



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº.: 632 /2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

87ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 20/08/09

PROCESSO Nº.: 2/0015/2005

AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/200504003-5

RECORRENTE: RAIMUNDO NONATO FERNANDES (DISTRIBUIDORA FORTALEZA DE ALIMENTOS LTDA)

RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

AUTUANTE: ilegível.

MATRÍCULA: ilegível.

RELATOR: Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza

REVISOR: Conselheiro Alfredo Rogério Gomes de Brito

EMENTA: ICMS – 1. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. 2. O autuado requereu nos presentes autos, a restituição de ICMS e multa pagos em virtude do auto de infração nº. 2/2005.04003-5, lavrado sob a alegativa de “*transporte de mercadorias acobertadas por documentação fiscal inidônea*”. Recurso voluntário conhecido e provido. 3. Pedido especial de restituição conhecido e, por unanimidade de votos, **DEFERIDO**, haja vista a constatação de ilegitimidade passiva ínsita ao auto de infração que originou a referida restituição. Reforma da decisão exarada em 1ª instância, nos termos do parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douta procuradoria Geral do Estado. 4. Decisão amparada na Súmula nº. 01 deste egrégio contencioso, no art. 165 do *Código Tributário Nacional*, em consonância com o *Princípio da Verdade Material* que rege o Processo Administrativo Tributário.

RELATÓRIO

A “*quaestio juris*” em exame cuida de *pedido de restituição de ICMS*, em virtude do pagamento do auto de infração sob o nº. 2/2005.04003-5 lavrado em 21/03/05 em face de *Raimundo Nonato Fernandes de Almeida*, cujo ilícito fiscal refere-se a “*transporte de mercadoria acobertada por documentos fiscais inidôneos*”, consoante cópia do auto de infração de fls. 36. O auto em epígrafe apresentou a demonstração abaixo descrita:

OR



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Base de Cálculo	R\$ 16.536,00
Alíquota	17%
ICMS (principal)	R\$ 2.811,12
Multa (30%)	R\$ 4.960,80
TOTAL	R\$ 7.771,92

O caderno processual foi instruído com os seguintes documentos: petição inicial, cópia das notas fiscais sob os n.ºs. 134673, 134665 e 134660, planilha de registro de saída de 03/2005 de fls. 12/13, cópia autenticada do DAE e cópia do *Controle da Ação Fiscal*, cópia da *Consulta de DAE's pagos*.

A suplicante, em seu pedido de restituição, aduziu que emitiu as notas fiscais sob os n.ºs. 134673, 134665 e 134660 para acobertar o trânsito de mercadorias por ela comercializadas, cujo ICMS já fora retido na oportunidade do ingresso no Estado do Ceará. Porém, ao passar no *Posto Fiscal Edson Ramalho* deu-se a lavratura do auto de infração cujo sujeito passivo fora o motorista condutor do veículo de placa HXT 5559/Ce. A referida autuação se deu com apreensão de mercadoria, cujo relato cita, *in verbis*:

“TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADA POR DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS, NF'S 13466, 134660, 134673 DESTINADAS A PESSOAS FISICAS EM VEZ DE CONSTAR A INSCRIÇÃO ESTADUAL (CGF)”.

Aduziu que, objetivando a liberação das mercadorias apreendidas, efetuou o pagamento da importância cobrada, conforme DAE n.º. 2005.20.0080506-04. Ocorre que, examinando o conceito normativo de inidoneidade, previsto nos art. 79 da Lei 12.670/96 e art. 131 do Decreto 24.569/97, constatou que a referida quantia não seria devida. Diante disso, optou por ingressar com o presente processo especial de restituição. Neste escopo, transcreveu disposição legal do art. 165, I do *Código de Tributário Nacional* e, na mesma direção colacionou o art. 82 do Decreto 25.468/99, os quais estabelecem a possibilidade de restituição dos valores indevidamente pagos, originários de autos de infração. Elucidou que, diferentemente do afirmado pelos autuantes, o fato de o requerente ter efetuado vendas a pessoas físicas não tornava inidôneas as notas fiscais subjacentes a tais negócios jurídicos. Colacionou ainda, o art. 79 da Lei 12.670/96 e art. 131 do RICMS/Ce, que descrevem as condições de inidoneidade do documento fiscal. Desse modo, protestou pelo deferimento do pedido de **RESTITUIÇÃO** dos valores referentes ao auto



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

de infração nº. 2005.04003-5 e que foram indevidamente recolhidos, no montante de R\$. 5.291,52.

