

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

RESOLUÇÃO n° 170/2022

28ª (VIGÉSSIMA OITAVA) SESSÃO ORDINÁRIA DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO,
REALIZADA EM 25/08/2022

PROCESSO n° 1/3293/2019

AUTO DE INFRAÇÃO: n° 1/201908194

RECORRENTE: TELEFÔNICA BRASIL S/A CGF 06.720.952-1

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: DALCÍLIA BRUNO SOARES

EMENTA: NOTA FISCAL INIDÔNEA. Julgado IMPROCEDENTE o lançamento, por maioria de votos. Não há prova de que as mercadorias transportadas eram importadas e, ainda porque apenas o fato de transportar mercadoria em quantidade inferior à informada no documento fiscal não seria causa de inidoneidade desse documento, mas sim de uma penalidade específica cuja adoção no momento do julgamento representaria uma alteração indevida da acusação fiscal. RECURSO ORDINÁRIO conhecido e provido, por maioria de votos. Decisão no sentido de reformar a decisão de **procedência** do lançamento, proferida pela 1ª Instância para julgar **IMPROCEDENTE** o feito fiscal por considerar que os motivos que ensejaram a autuação não tornam o DANFE n° 637938 inidôneo. Decisão contrária ao Parecer da Assessoria Processual Tributária e a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, ambos se manifestaram pela procedência da ação fiscal. Decisão com fundamento nos artigos: at. 84, § 9, da Lei n° 15.614/2014; 123, III, 'I' c/c § 10 da Lei n° 12.670/96, alterada pela Lei n° 16.258/2017.

PALAVRAS-CHAVES: INIDÔNEA. DIVERGÊNCIA. QUANTIDADE. ALÍQUOTA. INFERIOR CST. IMPROCEDENTE.

RELATÓRIO:

O auto de infração relata que o sujeito passivo remeteu mercadoria descrita no CGM 20191146 acobertada pela Nota Fiscal n° 637938 (fls. 5), declarada inidônea por está em desacordo com as quantidades e a origem das mercadorias, pois consta 60.000 mts de cabo coaxial RG6 DTH CMD na nota, mas eram transportados 32.000 mts, bem como havia produtos importados com ICMS destacado de 12%, registrados como sendo de origem nacional.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Nas Informações Complementares a autoridade fiscal relata que a Nota Fiscal nº 637938 foi tornada inidônea por conter declarações inexatas relativas à quantidade do produto "CABO COAXIAL RG6 BRANCO DTH CMD - IMPORTADO - CÓDIGO MATERIAL 387-0141-3", e em relação a origem dos produtos "Acoplador Direcional Passivo", "Amplificador DTH DVI Ajustável", "Antena DTH 0,90" e "Conector Compressão TPF RG6 Macho", os quais seriam importados e deveriam ser tributados com a alíquota do ICMS de 4%, porém constam indevidamente como nacionais e com a alíquota de 12% na nota fiscal.

O sujeito passivo apresentou defesa (fls.43 -49) com os mesmos argumentos do Recurso, anexou fotos de como ocorre o transporte do produto: cabo coaxial RG6 branco DTH CMD (fls. 70-72) e Picking List emitido em 07/05/2019 (fl. 73).

A 1ª Instância julgou **PROCEDENTE** a acusação fiscal, analisou os argumentos da defesa e considerou inidônea a Nota Fiscal nº 637938 por indicar quantidade superior à mercadoria efetivamente transportada e descrever produto de origem estrangeira como sendo nacional. Citou como artigos infringidos: 131, inciso III, 829 do Decreto n ° 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123, inciso III, alínea "a", item 2, da Lei n ° 12.670/96, alterado pela Lei nº 16.258/2017.

O sujeito passivo interpôs Recurso Ordinário (fls. 94 - 113) no qual argumenta:

- Preliminarmente, requer a nulidade do auto de infração por vício material decorrente de erro na apuração do cálculo, pois não poderia o Estado exigir a aplicação de alíquota interna de 18% quando o remetente da mercadoria está localizado no Estado de Pernambuco. Se fosse devido algum valor ao Estado do Ceará, caberia apenas a exigência do diferencial de alíquotas, nos termos do art. 155, § 2º, VII, da CF;
- No mérito, requer a improcedência pela não ocorrência das hipóteses de inidoneidade do documento fiscal previstas no art. 131 do RICMS, defende que a NF-e nº 637.938 contém todas as informações relativas a operação: dados do remetente e destinatário, descrição do produto, unidades, quantidade, valor unitário, valor total, base de cálculo do ICMS, valor do ICMS, alíquotas, bem como a natureza da operação (transferência de bens do ativo imobilizado, destinada ao uso e consumo do estabelecimento);

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

- Sobre a divergência argui que o auto de infração não descreve o método utilizado para apurar a quantidade de "cabo coaxial RG6 branco DTH CMD", cujo transporte pode ser realizado em bobinas, caixas e sacos, conforme ilustrações constantes as fls. 101. Afirma que o fiscal se equivocou na conferência, porquanto, o produto foi transportado em embalagens separadas e não em uma única, conforme comprova a cópia do "Picking List" (fl. 73);
- Sobre a divergência de alíquota, informa que os produtos foram classificados de acordo com a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), não existindo classificações distintas para mercadorias importadas ou nacionais, sendo adquiridas no mercado nacional, não se faz qualquer distinção quanto à sua origem, pois deixam de ser produtos importados depois de feita a nacionalização;
- Trata-se de operação de transferência de bens entre filiais não sujeita a incidência do ICMS, tendo sido destacado e recolhido o imposto com a alíquota de 12%, por ser operação interestadual originada de Pernambuco, portanto, houve recolhimento de ICMS com uso de alíquota maior do que 4%, indicada pela autoridade fiscal;
- contesta a cobrança do ICMS, com fundamento na Súmula nº 166 do STJ e decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49/RN, no julgamento do ARE 1.255.885 (Tema nº 1.099), sob o regime de repercussão geral, na qual o STF reconhece a inconstitucionalidade do art. 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/1996, firmando o entendimento de que: "não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia".
- Inaplicabilidade de multa, ao que requer seu afastamento.

A Assessoria Processual Tributária manifestou-se por conhecer o RECURSO ORDINÁRIO, negar-lhe provimento, para manter a decisão singular de PROCEDENCIA.

Em síntese é o relatório.

VOTO DA RELATORA:

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Preliminarmente, resta prejudicada a análise da nulidade do auto de infração por vício material, quanto ao erro na apuração do cálculo com alíquota interna de 18%, ao invés de diferencial de alíquotas, posto que a Lei nº 15.614/2014 determina que não será pronunciada a nulidade quando o mérito se mostrar favorável à parte:

Art. 84. As irregularidades ou omissões passíveis de correção não serão declaradas nulas.

§ 9º Quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite, a autoridade julgadora não pronunciará a nulidade.

Do mérito

Os autos relatam a divergência entre os dados descritos na nota fiscal nº 637938 e as mercadorias conferidas *in loco* pela fiscalização, o que tornaria a referida nota fiscal inidônea por incompatibilidade entre as informações prestadas e a operação efetivamente realizada, com fundamento no inciso III do art. 131 do Decreto nº 24.569/1997:

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:

III - contenha declarações inexatas ou que não guardem compatibilidade com a operação ou prestação efetivamente realizada

De acordo com a acusação a Nota Fiscal nº 637938 (fls. 3) seria inidônea por dois motivos: 1) Quanto à origem das mercadorias, descritas como nacional no documento fiscal, enquanto, eram transportados produtos importados; 2) Quanto às divergências na quantidade do produto: CABO COAXIAL.

De acordo com a recorrente as mercadorias foram adquiridas no mercado nacional e, ainda que fossem importadas teriam sido nacionalizadas, não existindo distinção de classificações para mercadorias importadas ou nacionais quanto a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).

Cumprido observar que o Código de Situação Tributária (CST) descrito na Nota Fiscal nº 637938 é uma indicação da origem da mercadoria:

Cláusula primeira A Tabela A - Origem da Mercadoria ou Serviço, do Anexo Código de Situação Tributária do Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970, que instituiu o Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais - SINIEF passa a vigor com a seguinte redação:

"Tabela A - Origem da Mercadoria ou Serviço

0 - Nacional, exceto as indicadas nos códigos 3 a 5;

1 - Estrangeira - Importação direta, exceto a indicada no código 6;

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

- 2 - Estrangeira - Adquirida no mercado interno, exceto a indicada no código 7;
- 3 - Nacional, mercadoria ou bem com Conteúdo de Importação superior a 40% (quarenta por cento);
- 4 - Nacional, cuja produção tenha sido feita em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam o Decreto-Lei nº 288/67, e as Leis nºs 8.248/91, 8.387/91, 10.176/01 e 11.484/07;
- 5 - Nacional, mercadoria ou bem com Conteúdo de Importação inferior ou igual a 40% (quarenta por cento);
- 6 - Estrangeira - Importação direta, sem similar nacional, constante em lista de Resolução CAMEX;
- 7 - Estrangeira - Adquirida no mercado interno, sem similar nacional, constante em lista de Resolução CAMEX.". (Ajuste SINIEF 20/2012)

A Nota Fiscal nº 637938 (fls. 3) classifica todos os produtos com o CST "000", que corresponde a mercadoria nacional tributada integralmente, fato contestado pelo agente fiscal que afirma serem importados os produtos: "Acoplador Direcional Passivo", "Amplificador DTH DVI' Ajustável", "Antena DTH 0,90" e "Conector Compressão TPF RG6 Macho".

A empresa trouxe aos autos os documentos fiscais de aquisição nos quais consta o CST 040 (nacional) para "Acoplador Direcional Passivo", "Antena DTH 0,90" e "Conector Compressão TPF RG6 Macho" e CST 240 (estrangeira adquirida no mercado interno) apenas para o produto "Amplificador DTH DVI' Ajustável". (fls. 75-78), o que comprova seus argumentos de que as mercadorias foram adquiridas no mercado nacional.

Neste contexto, afasto a inidoneidade motivada pela origem das mercadorias apreendidas, posto que a fiscalização não trouxe aos autos provas que confirmassem a origem estrangeira das mercadorias transportadas, não anexou registros ou fotos de etiquetas comprovando o país de origem dos produtos ou a importação, existindo indícios de que eles foram adquiridos no mercado interno.

Cumpram-se destacar que a Resolução do Senado Federal nº 13/2012 estabeleceu a alíquota de 4% nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro, não tenham sido submetidas a processo de industrialização ou, ainda que submetidas a qualquer processo de industrialização, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40%, porém, não constam nos autos informações que comprovem se enquadrarem nestas circunstâncias as mercadorias objeto da autuação.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Sobre o uso da alíquota de 4%, ao invés de 12%, considero que as mercadorias estavam destinadas a contribuinte do Estado do Ceará, cuja legislação estadual limita o direito de crédito ao valor correto em sua escrita fiscal, nos termos do art. 51 da Lei n° 12.670/96:

Art. 51 (...)

§ 3º Quando o ICMS destacado no documento fiscal for maior do que o exigível na forma da Lei, o seu aproveitamento como crédito terá por limite o valor correto, observadas as normas sobre correção previstas em regulamento.

Acrescenta-se, ainda, que consta no campo “dados adicionais” do DANFE n° 637938 que a operação submete-se ao Regime Especial de Tributação 0821/2017 – Ce, portanto, não há evidência de prejuízo para o Estado do Ceará.

Em relação a divergência entre as quantidades, realizando uma análise comparativa entre a quantidade e valores dos produtos descritos na Nota Fiscal Eletrônica – DANFE n° 637938 com o Certificado de Guarda de Mercadorias n° 20191146, que representa as mercadorias efetivamente transportadas no momento da ação fiscal, identificam-se que há divergência apenas em relação ao produto: CABO COAXIAL RG6 BRANCO", pois, a Nota Fiscal 637938 descreve 60.000 metros, enquanto estavam sendo efetivamente transportados 32.000 metros, portanto, faltavam 28.000 metros dentro do veículo fiscalizado.

A defesa afirma que a diferença ocorre por equívoco do fiscal na conferência da quantidade do produto "cabo coaxial RG6 branco DTH CMD", pois considerou uma única embalagem, quando em verdade o produto estava sendo transportado separadamente em bobinas, caixas e sacos, conforme ilustrações constantes às fls. 101.

Ocorre que as fotos e o "Picking List" (fl. 73) apresentado pela defesa, não constituem elemento de prova de que as mercadorias faltantes estavam sendo transportadas no momento da ação fiscal, não sendo elementos hábeis a afastar a acusação a apresentação de documentos de conferência internos, elaborado pela parte.

Não consta nos autos o Termo de Ocorrência de Ação Fiscal – TOAF que poderia indicar a presença de outras notas ou produtos no veículo fiscalizado, logo, não há provas de que o produto cabo coaxial estava sendo transportado em várias embalagens (bobinas, caixas e sacos), mas há certeza de que a quantidade apurada na ação fiscal, equivalente a dois paletes de 16.000 (fl 70), estava sendo transportada em quantia inferior a descrita no DANFE n° 637938.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Entretanto, a conduta de transportar mercadoria em quantidade divergente daquela descrita na nota fiscal não torna o documento fiscal inidôneo, apesar de caracterizar outro tipo de infração motivada pelo transporte de mercadorias em quantidade divergente da descrita no documento fiscal, que detém penalidade específica prevista no art. 123, III, "I" c/c § 10 da Lei nº 12.670/96, alterada pelas Leis nº (s) 13.418/2003 e 16.258/2017:

Art. 123

I) transportar mercadorias em quantidade divergente da descrita no documento fiscal, quando verificado *in loco* pelo agente do Fisco: multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da operação;

§ 10. Na hipótese da alínea "I" do inciso III do caput deste artigo, observar-se-á o seguinte:

I –na hipótese de excesso de mercadorias em relação à quantidade descrita no documento fiscal, a multa será cobrada sobre o valor da quantidade excedente;

II –na hipótese de mercadorias em quantidade inferior à descrita no documento fiscal, a multa será cobrada sobre o valor das mercadorias faltantes.

Ao estabelecer o cálculo da penalidade de 20% (vinte por cento) sobre o valor da **quantidade excedente ou das mercadorias faltantes**, conforme a circunstância fática descrita no auto de infração, resta evidente que o documento fiscal permanece válido, posto que não incide multa sobre parcela de produtos transportados que correspondem aos quantitativos descritos na nota fiscal.

Apesar de o art. 84, § 7º, da Lei nº 15.614/2014 possibilitar a correção da penalidade de ofício pela autoridade julgadora, em caso de erro ou ausência de dispositivo, considera-se que não é possível alterar a penalidade sem mudar a acusação neste caso concreto, pois reenquadrar para a penalidade específica implicaria em reconhecer que o documento fiscal não era inidôneo para acobertar a parcela de mercadoria corretamente descrita, o que torna a acusação relatada improcedente.

Considerando que não há provas nos autos de que as mercadorias transportadas tinham origem estrangeira, estando descritas com CST "000" (mercadoria nacional tributada) para todos os produtos, com destaque de ICMS de 12%, cujo valor é superior ao que o agente fiscal entende como correto (4%), inexistindo prova nos autos de que houve uso incorreto de alíquota, nos termos da Resolução do Senado Federal nº 13/2012.

Considerando que a conduta de transportar mercadorias em quantidade inferior à descrita no documento fiscal não o torna inidôneo, devendo a multa ser cobrada somente sobre o sobre o valor das mercadorias faltantes, conclui-se que a Nota Fiscal nº 637938 é idônea.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Em face ao exposto, voto no sentido de conhecer o RECURSO ORDINÁRIO, **dar-lhe provimento**, para alterar a decisão de PROCEDÊNCIA proferida pela 1ª Instância para **IMPROCEDÊNCIA** do lançamento.

DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é **Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A** e **Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

RESOLVEM os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários conhecer do recurso ordinário, por unanimidade de votos, para resolver: **Quanto ao pedido de nulidade por incorrência das hipóteses de inidoneidade do documento fiscal:** por maioria de votos, decide julgar **IMPROCEDENTE** o feito fiscal, tendo vista não haver prova de que a mercadoria transportada é importada e ainda porque apenas o fato de transportar mercadoria em quantidade inferior à informada no documento fiscal não ser causa de inidoneidade desse documento, mas sim de uma penalidade específica cuja adoção no momento do julgamento representaria uma alteração indevida da acusação fiscal. Vencida a Conselheira Geresa Marília Alves Melquíades de Lima que entendeu que não há provas de que a mercadoria transportada junto ao documento fiscal seja nacional, bem como por entender que o transporte de mercadoria em quantidade inferior à informada no documento fiscal caracteriza o documento como inidôneo. Em desacordo com manifestação oral do Representante da Procuradoria Geral do Estado e com o Parecer da Assessoria Processual Tributária. Presente para sustentação oral, a advogada da empresa, Dra. Taymara Fátima Pereira.



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Presentes a **28ª (vigésima oitava) Sessão Ordinária da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará**, sob a Presidência do Dr. Michel André Bezerra Lima Gradvohl. Presentes à Sessão os Conselheiros Francisco Wellington Ávila Pereira, Dalcília Bruno Soares, Gerusa Marília Alves Melquíades de Lima, Almir de Almeida Cardoso Júnior, Thyago da Silva Bezerra e Matheus Fernandes Menezes. Presente à sessão o Procurador do Estado, Dr. Rafael Lessa Costa Barboza. Presente, secretariando os trabalhos da 4ª Câmara de Julgamento, a Secretária Edilene Vieira de Alexandria.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23 de setembro de 2022.

Dalcília Bruno Soares
CONSELHEIRA RELATORA

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO

Ciente em: