



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 466/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

66ª SESSÃO ORDINÁRIA EM : 14.07.2014

PROCESSO Nº 1/2068/2011 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2/201105160

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

E

PERNAMBUCO CONSTRUTORA EMPREENDIMENTOS
LTDA.

RECORRIDO: AMBOS

AUTUANTES: ANTONIO JOSÉ PINHEIRO E OUTROS

RELATORA : CONSELHEIRA ADERBALINA FERNANDES SCIPIÃO

EMENTA: ICMS. TRANSPORTE DE MÁQUINAS ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIAL PROCEDENTE. O Posto Fiscal de Aracati em ação de fiscalização de trânsito, constatou que a empresa atuada emitiu em 27 de abril de 2011 as Notas Fiscais nºs 881 e 882, modelo 1, série 1, em operação de devolução CFOP 6949, sendo que desde 1º.12.2010, tal operação deveria ser realizada por Nota Fiscal Eletrônica, modelo 55, consoante Protocolo ICMS 42/2009, assim, as notas fiscais foram consideradas inidôneas. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer dos Recursos Oficial e Voluntário, negar-lhes provimento, para confirmar a decisão **Parcial Condenatória** proferida em 1ª Instância nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão.

CAFS



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RELATÓRIO

A fiscalização do Posto Fiscal de Aracati acusa a empresa **Pernambuco Construtora Empreendimentos Ltda.**, de emitir em 27 de abril de 2011 Notas Fiscais modelo 1 série 1, de nºs 881 no valor de R\$400.000,00 e 882 no valor de R\$400.000,00, no montante de R\$800.000,00, em operação de devolução CFOP 6949 de duas Escavadeiras Hidráulicas, referentes as Notas Fiscais nºs 002 e 003, datadas de 11.09.2010. As Notas Fiscais nºs 881 e 882 foram consideradas inidôneas pois tal operação o Protocolo ICMS 42, de 03 de julho de 2009, em sua Cláusula segunda, estabelece, independentemente da atividade econômica exercida pelo contribuinte como data para início da obrigatoriedade da emissão da Nota Fiscal Eletrônica – NF-e modelo 55, **a partir 1º de dezembro de 2010**, em substituição a Nota Fiscal 1 ou 1 A. Conforme Informações Complementares do Auto de Infração e Certificado de Guarda de Mercadorias – CGM 152/2011.

Auto de Infração lavrado em 30.04.2011, com fulcro nos artigos 1º, 2º, 16, inciso I, alínea “b”, 21, inciso II, alínea “c” e 21, inciso III, todos do Decreto nº 24.569/97 e Protocolo ICMS 42, Cláusula segunda, de 03 de julho de 2009.

Os agentes fiscais sugeriram a penalidade preceituada no artigo 123, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03 e artigo 881, do Decreto nº 24.569/97, por se tratar de operação não tributada.

Nas Informações Complementares do Auto de Infração os agentes autuantes ratificam a acusação inicial e ressaltam que a operação de devolução CFOP 6949 realizada pela empresa, não se enquadra nas hipóteses de exclusão da obrigatoriedade, previstas no inciso II, do Parágrafo único da Cláusula segunda, do Protocolo ICMS 42, de 03 de julho de 2009.

CAFS



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Os agentes fiscais ressaltam também, que não caberia o Termo de Retenção de Mercadorias no termos do artigo 831, do Decreto nº 24.569/97. Foi lavrado o Certificado de Guarda de Mercadorias – CGM 152/2011, e as Escavadeiras Hidráulicas foram liberadas por meio de Fiel Depositário em favor da empresa LOK MAIS Locação de Máquinas e Equipamentos, Transportes Ltda.

Ressaltam ainda, que aplicação da multa em infração decorrente de operação não tributada, a legislação do ICMS estabelece no artigo 126, da Lei nº 12.679/96 combinado com o artigo 881, do Decreto nº 24.569/97, multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor da operação.

“ O objetivo do artigo 126 da Lei nº 12.670/96 combinado com o artigo 881 do Decreto nº 24.569/97 é fornecer controle sobre operações onde não haja cobrança de ICMS, para que se tenha distinção entre estas e aquelas onde haja a incidência do imposto de circulação de mercadoria.”

Instruem os autos : Informações Complementares do Auto de Infração, Certificado de Guarda de Mercadorias - CGM nº 152/2011, Notas Fiscais nºs 881 e 882 e o Termo de Fiel Depositário da empresa LOK MAIS Locação de Máquinas e Equipamentos, Transportes Ltda. , responsabilizando-se pela boa guarda e conservação das Escavadeiras Hidráulicas, objeto da lide.

A empresa autuada ingressa com impugnação aos autos, alega que para o exercício de suas atividades, é comum empregar equipamentos pesados (tratores, escavadeiras, guindastes), alguns de sua propriedade e outros locados por terceiros. Em virtude de forte demanda existente no mercado da construção civil, em especial no Estado de Pernambuco a empresa aluga os equipamentos de que necessita para determinada obra ou serviço pelo período necessário à sua execução.