O julgador monocrático aduziu que a pretensão do requerente não tem razão de ser acolhida, uma vez que nas notas fiscais constam como destinatários pessoas físicas, entretanto os documentos sobreditos demonstram evidências de se tratarem de pessoas jurídicas, como por exemplo, as descrições dos campos "*dados adicionais*" constarem informações acerca do pedido e forma de pagamento realizado por pessoa jurídica, consoante se depreende às fls. 09 e 11, além de as quantidades apresentarem-se grandes para consumo de uma pessoa física, caracterizando se tratarem efetivamente de destinatários pessoas jurídicas. Considerou ainda não ter sido anexado aos autos pela requerente a comprovação de que se encontra devidamente autorizada pelo Sr. *Raimundo Nonato Fernandes de Almeida*, a requerer a restituição em testilha, haja vista que o recolhimento se deu pelo autuado (fls. 14 e 16). Suscitou ainda que a querelante quedou-se em desídia e não apresentou nos autos o comprovante original do recolhimento (DAE), o auto de infração, os documentos fiscais emitidos para operação e folhas dos livros fiscais onde a ocorrência foi consignada, em originais ou em cópias com visto do órgão fazendário, contrariando assim o disposto no art. 82, § 2º, alíneas I a IV, §§ 3º e 4º do Decreto 25.468/99. Nesse sentido, **INDEFERIU** a restituição ora vergastada, ficando assegurado à pleiteante o prazo de 10 (dez) dias para, querendo, recorrer ao *Conselho de Recurso Tributários*.

A ciência da decisão exarada no juízo monocrático ocorreu via postal consoante comprova o termo de juntada do AR acostado às fls. 25 do caderno processual, nos termos do art. 34 do Decreto 25.468/99.

A suplicante veio aos autos em 20/02/06, onde requereu dilação do prazo para recurso voluntário, ao que fora deferido, conforme demonstram despacho e demonstrativo geral do processo, às fls. 26/27, respectivamente.

A ora recorrente, decorrido o novo prazo, apresentou recurso voluntário tempestivo, às fls. 29/35 instruído com documentos de fls. 36/100, onde, exercendo o direito do *jus postulandi*, expendeu inicialmente que a acusação referente ao auto de infração nº. 2/2005.04003-5 não ocorreu, pois é cediço que não existe na legislação vigente que disciplina o ICMS, a obrigatoriedade de os comerciantes realizarem vendas destinadas exclusivamente a pessoas jurídicas. Asseverou que o dever a eles imposto trata-se da emissão de notas fiscais sempre que realizadas operações relativas à circulação de mercadorias, o que, em nenhum momento a empresa deixara de obedecer. Além disso, salientou que o ICMS relativo às saídas dos produtos *in examine* do estabelecimento da recorrente fora regularmente recolhido quando da



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

entrada neste Estado, por tratar-se de substituição tributária. Ressaltou, ser despropositado o argumento do julgador singular, no tocante à ausência de autorização do autuado para que a recorrente pudesse solicitar a restituição em comento, tendo em vista que somente a mesma poderia ter feito, uma vez que as mercadorias apreendidas são de sua propriedade, conforme demonstra as notas fiscais nºs. 134666, 134660 e 134673, além do que, o transporte fora realizado pela recorrente e ditas informações constam expressamente na nota fiscal, assim, inferiu que o simples condutor, sequer poderia figurar no pólo passivo da lide tributária. Destacou que a documentação carreada aos autos pela recorrente é suficiente para consubstanciar a restituição do que foi recolhido indevidamente. Contudo, assinalou que para evitar maiores problemas em torno do assunto, acostou o original do DAE, fls. 40; o auto de infração nº. 2/2005.04003-5, fls. 36; nota fiscal avulsa e livros fiscais da empresa, fls.37/38 e 41/100, respectivamente. Por fim, requereu a reforma da decisão proferida em primeira instância, de modo a ser deferido o pedido de restituição da quantia indevidamente paga de R\$ 5.291,52.

Às fls. 102, encartou aos fólios processuais, petição solicitando intimação para fins de sustentação oral no julgamento a ser realizado pelo colendo *Conselho de Recursos Tributários*.

