



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº:679...../2014.
13ª SESSÃO ORDINÁRIA de 24 de outubro de 2014.
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/1097/2011
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2/2011.00557
RECORRENTE: GEOBETON ENGENHARIA LTDA.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR: MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO.

EMENTA: ICMS – TRÂNSITO - TRANSPORTE DE EQUIPAMENTO AUTOPROPULSOR (PERFURATRIZ) ACOMPANHADO DE DOCUMENTO FISCAL INIDÔNICO. Auto de Infração julgado **NULO** por ausência da lavratura do Termo de Retenção. Irregularidade passível de reparação a teor do Art. 831, § 1º e 3º do Decreto 24.569/97 e Comunicado SEFAZ nº 07/2007. Recurso Voluntário conhecido e provido. Reformada a decisão exarada em 1ª instância conforme manifestação oral da douta Procuradoria Geral do Estado modificada em sessão. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra: **GEOBETON ENGENHARIA LTDA.**

“A infrações decorrentes de operações com mercadorias ou prestações de serviços amparados por não-incidência ou contempladas com isenção incondicionada. A autuada, obrigada a emissão de nota fiscal eletrônica desde 01/12/2010, remeteu produtos (CGM 21) acompanhados da NF 22, inidônea por ter sido emitida em desacordo com o protocolo 42/09 e Ajuste SINIEF 07/05”.

Multa R\$ 38.000,00

O agente do fiscal indicou como dispositivos legais infringidos os artigos: 4º, 5º, 6º do Decreto nº 24.569/97, Protocolo ICMS 42/09 e Ajuste SINIEF 07/05 e como penalidade a inserta no artigo 126 da Lei 12.670/96, com redação alterada pela Lei nº 13.418/03.

Instruem os autos: CGM nº 21/2011, Nota Fiscal nº 0022, Norma Execução nº 06/2010, GNRE/SEFAZ/PE, Protocolo nº 42/2009, Nota Fiscal Avulsa – CE, cópia Mandado de Segurança.

Tempestivamente, o contribuinte autuado ingressa com sua defesa arguindo:

- 1 – A preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, uma vez que não foram observados os princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa;
- 2 – Falta da lavratura do Termo de Retenção nos termos do art. 831 § 3º do RICMS;
- 3 – Inexistência de prejuízo ao erário do Estado do Ceará;
- 4 – A lei tributária que define infrações interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado nos termos do art. 112 do CTN;
- 5 – Aplicação do artigo 126 § único da Lei nº 12.670/96 (1%) sobre o valor da operação.

Requer, ao final, a realização de perícia para esclarecimento da verdade, o cancelamento da autuação ou a improcedência e consequentemente o arquivamento da mesma.

A julgadora singular proferiu decisão pela Procedência do auto de infração, amparada no inciso II, clausula segunda do Protocolo ICMS nº 42/09, combinado com art. 131caput do RICMS/CE e art. 16, III da Lei nº 12.670/96, com aplicação da penalidade inserta no artigo 126 da Lei 12.670/96, com redação alterada pela Lei nº 13.418/03, por tratar-se de mercadoria amparada por não incidência.

A autuada, insatisfeita com a decisão monocrática interpõe Recurso Voluntário, alegando que:

- 1 – Inexiste a responsabilidade tributária, conforme art. 21, II “c” do RICMS/CE;
- 2 – O auto de infração é nulo por inexistir os elementos essenciais no auto, nos termos do art. 33 XI e XIV do Decreto nº da 25.468/99;
- 3 – Não estava obrigado à emissão de Nota Fiscal Eletrônica e que não houve prejuízo ao Erário – LC 116/03 e art. 4º, inc. V e VIII do RICMS/CE;
- 4 – Não é contribuinte do ICMS e que a operação realizada não apresenta hipótese de incidência do tributo Estadual, portanto, não poderia ser declarado inidôneo o documento expedido pela mesma;
- 5 – A atividade desenvolvida pela recorrente está enquadrada no item 7 da LC 116/2003 conforme se depreende no art. 4º, inciso V e VIII do RICMS/CE, ou seja, transporte de maquinário, objeto de locação em retorno, sem incidência de ICMS.
- 6 – O documento foi emitido em observância a todos os requisitos essenciais de validade prevista o art. 170 do RICMS/CE;
- 7 – Não foi dada a oportunidade da recorrente de sanar a suposta irregularidade em descumprimento ao art. 831 § 1º do RICMS.