SAFS



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Em setembro de 2010, celebrou com a empresa LOK MAIS Locação de Máquinas e Equipamentos, Transportes Ltda., Contrato de Locação de duas Escavadeiras Hidráulicas, para utilização em uma de suas obras em execução no Estado de Pernambuco.

Essas Escavadeiras Hidráulicas foram remetidas pela empresa LOK MAIS Locação de Máquinas e Equipamentos, Transportes Ltda., para a impugnante em 11.09.2010, após a utilização das mesmas a empresa promoveu a devolução dessas máquinas à locadora, através das Notas Fiscais nºs 881 e 882.

No entanto, ao cruzar o Posto Fiscal de Aracati a empresa foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração em referência, consideraram as Notas Fiscais nºs 881 e 882 inidôneas, sob o fundamento de que a empresa estaria obrigada à emissão da Nota Fiscal Eletrônica NF-e, modelo 55, nos termos do Protocolo ICMS 42/2009, aplicando a penalidade prevista no artigo 881, do Decreto nº 24.569/97, equivalente a 10% (dez por cento) do valor da operação.

As atividades de construção civil não estão sujeitas ao recolhimento do imposto e, por isso, a empresa não está obrigada à emissão de notas fiscais eletrônicas, a operação trata de mera remessa em devolução de equipamentos recebidos pela impugnante. Desse modo, o auto de infração é nulo de pleno direito.

Ao final, a empresa requer a improcedência do Auto de Infração, uma vez que não é contribuinte do ICMS, não está obrigada a emissão de notas fiscais eletrônicas.

Alternativamente, requer a redução da penalidade imposta de 10% (dez por cento) para 1% (um por cento) do valor da operação, haja vista a hipótese do Parágrafo único do artigo 881, do Decreto nº 24.569/97.

SAFS



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

O julgador singular analisando os autos considerou a denuncia da inicial sobre a devolução de duas Escavadeiras Hidráulicas CFOP 6949 acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 881 e 882, modelo 1, série 1, em desacordo com as disposições legais dos Protocolos ICMS 42/2009 e 85/2010, que dispõem sobre a obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, modelo 55, desde 1º de dezembro de 2010. Ficando configurada a inidoneidade prevista no artigo 131, inciso XII, do Decreto nº 24.569/97, conjugado com o artigo 829, do mesmo diploma legal. Ressalta, que a operação não sujeita à incidência do imposto estadual, consoante artigo 4º, inciso VIII, da Lei nº 12.670/96 e cita os Protocolos ICMS nºs. 42/2009 e 85/2010, *in verbis* :

Protocolo ICMS 42/2009, que regula a emissão da nota fiscal eletrônica, dispõe nos parágrafos 1º e 3º, da Cláusula primeira, o seguinte :

“Cláusula primeira. Acordamos Estados e o Distrito Federal em estabelecer a obrigatoriedade de utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) prevista no Ajuste SINIEF 07/05, de 30 de setembro de 2005 em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para os contribuintes enquadrados nos códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE descritos no Anexo Único, a partir da data indicada no referido anexo.

§ 1º A obrigatoriedade aplica-se a todas as operações efetuadas em todos os estabelecimentos dos contribuintes referidos nesta cláusula que estejam localizados nas unidades da Federação signatárias deste Protocolo, ficando vedada a emissão de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, salvo nas hipóteses previstas neste protocolo.

§ 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 em seus cadastros, junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da Receita Federal do Brasil (RFB) e no cadastro de contribuinte do ICMS de cada unidade federada.”



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

O Protocolo ICMS 85/2010, estabelece que a Cláusula do Protocolo ICMS 42/2009, passa a vigorar com a seguinte redação :

“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 :

I – destinadas à Administração Pública direta ou indireta, inclusive empresa pública e sociedade de economia mista, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ;

II – com destinatário localizado em unidade da Federação diferente daquela do emitente ;

III – de comércio exterior.”

O julgador considerou também, que as Notas Fiscais nºs 881 e 882, foram escrituradas no livro Registro de Saídas da impugnante, conforme cópias fls. 42 e 43 dos autos. Assim sendo, alterou a penalidade proposta pelos autuantes para a prevista no Parágrafo único do artigo 126, da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03, redução da penalidade de 10% (dez por cento) para 1% (um por cento) do valor da operação, decidindo pela Parcial Procedência do feito fiscal.

A empresa ingressa com Recurso Voluntário, alega não ser contribuinte do ICMS, portanto, não está obrigada a emissão da nota fiscal eletrônica para a operação de devolução de equipamentos CFOP 6949 recebidos em locação, por conseguinte, o auto de infração é nulo de pleno direito.

