



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRT

RESOLUÇÃO Nº 084 / 2016

SESSÃO: 205ª ORDINÁRIA DE 21/12/2015

PROCESSO Nº: 2/5/2012 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2010.10989

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: VALKA COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA ME

CONSELHEIRO RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. Contribuinte solicita restituição de ICMS referente ao pagamento do AI nº 2010.10989. **INDEFERIMENTO DO PEDIDO ESPECIAL DE RESTITUIÇÃO**, nos termos da Cláusula Primeira, § 3º, do Protocolo ICMS Nº 42/2009, c/c parágrafo 2º, do artigo 9º da Resolução CGSN Nº 30/2008, com redação semelhante a do artigo 82, parágrafo 2º da Resolução CGSN Nº 94/2011. Reforma da decisão de 1ª Instância. Pedido de Especial de Restituição conhecida e provida. Decisão por unanimidade de votos e conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado em Sessão.

RELATÓRIO

O processo em exame cuida de Pedido de Restituição de ICMS, onde o contribuinte procurar reaver a importância paga de R\$ 20.728,96 (Vinte mil setecentos e vinte e oito reais e noventa e seis centavos) a título de imposto e multa referente ao AI nº 2010.10989.

De acordo com o relato formulado no AI nº 2010.10989 o contribuinte foi acusado de transportar mercadorias acobertada por documento fiscal inidôneo, no caso a Nota Fiscal nº 046, pelo fato do contribuinte encontra-se na obrigação de emitir Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) nos termos do Protocolo ICMS nº 42/2009 e 85/2010.

A requerente aduz como cabimento para o pedido de restituição os seguintes fatos:

- a) Alega que o Auto de Infração seria NULO em face ao cerceamento do direito de defesa. Segundo a requerente o auto de infração não apresenta uma descrição clara e precisa do relato, bem como o fato narrado não guardar nenhuma pertinência com os artigos indicados como sido infringidos;
- b) Que o Auto de Infração seria NULO por ausência do Termo de Retenção. Que no caso, a suposta inadequação em razão da emissão de forma manual ao invés da eletrônica, averiguada pela autoridade fazendária por ocasião da fiscalização no trânsito, poderia ter sido sanada como a simples emissão de nota fiscal avulsa eletrônica; Que a peticionante se trata de uma microempresa enquadrada no Simples Nacional; Que constam na nota fiscal todos os elementos indispensáveis ao controle da operação; Que não houve prejuízo ao Estado no que tange ao recolhimento do imposto devido na operação. Por tais considerações, entende que caberia a lavratura do Termo de Retenção, abrindo prazo para que o contribuinte sanasse a irregularidade sem o pagamento de multa, conforme determina o art. 831, § 1º do RICMS;
- c) No mérito alega que a empresa não estaria obrigada a emissão de Nota Fiscal Eletrônica por força do que dispõe o Protocolo nº 10 de 18 de abril de 2007, o qual apresenta uma lista taxativamente dos contribuintes que estariam obrigados a emitir a nota fiscal eletrônica, o que segundo a requerente, não faria parte desta listagem.
- d) Por último da impossibilidade da exigência do imposto na operação com aplicação de alíquota de 17%. Segundo a requerente a exigência seria indevida pelo fato da empresa ser microempresa e sujeita ao Simples Nacional.
- e) Que a irregularidade trata-se de simples descumprimento de obrigação acessória onde deveria ter sido aplicada penalidade menos gravosa do art. 123, VIII, “d”, da Lei nº 12.670/96, relativo a outras faltas.

A Julgadora Singular após analisar o pleito, bem como toda documentação comprobatória apresentada pela requerente, decide pelo deferimento em parte do pedido de restituição formulado pela empresa com fundamento nos seguintes argumentos:

Com relação as preliminares de nulidades, afasta ressaltando que não ser cabível tal alegativas no presente momento pelo fato de ser tardia. Que deveria ter sido feita por ocasião da impugnação. Como não fez, entende ser preclusa tão arguição.

Quanto ao mérito da acusação afirma que não procede a alegação de que o estabelecimento não estivesse obrigado à utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e). Observa que a empresa estava enquadrado no CNAE secundário 2512800 (fabricação de esquadrias de metal) e por esse motivo estaria obrigada a emissão de NF-e, nos termos do Protocolo ICMS nº 42/2009.

No entanto, por ser a empresa optante do Simples Nacional na data da emissão do documento fiscal objeto da autuação, firma o entendimento de que a legislação desse regime não prevê penalidade pela simples inidoneidade do documento fiscal, apenas cuida do imposto seja exigido conforme estabelece o art. 82, § 2º da RGSN nº 94/2011.

Por tais razões qualifica a operação como “não incidência do ICMS” considerando pertinente o reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/96 de forma que o crédito tributário deve ser exclusivamente de multa no valor de R\$ 6.477,80, cabendo a restituição no valor de R\$ 17.490,06.

Já a Assessoria Processual Tributária emite parecer com entendimento diverso do Julgamento Singular, sugerindo para o caso, por entender ser mais adequada, penalidade inserta no art. 123, III, “c” da Lei nº 12.670/96 com redação dada pela Lei nº 13.418/03, que equivale multa de 2% (dois por cento) do valor da operação.

Que a penalidade sugerida é aplicada em situações em que se emita documento fiscal em modelo ou série que não sejam o legalmente exigido para operação ou prestação.

Por tais considerações, refaz os cálculos nos moldes do artigo acima citado e sugere a restituição no valor de R\$ 9.068,92. (fls.60)

Constam as fls.63 dos autos, despacho do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, confirmando o parecer da Assessoria Tributária.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata o processo em análise do pedido de restituição do ICMS em decorrência da lavratura do auto de infração N° 2010.09989-6 contra a requerente sob acusação de transporte de mercadorias acobertada por documentos fiscal inidôneo.

De acordo com os fiscais da Mercadoria em Transito o contribuinte emitiu a Nota Fiscal NF-1 de n° 046, quando a empresa, a época do ilícito, já se encontrava obrigada a emitir Nota Fiscal Eletrônica, nos termos do Protocolo ICMS n° 42/2009 e 85/2010.

A Requerente após efetuar o pagamento do Auto de Infração em questão, entendeu que o mesmo seria indevido, razão pela qual pleiteia sua restituição utilizando-se dos seguintes argumentos, em síntese:

1 - Que o Auto de Infração seria NULO ante a constatação da ocorrência do cerceamento ao seu direito de defesa. Segundo a requerente o auto de infração não apresenta uma descrição clara e precisa do relato, bem como o fato narrado não guardar nenhuma pertinência com os artigos indicados como sido infringidos;

2 - Que o Auto de Infração seria NULO por ausência do Termo de Retenção. Que a peticionante se trata de uma microempresa enquadrada no Simples Nacional; Que constam na nota fiscal todos os elementos indispensáveis ao controle da operação; Que não houve prejuízo ao Estado no que tange ao recolhimento do imposto devido na operação. Por tais considerações, entende que caberia a lavratura do Termo de Retenção, abrindo prazo para que o contribuinte sanasse a irregularidade sem o pagamento de multa, conforme determina o art. 831, § 1º do RICMS;

3 - No mérito alega que a empresa não estaria obrigada a emissão de Nota Fiscal Eletrônica por força do que dispõe o Protocolo n° 10 de 18 de abril de 2007, o qual apresenta uma lista taxativamente dos contribuintes que estariam obrigados a emitir a nota fiscal eletrônica, o que segundo a requerente, não faria parte desta listagem;

4 - Que na operação não cabe cobrança do imposto pelo fato da empresa ter regime tributário diferenciado, no caso microempresa e sujeita as regras do Simples Nacional.

5 - Que a irregularidade trata-se de simples descumprimento de obrigação acessória onde deveria ter sido aplicada penalidade menos gravosa do art. 123, VIII, "d", da Lei n° 12.670/96, relativo a outras faltas.

Pois bem, diante dos argumentos apresentados como cabíveis para o pedido de restituição do ICMS pago em decorrência da lavratura do AI N° 2010.10989, passamos a fazer as seguintes considerações.

Inicialmente convém ressaltar em relação às preliminares suscitadas pela parte, a saber, cerceamento do direito de defesa e expedição de termo de retenção de mercadorias nos termos do 831, § 1º do RICMS, no processo de restituição, entendendo como preclusas. O momento para tais questionamentos seria por ocasião da impugnação ao lançamento, como não fez, entendendo como tardia e sem qualquer efeito no processo de pedido de restituição.

Em relação ao mérito, ou seja, de que a empresa estaria desobrigada da utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) por não fazer parte da Listagem de contribuintes com CNAE indicados no Protocolo ICMS nº 10 de 18 de abril de 2007, observo que o argumento não procede. Em consulta ao Sistema Cadastro de Contribuintes do ICMS, fls.42 dos autos, consta CNAE secundário 2512800 (fabricação de esquadrias de metal) que qualifica o contribuinte na situação de obrigado a utilizar a NF-e em suas operações, nos termos do Protocolo ICMS Nº 42/2009, *in verbis*:

Cláusula Primeira. (...)

§ 3º Para fins do disposto neste protocolo, deve-se considerar o código da CNAE principal do contribuinte, bem como os secundários conforme conste ou, por exercer a atividade, deva constar em seus atos constitutivos ou sem seu cadastro, junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da Receita Federal do Brasil (RFB) e no cadastro de contribuintes do ICMS de cada unidade federada.

Vale destacar que a requerente solicitou a SEFAZ/CE a utilização de Nota Fiscal por meio eletrônico (NF-e) em 01/09/2009, conforme consta registrada no Cadastro de Contribuintes do ICMS estadual, (Doc. anexa a esta Resolução).

Quanto ao fato do tributo não ser devido em razão da empresa ser enquadrada como Microempresa e optante do Simples Nacional o que daria ensejo ao pedido de restituição do imposto pago, esclareço através do parágrafo 2º, do artigo 9º da Resolução CGSN Nº 30/2008, com redação semelhante a do artigo 82, parágrafo 2º da Resolução CGSN Nº 94/2011, que o argumento não tem a menor procedência, senão vejamos:

§ 2º Não serão observadas as disposições da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam a fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas “e” e “f” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Portanto, operações de saídas de mercadorias acobertada com documento fiscal inidôneo, cujo lançamento decorra de fiscalização de trânsito, não devem ser observadas as disposições da Resolução CGSN nº 51/2008, que trata do cálculo e recolhimento do imposto, previstas para o Regime Especial Unificado de Arrecadação

de Tributos e Contribuições do Simples Nacional, mas a cobrança deve ser feita aplicando-se a penalidade observando a legislação estadual de cada unidade da federação, onde tenha sido verificada o ilícito tributário.

Por tais considerações verifico que o **pedido de restituição é indevido**, tendo em vista que o contribuinte estava obrigado a emitir Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) nos termos da Clausula 1ª, parágrafo 3º, do Protocolo ICMS Nº 42/2009 ,e por ser devida a cobrança do imposto na operação, pelo fato da Nota Fiscal nº 046 que acobertava as mercadorias ser inidôneo. Conforme prevê o parágrafo 2º, do artigo 9º da Resolução CGSN Nº 30/2008, com redação semelhante a do artigo 82, parágrafo 2º da Resolução CGSN Nº 94/2011.

Diante do exposto, VOTO pelo conhecimento do Pedido Especial de Restituição, dando-lhe provimento, para reformar a decisão de parcial deferimento declarado em 1ª Instância, decidindo-se pelo total **INDEFERIMENTO** o pedido de restituição, nos termos desta Resolução e conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado em Sessão.

É como voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **VALKA COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA ME** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, resolvem:

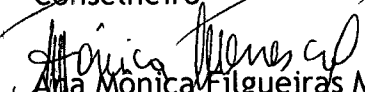
A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do procedimento especial de restituição interposto, resolve por unanimidade de votos, dar-lhe provimento, reformando a decisão de parcial deferimento do pleito, proferido em 1ª Instância, julgando por seu **INDEFERIMENTO**, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme manifestação oral do representante da douta procuradoria Geral do Estado. Ausente por motivo justificado o Conselheiro José Gonçalves Feitosa.


SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 22 de 02 de 2.016.

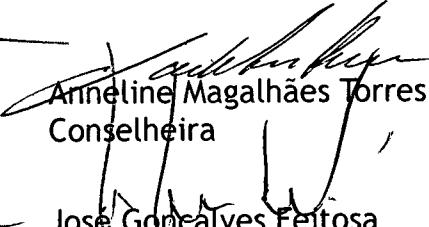
Francisca Marta de Sousa
Presidente


Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro Relator



Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

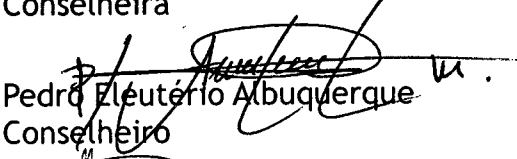

Ana Monica Filgueiras Menescal
Conselheira

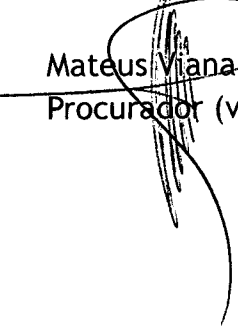

Francisco Jose de Oliveira Silva
Conselheiro


Anneline Magalhães Torres
Conselheira


José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Pedro Eleutério Albuquerque
Conselheiro


Mateus Viana Neto
Procurador (visto em 22/02/16)