8 – A autuação deixou de observar o que dispõe o § único do artigo 126 da Lei nº 12.670/96, considerando que não é contribuinte do ICMS, mas possuía a escrituração fiscal e contábil da operação em questão, comprovando a boa-fé da empresa.

Requer, ainda, a aplicação da penalidade prevista no art. 878, VIII “d” do RICMS/CE, anexando decisões deste CONAT neste sentido.

A Consultoria Tributária por meio do Parecer de nº 742/2013, sugere: O conhecimento do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão de 1ª Instância.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Tratam a peça inicial e informações complementares que o autuado emitiu em 14/01/2011 a Nota Fiscal em Entrada nº 22 mod. NF1, em operação interestadual (Retorno de bem do Imobilizado para o Estado de origem - Pernambuco), considerada inidônea por estar em desacordo com a Norma de Execução nº 06/2010 da Sefaz-Ce e cláusula segunda, II do Protocolo nº 42/2010, sendo aplicada a penalidade prevista no caput do art. 126 da Lei nº 12.670/96, por tratar-se de operação de simples remessa.

O agente fiscal expediu o Certificado de Guarda de Mercadorias (CGM) nº 21/2011, discriminando o equipamento (Perfuratriz Maq.366, marca Geotecmaq), atribuindo o mesmo valor constante da nota fiscal considerada como inidônea o valor de R\$ 380.000,00.

Em sua defesa, a recorrente argüiu a preliminar de nulidade da autuação por inexistir os elementos essenciais no auto de infração nos termos do art. 33 XI e XIV do Decreto nº da 25.468/99 e que não foi dada a oportunidade da recorrente de sanar a suposta irregularidade, descumprindo assim o art. 831 § 1º do Decreto nº 24.569/97, ou seja, o prazo de 03 (três) dias para prestar esclarecimentos ou sanar qualquer dúvida por ventura existente.

Alega, também, que não é contribuinte do ICMS, uma vez que a atividade desenvolvida pela recorrente está enquadrada no item 7 da LC 116/2003 conforme se depreende no art. 4º, inciso V e VIII do RICMS/CE, ou seja, transporte de maquinário, objeto de locação em retorno, sem incidência de ICMS. Que não estava obrigado à emissão de Nota Fiscal Eletrônica e que a operação realizada não apresenta hipótese de incidência do tributo Estadual, não havendo qualquer prejuízo ao Erário estadual, conseqüentemente, não poderia ser declarado inidôneo o documento expedido pela mesma.

Conclui sua defesa afirmando que o agente fiscal, ao aplicar a penalidade, deixou de observar o que dispõe o § único do artigo 126 da Lei nº 12.670/96, considerando que não é contribuinte do ICMS, mas possuía a escrituração fiscal e contábil da operação em questão, comprovando a boa-fé da empresa.

A julgadora singular proferiu decisão pela Procedência do auto de infração, amparada no inciso II, clausula segunda do Protocolo ICMS nº 42/09, combinado com art. 131caput do RICMS/CE e art. 16, III da Lei nº 12.670/96, com aplicação da penalidade inserta no artigo 126 da Lei 12.670/96, com redação alterada pela Lei nº 13.418/03, por tratar-se de mercadoria amparada por não incidência.



Preliminarmente a análise de mérito, devemos apreciar as nulidades suscitadas pela recorrente.

I – Inexistência dos elementos essenciais no auto de infração nos termos do art. 33 XI e XIV do Decreto nº da 25.468/99. Referida nulidade deve ser afastada uma vez que o relato do auto de infração e as informações estão claros, inclusive a motivação e circunstância em que foi praticado. No que se refere aos dispositivos infringidos, a sua falta ou a indicação equivocada não são suficientes para nulificar a autuação.

II – Ausência do Termo de Retenção, em descumprimento ao art. 831 § 1º do Decreto nº 24.569/97, ou seja, não foi dado o prazo de 03 (três) dias para prestar esclarecimentos ou sanar qualquer dúvida por acaso existente.

Analisando detidamente os autos, torna-se necessário fazer algumas considerações sobre o fato descrito no auto de infração em tela:

1 – A empresa autuada, com sede em Pernambuco, tem como atividade econômica principal: Serviços de Engenharia conforme consulta cadastral realizada no SINTEGRA. Emitiu em 14/01/2011 a Nota Fiscal em Entrada nº 22 mod. NF1 em operação interestadual de simples remessa, não sendo hipótese de incidência do ICMS (Retorno de bem do Imobilizado- Estado de origem - Pernambuco).

Em sua defesa a autuada anexa a Nota Fiscal de Saída nº 0048, emitida em 23/11/2010, com registro de entrada no Estado do Ceará através do sistema COMETA e como natureza da operação: 6554 (Remessa de Ativo Imobilizado).

2- O equipamento objeto da autuação, conforme Certificado de Guarda de Mercadorias (CGM) nº 21/201 esta discriminando como Perfuratriz Maq.366, marca Geotecmaq.

Por força do Protocolo ICMS nº 42 de 3 de julho de 2009, os contribuintes do ICMS ficaram obrigados a 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, conforme especificado na cláusula segunda do referido protocolo:

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;

O autuante indica como legislação descumprida a Norma de Execução nº 06/2010, editada pelo Estado do Ceará, que prorrogou para 31/12/2010 a obrigatoriedade da utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) prevista no Protocolo ICMS nº 42/2009 para os contribuintes deste Estado, relativamente às saídas de mercadorias ou bens para outras unidades da Federação através da NF1, devendo substituí-la no prazo de 3 dias úteis, no momento da apresentação nos postos fiscais deste Estado. Portanto, a norma acima mencionada tinha por objetivo adequar os contribuintes para a nova exigência legal.



No presente caso, o autuado emitiu a Nota Fiscal em Entrada nº 22 mod. NF1, em operação interestadual (Retorno de bem do Imobilizado para o Estado de origem - Pernambuco). Surge então a seguinte indagação: O Estado de Pernambuco adotou a mesma medida para os contribuintes inscritos e se adotada estaria vigente tal medida?

Além disso, trata-se de máquina de autopropulsão utilizada na atividade de construção civil cujo disciplinamento está firmado pela Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará através do Comunicado nº 07/2007 que define os procedimentos de fiscalização para referidas máquinas. Merece destaque o item 3 do ato mencionado acima, que prevê a lavratura do Termo de Retenção mesmo que o equipamento encontre-se sem documento fiscal, para comprovar a procedência, ou seja, a propriedade do bem, através dos seguintes documentos: NF de aquisição, NF de incorporação, NF de entrada ou cópia, devidamente autenticada em cartório ou visada pelo Fisco, do livro fiscal, onde se encontre escriturado o documento referente à aquisição.

Diante de tais considerações, entendo que o autuante deveria ter emitido o Termo de Retenção e concedido um prazo de 3 (três) dias para comprovar a origem e o destino dos equipamentos, tendo em vista que tal omissão não acarretaria em falta de recolhimento do imposto, conforme preconiza o art. 831, § 1º e §3º do Decreto 24.569/97.

Art.831 - Estará sujeita à retenção a mercadoria acompanhada de documento fiscal cuja irregularidade seja passível de reparação.

*§1º Configurada a hipótese prevista neste artigo o agente do Fisco emitirá Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, Anexo LXII, notificando o contribuinte ou responsável para que, em 03 (três) dias sane a irregularidade, sob pena de, não o fazendo, submeter-se à ação fiscal e aos efeitos dela decorrentes.
(...)*

§ 3º Entende-se por passível de reparação a irregularidade que apresente erro resultante de omissão ou indicação indevida de elementos formais que, por sua natureza, não implique falta de recolhimento do imposto.

Cabe ressaltar que o Termo de Retenção é um instrumento estabelecido por lei, que deve ser utilizado pelos agentes fiscais a fim de proporcionar ao contribuinte a possibilidade de regularização da situação constatada no momento do desenvolvimento da ação fiscal.

Diante das informações e dos fatos registrados, o auto de infração não pode prosperar, por desrespeitar o direito de defesa do sujeito passivo.

Em face do exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, por ausência da lavratura do Termo de Retenção, a que se refere o art. 831, parágrafo 1º, do Decreto nº 24.569/97, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: GEOBETON ENGENHARIA LTDA. e recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA.

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, resolve por decisão unânime, dar provimento ao recurso, reformando a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, pela ausência da lavratura do Termo de Retenção, 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 19 de 12 de 2014.

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE

Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

Ana Mônica Figueiras Menescal
CONSELHEIRA

Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO

Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

Sandra Arnes Rocha
CONSELHEIRA

José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO

Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA

Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO