsa n° 2013053356, emitida unilateralmente pelo fisco com base no auto de infração, traz erroneamente o mesmo valor da NF n° 4596, não refletindo a realidade;*
- 5) *Que o CGM n° 075/2013 foi emitido unilateralmente pelo agente fiscal, sem qualquer conferência, ou aposição de “ciente”, ou “de acordo” da motorista da transportadora – Sra. Marlise Maria Scopel Furlin, uma vez que o CGM foi lavrado em 31/05/2013, 05 dias após a apreensão da mercadoria, esta ocorrida em 26/05/2013, não havendo, portanto a presença da transportadora;*
- 6) *Que o cancelamento da Nota Fiscal era perfeitamente cabível afinal houve divergência no material transportado, e a nota errada não ia refletir exatamente na carga a ser transportada;*
- 7) *Que o cancelamento da Nota Fiscal ocorreu dentro do prazo de 24 horas, conforme previsto no Ato Cotepe ICMS n° 35/2010;*
- 8) *Ausência de prejuízo ao Erário, uma vez que a NF n° 4598, emitida após o cancelamento, foi devidamente lançada nos registros fiscais da autuada, e que houve o respectivo recolhimento do imposto incidente sobre a citada nota;*
- 9) *Da ocorrência do instituto do bis in idem, ante à lavratura da nota avulsa 2013053356;*
- 10) *Do valor excessivo referente à multa aplicada;*
- 11) *Da boa-fé da empresa;*
- 12) *Realização de perícia técnica.*





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A Procuradoria, às fls. 144, adotou o parecer da Assessoria Processual Tributária, disposta às fls. 139/143, o qual sugeriu o conhecimento do recurso ordinário, negando-lhe provimento, sendo mantida a decisão singular, com base nos seguintes fundamentos:

- 1) *Que a ausência das indicações referidas no art. 33 do Decreto n° 25.468/99 não ensejará a nulidade do Auto de Infração;*
- 2) *Que os argumentos da contribuinte não merecem prosperar pois se sujeitam ao princípio da instantaneidade, que determina que compete ao detentor da mercadoria, no momento da ação fiscal, o dever de provar ponto e mediatamente a legalidade da operação objeto da abordagem fiscal;*
- 3) *Que somente em outubro de 2013 foi publicada norma que determina procedimento, como lavratura do Termo de Retenção, a serem adotados com relação às NF's canceladas, não havendo respaldo na época analisa no Auto lavrado;*
- 4) *Que no direito tributário prevalece a teoria da responsabilidade objetiva, não se investigando se ocorreu culpa ou dolo por parte da empresa, sendo necessário apenas a constatação da violação à norma;*
- 5) *Que a Administração está vinculada à lei, não existindo discricionariedade para escolher a oportunidade e conveniência de quere ou não praticar o ato;*
- 6) *Que deve ser aplicada a alíquota de 17% por se tratar de documento fiscal inidôneo;*
- 7) *Que é vedado ao Fisco a utilização ou criação de tributo com efeito confiscatório, não se confundindo tributo com multa, uma vez que aquele decorre de fato lícito e a multa, por sua vez, de fato ilícito,*





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

como violação à lei. Reforçando que cabe ao judiciário determinar o que é confiscatório e não a um órgão de julgamento administrativo;

8) *Não deve ocorrer perícia pois não basta o contribuinte requerê-la, mas demonstrar a existência de erros no trabalho elaborado pelo agente fiscal;*

9) *Que a decisão está amparada nos dispositivos legais, conforme consta no Auto de Infração.*

VOTO DO RELATOR

Inicialmente não merece prosperar a preliminar suscitada pela Impugnante, vez que o § 1º do art. 33 do Decreto 25.468/99, prescreve que a ausência dos requisitos estampados nos incisos II, III, IV, V, VI, VII e XIII, do mencionado artigo, não ensejam a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, uma vez que NF n.º 4596 trazia 3 (três) produtos na quantidade de itens a transportar e foi cancelada, sendo emitida a Nota Fiscal n.º 4598 com a informação de constar apenas 2 (dois), sendo o motivo do cancelamento um equívoco na contagem, e que a destinatária da mercadoria, Esmaltec S/A, fez a confirmação do recebimento de 2 (dois) itens, outra conclusão não é possível, senão a de que a empresa agiu com hígidez e respeito às normas fiscais.





GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Ora, se a empresa percebeu o equívoco, outra atitude não era de se esperar. O cancelamento da NF e a emissão de outra era a forma adequada da recorrente reparar o erro na contagem da quantidade do produto.

No entanto, a autoridade fiscal, ao realizar seu trabalho, levou em consideração apenas a NF cancelada, vez que o motorista do veículo que transportava a mercadoria portava as duas.

Como a NF cancelada foi considerada e a outra não, obviamente restou caracterizado o cometimento da infração: transporte de mercadoria por documento inidôneo. Todavia, como já exposto, o erro passou a ser da Administração Pública.

Sobre o Certificado de Guarda n.º 075/2013, em virtude da apreensão da mercadoria, vale lembrar que sua emissão ocorreu em dia diverso do da retenção (cinco dias de diferença), não havendo a verificação por parte da transportadora (ao contrário do alegado na decisão singular), o que confirma que a NF (n.º 4596) cancelada serviu de parâmetro para elaboração do documento de guarda.

É importante frisar também que houve o destacamento correto do ICMS devido na Nota Fiscal nova (n.º 4598), e a diferença entre resultante entre as duas notas é mínima – NF n.º 4596 (cancelada), R\$ 121.594,00 / NF n.º 4598 (correta), R\$ 118.580,00.



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

In casu, deve-se sobrelevar que o I. Agente Fiscal não apresentou provas da ocorrência da ilegalidade por ele atribuída, carecendo autuação de plenitude da prova material. Não foi verificada a ocorrência do fato gerador. Nessa esteira, convém ressaltar o que leciona o doutrinador Marcos Vinícius Neder, que:

No processo administrativo fiscal, tem-se como regra que o ônus da prova recai sobre quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se por outro lado, o contribuinte aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou a existência de fatores excludentes.¹

O fato do cancelamento, da emissão de nova NF terem acontecido no mesmo dia, apenas horas depois; do destacamento do ICMS, bem como a confirmação do recebimento do produto em quantidade compatível com a Nota Fiscal correta, demonstram a higidez da operação e ausência do fato gerador antes imputado.

Desta feita, **entendemos por procedente a argumentação suscitada e pela improcedência do auto de infração lavrado.**

¹ NEDER, Marcos Vinicius. Aspectos Formais e Materiais no Direito Probatório, São Paulo, Dialética, 2010, p.19-20.





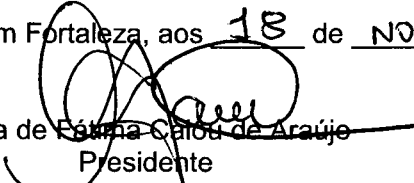
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente PEMCO EMELIER DO BRASIL LTDA e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 3ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, sendo votos vencidos os conselheiros: Teresa Helena de Carvalho Rebouças Porto e Michel André Bezerra Lima Gradvohl, resolve conhecer do recurso ordinário e dar-lhe **PROVIMENTO** no sentido de declarar **IMPROCEDENTE** o auto de infração, vez a operação foi realizada de maneira perfeita com o devido recolhimento do imposto.

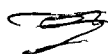
É o VOTO.

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 18 de NOVEMBRO de 2016


Lúcia de Fátima Carou de Araújo
Presidente


Teresa Helena de Carvalho Rebouças Porto
Conselheiro


André Rodrigues Parente
Conselheiro Relator

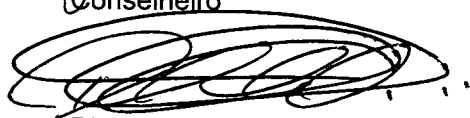




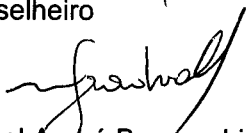
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

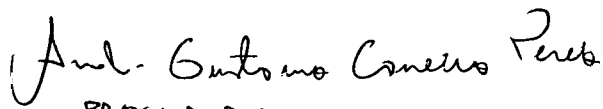
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT


Mônica F. Menescal
Conselheiro


Ricardo Ferreira Valente Filho
Conselheiro


Osvaldo Alves Dantas
Conselheiro


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Conselheiro


André Gustavo Carneiro Peres
PROCURADOR DO ESTADO

E- : 18/11/2016