A *Consultoria Tributária* através do Parecer 311/06 afirmou que em análise ao caderno processual observou que os procedimentos formais exigidos pelo art. 82 do Decreto 25.468/99 foram preenchidos quando da interposição do recurso voluntário, ademais acrescentou que a competência da recorrente para pleitear a restituição é indiscutível, pois se trata da proprietária da mercadoria. Evidenciou que embora o DAE correspondente ao pagamento do ICMS e multa tenha sido expedido em nome do Sr. *Raimundo Nonato Fernandes de Almeida*, conclui-se que, por ser este empregado da empresa, quem efetivamente recolheu o tributo exigido foi a recorrente, não obstante a ela pleitear o pedido de restituição presente. Neste escopo, salientou que o transporte da mercadoria era efetuado pela emitente, em sendo assim, ela quem deveria efetivamente figurar no pólo passivo dessa demanda, conforme entendimento consolidado do *Conselho de Recursos Tributário*, consoante Súmula 01. No que tange à declaração de inidoneidade das notas fiscais levantadas no relato da peça inaugural nº. 2/2005.04003-5, fls. 36, entendeu pela inexistência dos pressupostos que implicam inidoneidade de documentos fiscais, dispostos no art. 131 do Decreto 24.569/97. Ressaltou ainda, a ausência de proibição da legislação no que tange à venda de mercadorias para pessoas físicas. Suscitou que embora a alegativa no julgamento monocrático acerca da existência de indícios de que as operações realizadas por meio das notas em questão eram na verdade venda para pessoas jurídicas, comportaria nessa situação a lavratura do *Termo de Retenção*, oportunizando à contribuinte a regularização, uma vez que a suposta irregularidade não suprimia o recolhimento do imposto. Diante do exposto, opinou pelo

ek



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

conhecimento do recurso voluntário, dando-lhe provimento, no sentido de modificar a decisão proferida na primeira instância, manifestando-se pelo **DEFERIMENTO** do pedido de restituição.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que repousa às fls.105/108.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de pedido de restituição de ICMS, decorrente do pagamento do auto de infração de fls. 36, sob o nº. 2/2005.04003-5 lavrado em 21/03/05 em face de **RAIMUNDO NONATO FERNANDES DE ALMEIDA** no montante de R\$ 7.771,92. O libelo acusatório em lume fora exarado sob o fundamento de “*transporte de mercadorias acobertadas por documentação fiscal inidônea*”. O presente pedido preenche os requisitos processuais admitidos pela legislação adjetiva vigente, na dicção do art. 89 do Decreto 24.569/97, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, propugna a requerente pela ilegitimidade passiva face à responsabilidade do transportador/adquirente, posto que conste nos autos prova contundente de que o autuado é pessoa física, sendo mero condutor do veículo de propriedade da empresa *Distribuidora Fortaleza de Alimentos Ltda*, emitente das notas fiscais autuadas, sendo portanto, esta, que deveria figurar no pólo passivo da demanda.

À análise perfunctória aos autos, depreende-se que, a situação fática em lide cuida de operações de vendas realizadas à pessoas físicas, consoante cópias dos documentos fiscais às fls.09/11. Contudo, cabe esclarecer que na legislação estadual não existe obrigatoriedade da realização de vendas ocorrerem exclusivamente à pessoas jurídicas, e ainda assim, no presente caso, comportaria a lavratura do *Termo de Retenção* com oportunidade para regularização, uma vez que a suposta infração não traduz em falta de recolhimento do imposto.

Observa-se que o ponto nodal da demanda cinge-se em um aspecto:
a responsabilidade do transporte de mercadoria acobertada por documento fiscal inidôneo.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Imperioso trazer à baila, o preceptivo que trata da sujeição passiva da obrigação acessória, de acordo com o *Código Tributário Nacional*, *expressis verbis*:

Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

Nesta linha de raciocínio, assevera o Ilustre doutrinador *Hugo de Brito Machado*¹, em comentário à matéria em questão, *ad litteram*:

“É a pessoa à qual a legislação tributária atribui deveres diversos do dever de pagar. (...) Qualquer dever diverso do pagamento atribuído pela legislação tributária a qualquer pessoa, no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos, é obrigação acessória, na linguagem do Código Tributário Nacional.”

Depurando-se detalhadamente o caderno processual, por ocasião do julgamento neste colegiado, observou-se que na nota fiscal sobredita consta como emitente a empresa *Distribuidora Fortaleza de Alimentos Ltda*. Assim, não se pode olvidar o mandamento insculpido na Súmula sob o nº. 01, deste egrégio conselho, *expressis verbis*:

SÚMULA 1 - Constatada infração à legislação do ICMS no trânsito de mercadoria, a responsabilidade deverá recair em nome da empresa transportadora, quando devidamente identificada, e não no do seu motorista, simples empregado.

Extrai-se da redação do dispositivo acima transcrito, que em havendo a eleição equivocada do sujeito passivo por parte do autuante, não há como subsistir a autuação, visto à falta de legitimidade necessária para a efetiva consecução do feito fiscal. Desta feita, a ação fiscal resta eivada de vício insanável, acarretando a conseqüente extinção processual da lide em comento.

In casu, vislumbra-se clarividente que a empresa requerente detinha a responsabilidade do transporte em apreço, pois todas as evidências levam a esta ilação. O caminhão em comento pertence à empresa em questão e, embora o DAE correspondente ao

¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 22ª ed. Fortaleza: Malheiros, 2003, p. 126.

026



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

pagamento do auto em liça, esteja em nome do Sr. *Raimundo Nonato Fernandes de Almeida*, este, é empregado da recorrente, de forma que se presume facilmente a quitação realizada pela mesma.

No tocante ao pedido especial de restituição em destaque, tem-se tutelada expressamente no corpo do *Código Tributário Nacional*, em artigo, assim vazado:

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:

(...)

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; (Grifos acrescidos).

Neste contexto, mister se faz esclarecer que a doutrina já vêm consolidando entendimento no sentido de que para restar caracterizado o pagamento indevido, faz-se necessário a presença de alguns pressupostos, tais como: a existência de um pagamento e a prova da inexistência de causa jurídica que o justifique, pois se há vínculo preexistente Fisco-contribuinte, há que se verificar razão que justifique a descaracterização da obrigação do pagamento resultante dessa relação. De maneira que, uma vez reunidos tais pressupostos, estará caracterizado o pagamento indevido.

Assim, com fundamento no princípio maior da legalidade, se um contribuinte vier a parcelar ou pagar um crédito tributário que alegue posteriormente indevido, ele terá o direito de pedir, no prazo legal, a sua revisão, cabendo à Fazenda Pública, preliminarmente, analisar o pedido, utilizando-se de todos os meios disponíveis, para verificar se a obrigação tributária verdadeiramente existiu, e em existindo, se o pagamento realizado foi devido ou não, independentemente de ter sido "confessada" a dívida tributária, ou ter sido extinta pelo pagamento, sob pena de estar o Fisco se apropriando de algo que não lhe pertence, em clarividente violação ao princípio da legalidade.²

² HABLE, José. Apud Luciano Amaro. "Pagamento indevido e restituição tributária". Disponível em: <<http://www.jus2.uol/doutrina>>. Acesso em: 22 set.2009



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Diante do exposto, nada mais resta, senão, acatar a ilegitimidade passiva requestada face à responsabilidade da transportadora em comento, porquanto o suplicante apresentou prova material robusta capaz de elidir a acusação fiscal. Motivo pelo qual, me filio ao deferimento do pleito argüido, vez que não restam duvidas quanto ao direito do requerente à restituição do imposto pago indevidamente.

Ex positis, voto pelo conhecimento do pedido de restituição, dando-lhe provimento, para reformar a decisão de indeferimento proferido pela 1ª instância, decidindo pelo **DEFERIMENTO** do pleito, em razão da caracterização de ilegitimidade passiva referente ao auto de infração que originou o presente pedido, conforme entendimento da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	0,00
Alíquota	0,00
ICMS (principal)	R\$ 5.291,52
Multa	R\$ 0,00
Restituição	R\$ 5.291,52

É o VOTO.

ehz



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda


CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

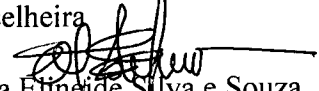
DECISÃO

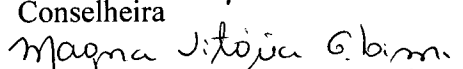
Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **DISTRIBUIDORA FORTALEZA DE ALIMENTOS LTDA** e **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do pedido de restituição interposto, dar-lhe provimento, reformando a decisão de indeferimento proferida pela 1ª instância, julgando pelo **DEFERIMENTO** do pedido, nos termos do voto do relator, e em conformidade com o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Presente, para apresentação de defesa oral, o representante legal da recorrente, Dr. Carlos César Cintra.


SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de 10 de 2009.]


Dulcimeire Pereira Gomes 
PRESIDENTA

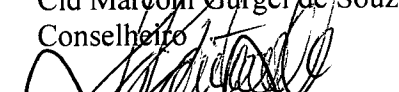

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira

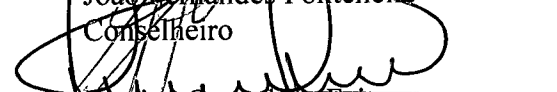

Maria Elneide Silva e Souza
Conselheira

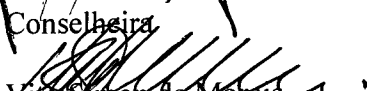

Magna Vitória de Guadalupe Lima Martins
Conselheira


José Sidney Valente Lima
Conselheiro Revisor


Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro


João Fernandes Fontenelle
Conselheiro


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Vito Simon de Moraes
Conselheiro Relator


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO