

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 011 /2016

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 13/07/16 (3ª. SESSÃO)

PROCESSO DE RECURSO Nº:1/1339/2014 AI Nº 1/2014.00888-2

RECORRENTE: SILMAQ S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: ICMS – TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADAS POR DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO — AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO IMPROCEDENTE – Por se tratar a Nota Fiscal nº 121.971 de devolução de mercadoria por pessoa física, documento fiscal emitido conforme art. 673 § 2º negando-lhe provimento do Reexame Necessário para manter a decisão da 1ª. Instância, de acordo com o Voto do Relator, mas contrariando o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, como também em desacordo ao recomendado pela D. Procuradoria Geral do Estado que se pronunciou pela parcial procedência, ou seja, que não fosse cobrado o ICMS e a punibilidade fosse a prevista no art. 123, III, "c", da Lei 12.670/96. Decisão por unanimidade de votos.

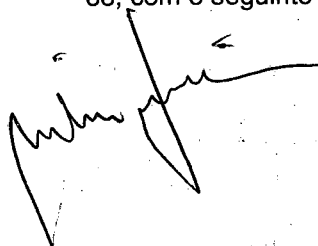
**RELATÓRIO:**

A peça fiscal submetida ao nosso exame tem o seguinte relato: "TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADA POR DOCUMENTOS FISCAIS INIDONEOS. O AUTUADO TRANSPORTAVA NO VEÍCULO DE PLACAS: MEB-9162/SC, MERCADORIAS CONFORME CONSTA NO CGM34/12, ACOMPANHADAS DA NFE DE ENTRADA: 121971, TAL NFE FOI TORNADA INIDONEA POR NÃO SER A LEGALMENTE EXIGIDA PARA A OPERAÇÃO. RELATO COMPLEMENTADO PELAS INFORMAÇÕES EM ANEXO, COM OS FATOS MOTIVADORES DESTE AUTO."

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.123, III, "b" da Lei 12.670/97, alterado pela Lei 13.418/03.

Nas Informações Complementares, fls.03, o agente fiscal acrescenta outras informações ao feito fiscal. Anexado, fls.04 e 06 CGM e NFe (DANFES).

A defesa foi tempestiva, conforme despacho no verso das fls. 66, estando contida, às fls. 20 a 66, com o seguinte teor:



PRELIMINAR

- ✓ Que houve Nulidade Formal em virtude da ausência de dispositivos legais infringidos no auto de infração lavrado. Informando que os artigos contidos no auto de infração não correspondem a qualquer ato cometido pelo atuado;
- MÉRITO:
- ✓ Que não ocorre a infração imputada, alegando que se trata de uma devolução de venda;
  - ✓ Que o objeto de autuação já foi devidamente recolhido, portanto uma nova cobrança seria um "bis in idem" e bitributação;
  - ✓ Que há ilegalidade na aplicação da carga líquida, não havendo qualquer dispositivo legal que ampare o "ICMS carga líquida";
  - ✓ Questiona a constitucionalidade do art. 6º-A, do Decreto 29.560/08, referindo-se a incidência de percentuais de 7,5% e 10%;
  - ✓ Faz alusão ao princípio da capacidade contributiva na aplicação da multa, pois confiscatória;
- PEDIDO:
- ✓ Requer a extinção do processo em virtude da ilegalidade do auto de infração,

O julgador Singular afasta o pedido de nulidade, em virtude do disposto no art. 33, § 2º, do Decreto 24.468/99, *in verbis*:

"Art. 33. O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:

(...)

XIV – indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva pena pecuniária;

(...)

§ 2º A ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso."

Em relação ao pedido de inconstitucionalidade informa e afirma que não cabe à autoridade julgadora de processo administrativo tributário declarar inconstitucionalidade de lei vigente.

Quanto ao mérito a julgadora monocrática decide pela IMPROCEDÊNCIA fls. 67 a 72, do feito fiscal, por entender, que se trata de devolução de mercadoria por não contribuinte, logo o documento fiscal foi emitido com base no Artigo 673, § 2º, do RICMS.

Através de Parecer de N°131/2016, fls.78 a 81 da Célula de Assessoria Processual Tributária, opina pelo conhecimento do Reexame Necessário, dando-lhe provimento a fim de que seja reformada a decisão proferida na instância singular, decidindo-se pela PROCEDENCIA.

Diverge do julgador singular no tocante ao tipo de nota a ser usada na operação, ou seja, para operação interna, segundo a Assessora Processual Tributária não caberia a emissão de nota fiscal de entrada, pois existe determinação legal inserida no parágrafo 9º do art. 180 do RICMS determinando que a nota fiscal de entrada somente acoberte operação interna.

