



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 784 /2015

163ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 21/10/2015

PROCESSO DE RECURSO Nº: 2/38/2011

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201020169

REQUERENTE: RAL INDUSTRIA MECÂNICA LTDA. RALMEC

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: FRANCISCO WELLINGTON ÁVILA PEREIRA

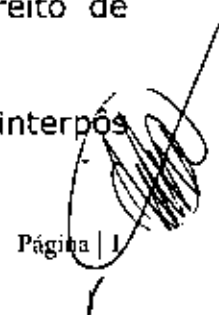
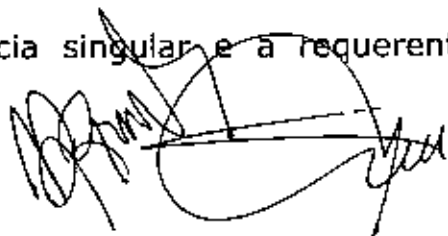
EMENTA: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. 1. Auto de Infração pago, oriundo de Transporte de mercadoria com nota fiscal considerada inidônea. 2. Período de 11/2010. 3. Julgamento pelo **Indeferimento**. 4. Amparo legal: Protocolo ICMS Nº 42/2009. Penalidade prevista no artigo 123, III, "a" da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03. 5. Recurso Ordinário conhecido e improvido. Confirmada, por voto de desempate da Presidência, a decisão de indeferimento exarada em 1ª Instância, de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária e de acordo com a manifestação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição de ICMS pago através de DAE, fls. 15 dos autos, oriundo de auto de infração lavrado no trânsito de mercadorias, em nome da recorrente e que teve como relato da infração o transporte de mercadorias sem observância ao que determina aos Protocolos 10/2007 e 42/2009.

A empresa Ralmec ingressou com pedido de restituição em 20 de maio de 2011, arguindo a nulidade do presente auto de infração, por ausência de lavratura do termo de Retenção, oportunizando a autuada o direito de corrigir as falhas do documento considerado inidôneo.

O Pedido foi indeferido pela instância singular e a requerente interpôs Recurso Ordinário argumentando:





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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

- 1) Impedimento do Ilustre Agente Autuante por ausência de lavratura do Termo de Retenção, uma vez que a irregularidade cometida era passível de correção;
- 2) Direito a repetição do Indébito. O contribuinte recolheu ICMS indevidamente, fazendo jus a sua restituição.

A Assessoria Processual Tributária emitiu parecer nº 255/2015, fls. 35 a 38, analisando a nulidade suscitada e, inclusive o mérito, declarou o Indeferimento do Pedido, o qual foi adotado na íntegra pelo Exmo. representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Versa o presente processo acerca de pedido de restituição de auto de infração pago, oriundo de ação fiscal realizada no trânsito de mercadorias. Após o indeferimento do pedido exarado pela primeira instância, a parte ingressou com Recurso Ordinário, preenchendo os requisitos de admissibilidade, que ora reconheço e passo a analisar.

1. DAS PRELIMINARES

Foi suscitado pela parte, em grau de Recurso Ordinário a nulidade processual por impedimento do Ilustre Agente do Fisco, uma vez que o mesmo furtou-se a lavrar o Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais.

Sob esse aspecto, calha trazer a discussão as circunstâncias que envolvem a lavratura do Termo de Retenção, por fundamentos que são as contidas no artigo 831 do RICMS, in verbis.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

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.

De plano, estarão sujeitas a retenção aquelas mercadorias acompanhada de documento fiscal cuja a irregularidade seja passível de reparação, e ao meu ver, reside aí o cerne da discussão. Quais as irregularidades que são passíveis de reparação?

O § 3º do mesmo artigo, abaixo transcrito, traz esclarecimentos a essa indagação. Destacamos as palavras do texto legal que fazem menção a "apresente erro resultante de omissão ou indicação indevida de elementos formais".

§ 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.

O Texto não faz menção a substituição do documento fiscal, permutando-o por outro modelo ou série distinta, mas tão somente àquelas situações em que há omissão ou indicação indevida de elementos formais, dados ou informações contidas na Nota Fiscal que estão em desacordo com seus registros originais, tais como a omissão de indicação da alíquota aplicada, os dados do transportador, dados complementares das especificações dos produtos, dentre outros, excluindo-se aquelas que impliquem em falta de recolhimento do imposto.

A mesma legislação ressalva, ainda, através do § 4º que esta previsão legal não se aplica aos contribuintes baixados do CGF ou em processo de baixa.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Para que entendamos essa matéria, necessário se faz adentrar-se um pouco no mérito da questão.

A Cláusula 2ª do protocolo ICMS 42/2009, estabelece que estão obrigados a emissão de Nota Fiscal Eletrônica, os contribuinte que realizarem operações de vendas/remessas de mercadorias destinadas a contribuintes destinados em outra unidade da Federação. Desta forma, resta perfeitamente caracterizada a obrigação da autuada de emitir Nota Fiscal eletrônica para as operações em epígrafe. Sendo vedada a emissão da NF1.

Dito isto, entendemos que a única maneira de corrigir a irregularidade identificada por ocasião da ação fiscal realizada seria a substituição da nota fiscal pelo modelo estabelecido no Protocolo ICMS citado, situação que não encontra abrigo na legislação do ICMS, quanto a emissão do Termo de Retenção.

Pelas razões qui expostas, afastamos a nulidade suscitada, por não haver amparo legal para seu acolhimento.

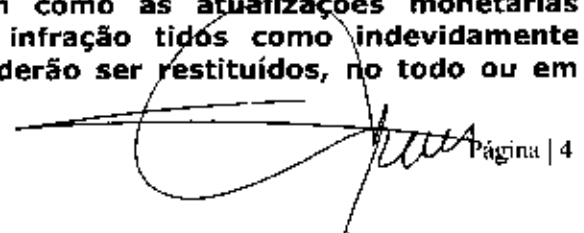
2. DO MÉRITO

Quanto ao mérito, fazemos inicialmente algumas considerações acerca da natureza do pedido de restituição.

A Lei 15.614/2014, que estabelece a estrutura, organização e competência do Contencioso Administrativo Tributário, determina que compete ao CONAT decidir as questões relativas à exigência dos tributos estaduais e a aplicação de penalidade pecuniária decorrentes de autos de infração à legislação tributária e a Procedimento Especial de Restituição nas mesmas condições, nos litígios fiscais entre sujeitos passivos de obrigação tributária e o Estado do Ceará.

O mesmo diploma legal, em seu artigo 113, abaixo transcrito, disciplina os casos em que se aplicam a restituição de tributos pagos.

Art. 113. Os tributos, as penalidades pecuniárias e seus acréscimos legais, bem como as atualizações monetárias oriundas de autos de infração tidos como indevidamente recolhidos ao Erário poderão ser restituídos, no todo ou em



Página | 4



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

parte, a requerimento do interessado, nas seguintes hipóteses:

I - pagamento de imposto manifestamente indevido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na identificação 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 ou revogação de decisão condenatória, observado o disposto em Regulamento.

Salvo melhor juízo, o processo de restituição destina-se, em especial aos casos de pagamento manifestadamente indevido em face da legislação aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, que entendemos, nesta fase de julgamento administrativo, deve o julgador analisar se o fato gerador que motivou a autuação ocorreu ou não.

Nesse diapasão, no caso em tela, salvo melhor juízo, deve o julgador ater-se a verificação se houve pagamento manifestadamente indevido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido.

No presente caso, compulsando os autos do processo supracitado, observa-se que o mesmo possui origem em procedimento fiscal simples, iniciado através do Trânsito de Mercadorias e culminando na constatação de transporte de mercadorias sem notas fiscais.

A infração tributária sob exame, está prevista no regulamento do ICMS em seus artigos 829 e 830, do Decreto 24.569/97, *in verbis*, que definem mercadoria em situação fiscal irregular e quais os procedimentos a serem adotados pelo agente do fisco.

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



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

excluído do CGF ou ainda, com documentação fiscal inidônea, na forma do art. 131.

Ressaltamos que a Parte não trouxe aos autos quaisquer manifestações acerca do mérito da questão, limitando-se a arguir apenas a nulidade ora analisada.

Por todo o exposto, entendemos que no presente caso a autuada emitiu nota fiscal em desacordo com o estabelecido no protocolo 42/2009, posto que deveria ter utilizado Nota Fiscal Eletrônica, não cabendo lavratura de Termo de Retenção, para saneamento das irregularidades apontadas.

Neste azo, somos pelo indeferimento do pedido da Parte.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

DECISÃO

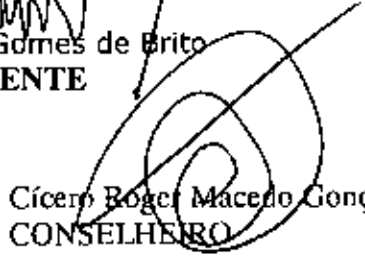
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **RAL INDÚSTRIA MECÂNICA LTDA. - RALMEC** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

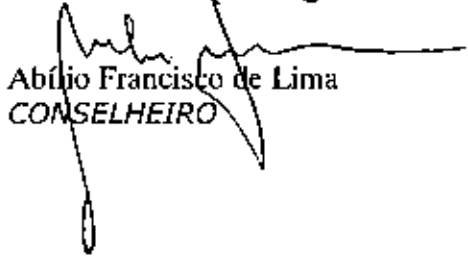
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário em sede de Procedimento Especial de Restituição, e por voto de desempate do Presidente, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão exarada em 1ª Instância, de indeferimento do pedido de restituição, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro Francisco Wellington Ávila Pereira, que ficou designado para lavrar a Resolução e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Além dos fundamentos constantes do Parecer da Assessoria Processual Tributária, o Sr. Presidente fez registrar em fundamento de seu voto, o Protocolo 42/2009 (Parágrafo 1º, da Cláusula 1ª), dispositivo a qual se referiu o Conselheiro Abílio Francisco de Lima, destacando, inclusive, a vedação quanto a utilização de Nota Fiscal NF1. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Filipe Pinho da Costa Leitão (relator originário), Cícero Roger Macedo Gonçalves, Samuel Aragão Silva e Agatha Louise Borges Macedo que votaram pelo deferimento parcial do pedido de restituição, em face do reenquadramento da penalidade aplicada para a prevista no art. 123, III, "c" da Lei nº 12.670/96.


SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 09 de 12 de 2015.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE


Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO

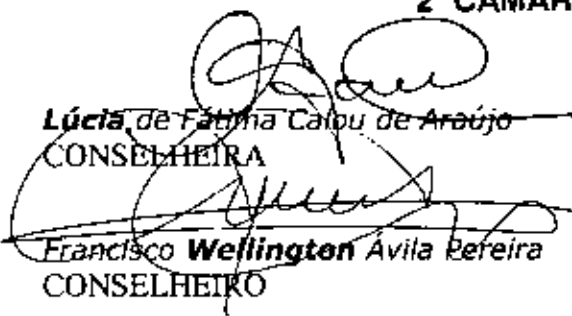

Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO




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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Francisco Wellington Ávila Rêzeira
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO

Ciente em, 10 de 12 de 2015


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO