



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 081 /2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

187ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 25/11/2015

PROCESSO Nº 2/0028/2011

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2/201100556

RECORRENTE: MERCURIUS. ENGENHARIA S/A.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

DESIGNADO: Conselheiro Samuel Aragão Silva

EMENTA: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. Referente ao Auto de Infração nº. 2011.00556-6, lavrado em virtude de declaração de inidoneidade da Nota Fiscal nº 3237 por não se tratar de Nota Fiscal Eletrônica. Pagamento efetivado antes do processamento do feito no CONAT. Impossibilidade de aplicação da penalidade disposta no art. 126 da Lei nº 12.670/96 de forma autônoma ou isolada. Hipótese descrita que se amolda com a penalidade disposta no art. 123, inciso III, alínea "c" da Lei nº 12.670/96. **Pedido de Restituição Deferido em parte.** Decisão por maioria de votos e em desconformidade com a manifestação oral em sessão do representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição do ICMS pago através de DAE em 20/01/2011, referente ao Auto de Infração nº 2011.00556-6, lavrado em virtude da declaração da inidoneidade da Nota Fiscal nº 3237 por não se tratar de Nota Fiscal Eletrônica obrigatória para o contribuinte desde 01/12/2010, aplicando como penalidade a inserta no art. 126 da Lei nº 12.670/96 por se tratar de operações de transferência de bens do ativo imobilizado com não incidência do ICMS.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

Em julgamento de primeira instância, o mencionado pedido de restituição foi indeferido, consoante se infere às fls. 44 a 48. Dando continuidade ao processo, o contribuinte interpôs o seu Recurso Voluntário às fls. 52 a 61, pleiteando a reforma do julgamento singular e o reconhecimento do seu direito à restituição dos valores pagos.

A Consultoria Tributária apresenta o Parecer nº 254/2015, opinando pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento no sentido de confirmar a decisão de indeferimento do pleito de restituição proferida em 1ª Instância (fls. 65 a 67).

Por meio do Despacho de fls. 72, a 2ª Câmara de Julgamento, em 17 de março de 2015, resolveu converter o curso do processo em diligência para que a empresa apresentasse o documento fiscal declarado inidôneo para análise.

O resultado da conversão do processo em perícia está plasmado no Laudo Pericial que repousa às fls. 73 a 88 dos autos, que cumpriu satisfatoriamente o pleito da diligência com o fornecimento de cópia do documento fiscal requestado.

É o relatório.

VOTO

O presente processo trata de pedido de restituição de ICMS pago, em razão da lavratura do Auto de Infração nº. 2011.00556-6, com a acusação de utilização de documento fiscal inidôneo por não se tratar de Nota Fiscal Eletrônica.

O professor de Direito tributário LUCIANO AMARO ensina que na repetição de indébito não há tributo a ser devolvido, mas valores recolhidos de forma indevida, sob esse título. Lembra-nos que para haver a obrigação de pagar tributo necessário se faz que exista a obrigação tributária, inexistindo esta, inexistente tributo a ser pago.

"... na restituição (ou repetição) do indébito, não se cuida de tributa, mas de valores recolhidos (indevidamente) a esse



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

título. Alguém (o solvens), falsamente posicionado como sujeito passivo, paga um valor (sob o rótulo de tributo) a outrem (o accipiens), falsamente rotulado de sujeito ativo. Se inexistia obrigação tributária, de igual modo não havia sujeito ativo, nem sujeito passivo, nem tributo devido " (Amaro, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 28 ed., Editora Saraiva, 1998, p.393).

No presente caso, visualizamos exatamente a situação acima exposta. Inicialmente, porque entendo que não restaria configurada as irregularidades apontadas pela fiscalização para se aplicar a penalidade inserta no art. 126 da Lei nº 12.670/96.

A bem da verdade, o disposto no art. 126 da Lei nº 12.670/96 não consigna nenhuma conduta infracional, pois se trata apenas de uma atenuante legal a ser aplicada em situações específicas, razão pela qual sequer pode ser aplicada a referida penalidade de forma autônoma ou isolada. O que pretendeu o fiscal atuante foi sancionar o contribuinte com norma instituída no art. 123, inciso III, alínea "a" c/c com o art. 126, caput da Lei nº 12.670/96.

Quanto ao mérito, a matéria discutida é fixada na legislação tributária cuja determinação é que considerar-se-á inidôneo o documento fiscal que não atender os requisitos de validade e eficácia, incluindo-se ao caso, ainda, os documentos que não sejam estabelecidos pelo legislador para acompanhar mercadoria em operação interestadual. A legislação caracteriza a inidoneidade das Notas Fiscais que não sejam as legalmente exigidas para acobertar a operação ou prestação, é este o comando extraído do artigo 131, inciso VI, da Lei nº 12.670/96, in verbis:

"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:

I – omita indicações que impossibilitem a perfeita identificação da operação ou prestação;



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

II – não se refira a uma efetiva saída de mercadoria ou prestação de serviço, salvo os casos previstos na legislação;

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

IV – esteja preenchido de forma ilegível ou apresente emendas ou rasuras que lhe prejudiquem a clareza;

V – seja emitido por contribuinte fictício ou que não mais exerça suas atividades, bem como por pessoa jurídica cuja inscrição no CGF tenha sido suspensa ou cassada;

VI – não for o legalmente exigido para a operação ou prestação, salvo o emitido por contribuinte deste estado e que não implique em redução ou exclusão do pagamento do imposto;

VII – emitido:

a) após expirado o prazo de validade;

b) após ser excluída do CGF a inscrição do emitente;

c) por equipamento de uso fiscal, sem a devida autorização do Fisco;

VIII – sendo retido por falta da 1ª via, tenha expirado o prazo de 03 (três) dias, sem a devida regularização.

IX – o documento fiscal que não contiver o selo fiscal de autenticidade ou for selado com inobservância das exigências legais, desde que impressos para contribuintes deste Estado.

X – (DERROGADO)

XI – acobertar operação com combustível derivado ou não de petróleo em desacordo com a legislação federal competente, inclusive as normas emanadas da Agência Nacional do Petróleo (ANP).”

Repise-se que a lavratura do Auto de infração ocorreu após a verificação, in loco, da utilização de documento fiscal diverso da nota fiscal eletrônica no transporte de mercadorias em razão de se tratar de uma operação interestadual, como esclarece o agente do fisco:

“...O DOCUMENTO FISCAL EM EPÍGRAFE FOI CONSIDERADO INIDÔNEO, COM BASE NO PROTOCOLO ICMS 42/2010 CLÁUSULA SEGUNDA INCISO II QUE DETERMINA A OBRIGATORIEDADE DE EMISSÃO DE NF-E EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESDE 01/12/2010.”

No presente processo, o ponto nevrálgico da demanda é definir a obrigatoriedade ou não da utilização de notas fiscais eletrônicas por parte do



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

contribuinte autuado em suas operações interestaduais. Observando atentamente as disposições do Protocolo ICMS nº 42/2009, é nítida a determinação da cláusula segunda, inciso II que determina o uso de Notas Fiscais Eletrônicas em operações interestaduais a partir de 01/12/2010.

Assim, a materialização da inidoneidade decorre da não utilização dos documentos fiscais legalmente exigidos para acobertar as operações interestaduais com mercadorias. Não há como afirmar idôneos os documentos fiscais apresentados, considerando que a empresa estaria obrigada ao uso de nota fiscal eletrônica, nos termos da cláusula segunda, inciso do Protocolo ICMS nº 42/2009.

No caso dos autos, porém, a sanção mais consentânea para o ilícito denunciado na inicial está prevista no art. 123, inciso III, alínea "c" da Lei nº 12.670/96, que comina multa de 2% do valor da operação.

Isto porque, conforme o que dispõe a legislação tributária (art. 112 do CTN), a legislação tributária que comina penalidades tem que ser capitulada de forma mais benéfica ao contribuinte, como é compatível a penalidade retromencionada ao caso concreto e por se tratar de multa mais branda, entendo ser cabível a retificação da autuação.

Portanto, no caso específico, a conduta infracional descrita pela autoridade fiscal por ter uma exata correspondência com os tipos infracionais previamente instituídos na legislação, deve ser aplicado ao contribuinte a penalidade disposta no art. 123, inciso III, alínea "c" da Lei nº 12.670/96, in verbis:

"Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

...
c) emitir documento fiscal em modelo ou série que não sejam os legalmente exigidos para a operação ou prestação: multa equivalente a 2% (dois por cento) do valor da operação ou da prestação;"



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

A doutrina e a jurisprudência fundamentam o pedido de restituição de indébito nos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, que impede, sobretudo ao Poder Público, o enriquecimento indevido.

Nesse diapasão, que a lei nº. 12.670/96 em seu artigo 64 estabelece o direito a restituição do imposto pago indevidamente, in verbis:

“Art. 64. O ICMS indevidamente recolhido será restituído, no todo ou em parte, a requerimento do sujeito passivo.”

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso oficial para dar-lhe parcial provimento, para modificar a decisão de primeira instância, para **DEFERIMENTO PARCIAL** do pleito de restituição ora em apreço, mas com fundamentos diversos do julgamento singular e parecer da Consultoria Tributária, devendo ser exigido do contribuinte o valor de 2% a título de multa e restituindo-lhe os demais valores indevidamente recolhidos.

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 117.612,20
Multa (2%)	R\$ 2.352,24
Total a Pagar (50% de desconto)	R\$ 1.176,12

Valor pago - Valor Devido = Valor da Restituição
R\$ 5.880,61 - R\$ 1.176,12 = R\$ 4.704,49

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **MERCURIUS ENGENHARIA S/A** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e, por maioria de votos, dar-lhe parcial provimento, para modificar a decisão de indeferimento do pedido de restituição exarada em 1ª Instância e decidir pelo **parcial deferimento**, por entender que a penalidade a ser aplicada é a disposta no art. 123, III, “c” da Lei nº 12.670/96, devendo



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

ser restituído ao contribuinte, o valor equivalente a 8% (oito por cento), nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro Samuel Aragão Silva, que ficou designado para lavrar a Resolução, e em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Francisco Wellington Ávila Pereira, relator originário, Valter Barbalho Lima e Abílio Francisco de Lima, que se pronunciaram pelo indeferimento do pedido de restituição, nos termos do Parecer adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Registre-se a ausência do representante legal da recorrente, Dr. Weber Busgaib, apesar de regularmente intimado para sustentação oral, conforme solicitado nos autos.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza/CE, aos 05 de agosto de 2016.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE


Lúcia de Fátima Carou de Araújo
CONSELHEIRA


Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO

Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO

Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

Antônio Luiz do Nascimento Neto
CONSELHEIRO


Felipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO

CIENTE EM:
_____/_____/_____