A Procuradoria do Estado através de seu representante se pronunciou pela parcial procedência, ou seja, que não fosse cobrado o ICMS e a punibilidade fosse alterada para, o art. 123, III, "c", da Lei 12.670/96, vejamos:

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

III - relativamente à documentação e à escrituração:

(...)

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;"

Eis, o relatório.

VOTO:

Afastamos o pedido de inconstitucionalidade em virtude do disposto no Art. 48, § 2º da Lei 15.614/2014, vejamos:

"Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art. 121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, observado:"

A ação fiscal em tela teve como móvel a acusação de transporte de mercadoria acobertada por documentos fiscais inidôneos.

A julgadora em primeiro grau entendeu que não ocorreu a inidoneidade do documento fiscal, pois se referia a uma devolução de mercadoria por não contribuinte, logo o documento havia sido emitido com base no art. 673, § 2º, do RICMS.

A Célula de Assessoria Tributária através de parecer N°131/2016, fls.78 a 81, discorda da Julgadora de 1ª. Singular. Afirmando que como se trata de uma devolução para empresa localizada em outro Estado da federação a nota fiscal correta seria a nota fiscal avulsa, pois conforme o art. 180, § 9º, existe uma previsão para a emissão de nota fiscal de entrada somente nas operações internas.

Já o representante da Procuradoria Geral do Estado se manifestou pela aplicação do art. 123, inciso III, alínea "c" da Lei nº 12.670/96.

A emissão da Nota Fiscal de Entrada se refere a uma devolução de mercadoria por pessoa física inadimplente, conforme documento fls. 63 e 64; inclusive assinado e com firma reconhecida com data de 15 de janeiro de 2014, ou seja, antes da autuação.

Logo, pedimos vênias para discordamos do Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária bem como da Douta Procuradoria Geral do Estado, pois se constatamos que se trata de uma devolução de pessoa física que não efetuou o pagamento, logo existe uma subseção própria no art. 673 do Decreto 24.569/97 para tal operação, e que neste caso não limita o tipo de documento a ser usado, vejamos:

"Subseção II

Operações de Devolução de Mercadoria, Realizadas por Pessoa Física ou Jurídica não Obrigada à Emissão de Documento Fiscal.

Art. 673. Será permitido, também, o aproveitamento do crédito quando a devolução for feita por pessoa física ou jurídica não obrigada à emissão de nota fiscal, devendo a mercadoria ser acompanhada de declaração expedida pelo comprador, contendo:

I - a discriminação da mercadoria devolvida;

II - o motivo da devolução;

III - o número e data de emissão da nota fiscal originária, exceto quando a declaração for prestada na própria nota fiscal.

§ 1º No ato da entrada da mercadoria deve o vendedor emitir a nota fiscal em entrada, que, além de obedecer, no seu preenchimento, a todas as normas regulamentares pertinentes, deverá conter as indicações do número, data da emissão da nota fiscal originária e o valor do imposto relativo à mercadoria devolvida.

§ 2º Quando o estabelecimento vendedor assumir o encargo de retirar ou transportar a mercadoria devolvida, além da declaração de que trata o caput, deverá a nota fiscal em entrada acompanhar o seu trânsito. (grifo nosso)"

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Reexame Necessário, negar-lhe provimento, mantendo a decisão singular em todos os seus termos.

É o voto.

**DECISÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA. e RECORRIDO SILMAQ S/A.**

**RESOLVEM**, os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **ABSOLUTÓRIA** exarada em 1ª Instância, tendo em vista que se trata de devolução de mercadorias, situação para a qual há um disciplinamento próprio na legislação tributária, no art. 673, § 2º, do Decreto nº 24.569/97, o qual autoriza o uso de nota fiscal de entrada nas operações de devolução de mercadorias sem fazer diferenciação entre operações internas e interestaduais, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo tanto com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, quanto com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pela aplicação do art. 123, inciso III, alínea "c" da Lei nº 12.670/96.

**SALA DE JULGAMENTO DA 4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 16 de agosto de 2016.**

  
\_\_\_\_\_  
**ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA**  
Presidente

  
\_\_\_\_\_  
**JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA**  
Conselheiro Relator

  
\_\_\_\_\_  
**LÚCIO FLÁVIO ALVES**  
Conselheiro

  
\_\_\_\_\_  
**JOSÉ WILAME FALCÃO DE SOUZA**  
Conselheiro

  
\_\_\_\_\_  
**RODRIGO PORTELA OLIVEIRA**  
Conselheiro

  
\_\_\_\_\_  
**DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR**  
Conselheiro

  
\_\_\_\_\_  
**ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO**  
Conselheira

  
\_\_\_\_\_  
**RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA**  
PROCURADOR DO ESTADO