E caso, não seja acolhida a tese de nulidade do auto de infração, seja julgado improcedente, haja vista não ser contribuinte do ICMS ou seja aplicada a multa prevista no Parágrafo único do artigo 881, de Decreto nº 24.569/97, haja vista que as notas fiscais foram devidamente escrituradas no seu livro Registro de Saídas, conforme cópias fls. 42 e 43.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

A Célula de Consultoria e Planejamento, por intermédio do Parecer nº 574/2013, não concorda com o entendimento do julgador singular pela indicação da multa prevista no Parágrafo único do artigo 126, da Lei nº 12.670/96, em razão da recorrente anexar aos autos às fls. 42 e 43, cópias do seu livro Registro de Saídas onde estão escrituradas as Notas Fiscais nºs 881 e 882, por entender a consultora que o citado dispositivo somente é aplicável aos contribuintes do Estado do Ceará.

A consultora manifesta-se pelo conhecimento dos Recursos Oficial e Voluntário, dar-lhes provimento, para reformar a decisão de Primeira Instância para a **Parcial Procedência** do feito fiscal, todavia, nos termos dos valores sugeridos pelos autuantes na inicial : Base de Cálculo no valor de R\$800.000,00, com Multa no valor de R\$80.000,00.

O representante da Procuradoria Geral do Estado modificou oralmente em sessão, o Parecer da Célula de Consultoria e Planejamento, decidindo-se pela **Parcial Procedência do feito fiscal nos termos da decisão de 1ª Instância.**

É o relatório.

AFS
7



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

VOTO DA RELATORA

O presente processo originou-se de uma fiscalização de trânsito, onde foi constatado que a empresa **Pernambuco Construtora Empreendimentos Ltda.**, emitiu as Notas Fiscais nºs 881 e 882, no modelo 1 - série 1, ambas emitidas em 27 de abril de 2011, sendo que desde 1º de dezembro de 2010, tal operação deveria ser acobertada por Nota Fiscal Eletrônica NF-e, modelo 55, consoante Protocolo ICMS 42/2009, independentemente da atividade econômica exercida, assim, foram consideradas as notas fiscais inidôneas para acobertar o trânsito das duas Escavadeiras Hidráulicas CFOP 6949, arroladas no Certificado de Guarda de Mercadorias nº 152/2011.

Analisando os autos constata-se que a infração está plenamente caracterizada, as Notas Fiscais nºs 881 e 882 modelo 1, série 1, eram inadequadas para acobertar o transporte das Escavadeiras Hidráulicas, ou seja, as máquinas estavam em situação fiscal irregular, conforme o previsto nos artigos 131, *caput*, inciso XII e 829, do RICMS transcrito *in verbis* :

Art. 131 - Considerar-se-à inidôneo o documento que não preencher os seus requisitos fundamentais de validade e eficácia, ou, ainda, quando :

XII - tratando-se de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou de documento substituto desta, ainda que autorizado por regime especial, seja emitida, a partir de 1º de abril de 2008, por contribuinte obrigado à emissão de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), nos termos do Protocolo ICMS nº 10, de 18 de abril de 2007.

Art. 829 - Entende-se por mercadoria em situação fiscal irregular aquela que, depositada ou em trânsito, for encontrada desacompanhada de documentação fiscal própria ou com documentação que acoberte o trânsito de mercadoria destinada a contribuinte não identificado ou excluído do CGF ou ainda, com documentação fiscal inidônea, na forma do art. 131.

AFS



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Vale ressaltar, que “ *as operações resultantes de comodato, locação ou arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário* “ não se submetem à incidência do imposto estadual, conforme as disposições do artigo 4º, inciso VIII, da Lei nº 12.670/96. Com efeito, a operação das Escavadeiras Hidráulicas CFOP 6949, estão fora do campo da incidência do ICMS.

Todavia, constata-se que a autuação decorreu do descumprimento das disposições legais do Protocolo ICMS 42/2009, que dispõem sobre a obrigatoriedade da utilização da Nota Fiscal Eletrônica NF-e, modelo 55, em substituição à Nota Fiscal modelo 1 ou 1A.

Pelo exposto acima, voto pelo conhecimento dos Recursos Oficial e Voluntário, negar-lhes provimento, confirmando a decisão **PARCIAL CONDENATÓRIA** proferida em Primeira Instância, nos termos deste voto e do Parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado modificado oralmente em sessão.

DEMONSTRATIVO

BASE DE CÁLCULO	RS\$800.000,00
MULTA	RS 8.000,00

É o voto.

AFS



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E PERNAMBUCO CONSTRUTORA EMPREENDIMENTOS LTDA. e recorrido AMBOS. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer dos Recursos Oficial e Voluntário, negar-lhes provimento, para confirmar a decisão PARCIAL CONDENATÓRIA proferida em Primeira Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão.


SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 09 de setembro de 2014.


Valter Barbalho Lima
PRESIDENTE


Rafael Gonçalves Zidan
Conselheiro


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Francisco Wellington Ávila Pereira
Conselheiro


Flípe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Conselheira


Agatha Louise Borges Macedo
Conselheira


Aderbalina Fernandes Scipião
Conselheira Relatora


Samuel Aragão Silva
Conselheiro

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO