



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 348 /2015
35ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 23.02.2014
PROCESSO DE RECURSO Nº: 2/0067/2010
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2010.21674-2
AUTUANTE: MILO ANDRADE DA SILVA
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: PAVOTEC – PAVIMENTAÇÃO E TERRAPLANAGEM LTDA
RELATOR: CONSELHEIRO FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DEFERIMENTO PARCIAL, tendo em vista que o contribuinte emitiu, em operações interestaduais, a Nota Fiscal modelo NF1, quando estava obrigada à emissão de Nota Fiscal Eletrônica, modelo 55, consoante Protocolo ICMS 42/2009. A utilização de documento fiscal em modelo ou série legalmente que os previstos para a operação ou prestação não implica inidoneidade do documento fiscal emitido, mas irregularidade com sanção prevista no art. 123, III, c, da Lei nº 12.670/96. Recurso Oficial conhecido e provido, em parte. Decisão por votação unânime e conforme manifestação do representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido Especial de Restituição em virtude do pagamento do Auto de Infração nº. 2010.21674-3, lavrado em 7 de dezembro de 2010, em face da empresa Pavotec Pavimentação e Terraplanagem Ltda ter emitido a Nota Fiscal 305, modelo 1 OU 1-A, datada de 06/12/2010, para destinatário de outra unidade da Federação em desconformidade com o Protocolo ICMS 42/2009, cláusula segunda e 191/2010, que exigem a emissão de nota fiscal eletrônica para operações interestaduais.

DEMONSTRATIVO

MULTA.....R\$	15.000,00
TOTAL.....R\$	15.000,00

O caderno processual foi instruído com os seguintes documentos: Petição inicial (fls. 02/06); Auto de Infração nº 2010.21674-2; Nota Fiscal Avulsa – NFA 2010093000 (fls. 08/09); NF1 305 (fls. 10); Comprovante de pagamento do Auto de Infração nº 2010.21674-2 (fls. 11/12); Protocolo ICMS 191/2010 (fls. 13); Protocolo ICMS 42/2009 (fls. 14/15).

A julgadora monocrática concluiu pelo DEFERIMENTO do pedido de restituição, uma vez que firmou convencimento no sentido de que a pretensão da requerente merece ser acolhida tendo em vista que na ocasião da lavratura do Auto de Infração, a empresa emitente estava cadastrada sob a CNAE 421110-1, que não constava no Anexo Único do Protocolo ICMS 42/2009, mas que no entanto, realiza operações interestaduais. A NF1 305 preenchia todos os requisitos fundamentais de validade e fora emitida sob a égide do Protocolo ICMS 191/2010, que prorrogou para 1º de julho de 2011, o início da vigência da obrigatoriedade da utilização da NF-e, para os contribuintes independentemente do CNAE, quando efetuarem operações interestaduais, conforme fls. 21 a 23 dos autos.

A Consultoria Tributária, por meio do Parecer nº 681/2014, pugnou pelo INDEFERIMENTO do pleito, conforme fls. 38 a 41 dos autos. A douta PGE adotou referido parecer.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Pedido Especial de Restituição em virtude do pagamento do Auto de Infração nº. 2010.21674-3, lavrado em 7 de dezembro de 2010, em face da empresa Pavotec Pavimentação e Terraplanagem Ltda ter emitido a Nota Fiscal 305, modelo 1 OU 1-A, datada de 06/12/2010, para destinatário de outra unidade da Federação em desconformidade com o Protocolo ICMS 42/2009, cláusula segunda e 191/2010, que exigem a emissão de nota fiscal eletrônica para operações interestaduais.

A obrigatoriedade da utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) nas operações interestaduais se iniciou a partir de 1º de dezembro de 2010, para todos os contribuintes, independentemente da atividade econômica exercida, a teor da Cláusula Segunda, inciso II do Protocolo ICMS 42/2009, *in verbis*:

PROTOCOLO ICMS 42/2009

Estabelece a obrigatoriedade da utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, pelo critério de CNAE e operações com os destinatários que especifica.

Cláusula segunda. Ficam obrigados a emitir Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, modelo 55, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, a partir de 1º de dezembro de 2010, os contribuintes que, independentemente da atividade econômica exercida, realizem operações:

**II - com destinatário localizado em unidade da Federação diferente daquela do emitente;
(ORIGINAL SEM DESTAQUE).**

No caso de que se cuida, a requerente emitiu a NF1 305, em 06 de dezembro de 2010, portanto, sob a égide do Protocolo ICMS 42/09. No entanto, a referida nota fiscal preenche todos os requisitos de validade.

Na verdade, o que restou caracterizado foi a emissão de nota fiscal em modelo ou série que não sejam os legalmente exigidos para a operação ou prestação, posto que o modelo previsto era a *NF-e, modelo 55*, contudo, o contribuinte utilizou uma *NF-1*, portanto, diverso do legalmente exigido, sem que tal irregularidade implique inidoneidade do aludido documento.

Dessa forma, o agente fiscal não deveria ter descaracterizado o documento fiscal que estava sendo utilizado na operação, mas apenas cominado a sanção por emissão de documento fiscal em modelo ou série que não os legalmente exigido para a operação, a teor do art. 123, III, c, da Lei nº 12.670/96, correspondente a multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da operação ou prestação.

Assim, o lançamento fiscal deveria restringir-se à multa de R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Considerando que o contribuinte efetuou o recolhimento no prazo legal, com direito à redução de 50% (cinquenta por cento) esta deveria ter sido no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

A restituição dos tributos indevidamente recolhidos deve obedecer às hipóteses previstas no art. 165 do CTN, a saber:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Dessa forma, considerando que a Nota Fiscal NF1 305, não é inidônea, a teor deste voto, mas diversa da legalmente exigida para a operação, a cobrança do ICMS materializada por meio do Auto de Infração nº 2010.21674-2, tornou-se indevida, em parte, razão pela qual, há que se DEFERIR, parcialmente, o pleito formulado pela requerente, a teor do inciso I do art. 165 do CTN, já transcrito.

Assim sendo, o requerente faz jus à restituição da multa paga, conforme demonstrativo abaixo:

MULTA (AI 2010.21674-2)	R\$	15.000,00
MULTA DEVIDA (ART. 123, III, C, da Lei 12.670/96 ...)	R\$	3.000,00
IMPORTANCIA A RESTITUIR	R\$	12.000,00

Considerando o exposto acima, voto para que o recurso oficial seja conhecido, dado-lhe provimento, em parte, no sentido de reformar a decisão de 1ª Instância e DEFERIR PARCIALMENTE o pedido de restituição referente ao auto de infração nº. 2010.21674-2, no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), nos termos deste voto e do parecer da Procuradoria Geral do Estado, manifestado oralmente em sessão.

É o voto.

DEMONSTRATIVO

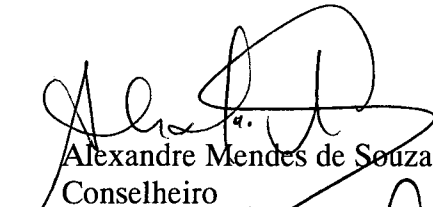
MULTA (AI 2010.21674-2)	R\$	15.000,00
MULTA DEVIDA (ART. 123, III, C, da Lei 12.670/96	R\$	3.000,00
IMPORTANCIA A RESTITUIR	R\$	12.000,00

DECISÃO

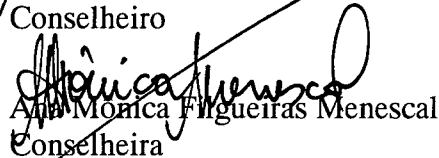
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **PAVOTEC PAVIMENTAÇÃO E TERRAPLANAGEM LTDA**

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, resolve dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão de deferimento do presente procedimento especial de restituição, para decidir pelo seu **PARCIAL DEFERIMENTO**, aplicando ao caso a penalidade gizada no art. 123, III, “c” da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator, contrariamente ao parecer da Consultoria Tributária, constante nos autos e adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

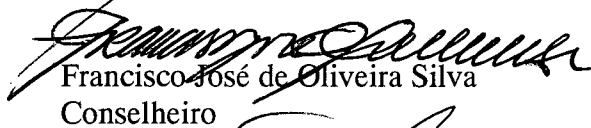
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23 de ABRIL de 2015.



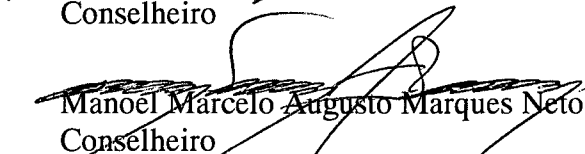
Alexandre Mendes de Souza
Conselheiro



Ana Mônica Figueiras Menescal
Conselheira

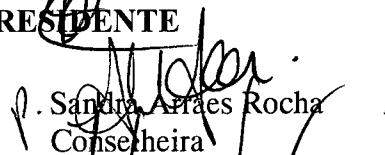


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

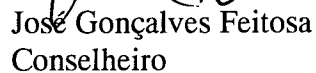


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE



Sandra Arraes Rocha
Conselheira



José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

José Moaceny Félix Rodrigues
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro



Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO