



ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

REQUERENTE: G B S ENGENHARIA LTDA ✓

ENDEREÇO: RUA FREI VIDAL, 1846 - FORTALEZA/CEARÁ

CGF: 06.992.124-5 CGC.: 35.554.591/0002-04

PROCESSO: 2/62/2011 ✓

EMENTA: ICMS – RESTITUIÇÃO DE ICMS. Restituição alusiva ao AI Nº 2010.21449, lavrado em razão do transporte de mercadorias acompanhadas de documentos fiscais inidôneos tendo em vista que o contribuinte estava obrigado a emitir a nota fiscal eletrônica, conforme o protocolo nº 42/2009. Restituição **PARCIALMENTE DEFERIDA** em razão da exclusão do imposto.

JULG 3664 /2014

RELATÓRIO

O requerente acima solicita a restituição do valor pago relativo ao auto de infração Nº 2010.21449, lavrado em 03.12.2010, cujo relato é o seguinte: “Remeter mercadoria com documento fiscal inidôneo. A autuado remeteu mercadorias acompanhadas pelas notas fiscais NF 1 nº 1644 e 1646 as quais foram consideradas inidôneas, pois o contribuinte esta obrigado a emitir nota fiscal eletrônica para a operação em questão conforme protocolo ICMS nº 42 de 03 de Julho de 2009.”

O requerente solicita a devolução do valor referente ao auto de infração acima citado anexando os seguintes documentos: cópia do DAE para pagamento do ICMS e multa relativos ao auto de infração em questão, cópia do Termo de ocorrência de ação fiscal, cópia do auto de infração, cópia do CNH do condutor do veículo, cópia das notas fiscais nº 1644, 1645 e 1646, consulta ao cadastro nacional de pessoa jurídica e cópia do contrato social da empresa “

Em seu pedido de restituição o requerente alega o que se segue:

OK

1 – Alega que no auto de infração o fiscal cita como infringidos os artigos 127, e 131 do RICMS que tratam, respectivamente, da obrigatoriedade da emissão de documento fiscal e da inidoneidade dos documentos, todavia emitiu as notas fiscais 1644, 1645 e 1646, que eram válidas e idôneas.

2 – Alega, ainda, que o artigo 131, VI do RICMS, somente atribuiria a inidoneidade dos documentos por ela emitidos, se a mesma não fosse contribuinte deste Estado ou ainda emitidos com redução ou exclusão do imposto.

3 – O ICMS exigido na alíquota de 17% é indevido, tendo em vista que a operação era de transferência de material para a sua filial e caso de não incidência do ICMS.

4 – Alega, ainda, que as mercadorias eram insumos a serem empregados em obra de construção no Estado do Piauí, cuja não incidência do ICMS esta insculpida no artigo 4º, V e 25, inciso IV, “b”, combinados com o artigo 2º da LC 116/2003.

5 – Cita a súmula 432 do STJ onde: ‘as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumo em prestação de serviços.’

6 – Por fim, solicita a restituição do ICMS e multa pagos indevidamente.

Em síntese, é o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

O pedido de restituição teve como base o auto de infração nº AI Nº 2010.21449, lavrado em 03/12/2010, em razão do transporte de mercadorias acompanhadas de documentos fiscais inidôneos, tendo em vista que o contribuinte estava obrigado a emitir a nota fiscal eletrônica, conforme o protocolo nº 42/2009.

O Protocolo nº 42/2009 tornou obrigatória a emissão de nota fiscal eletrônica para os contribuintes do ICMS que acordaram com o citado protocolo, nas hipóteses ali especificadas, sendo a nota fiscal eletrônica O apropriado para operações interestaduais, a partir de 01/12/2010 conforme estabelece a cláusula II do Protocolo 42/2009.

Dessa forma, não há dúvidas no tocante a obrigatoriedade do contribuinte obedecer o disposto no inciso II do Protocolo 42/2009, o que causou a inidoneidade dos documentos fiscais NF – 1 , tendo em vista que são preenchidos os requisitos de eficácia para acobertar a

af

operação, conforme disposto no artigo 131 do RICMS.

Verifica-se que o emitente das notas fiscais apresenta CNAE principal de 41204-00 - Construções de edifícios, CNAE secundário 1 - 42219-03 - Manutenção de redes de distribuição de energia elétrica e CNAE secundário 2 - 71120-00 - Serviços de Engenharias.

Observa-se, ainda, que a emitente da nota fiscal é inscrita no Cadastro Geral da Fazenda no regime de recolhimento OUTROS (fls. 15), por pertencer ao segmento econômico da construção civil, cujas operações são submetidas às regras dos artigos 725 a 731 do RICMS.

Alega o requerente que as notas fiscais foram emitidas para acobertar a transferência de materiais para canteiro de obras, não havendo prejuízo para o Erário Estadual.

É sabido que a operação das notas fiscais apreendidas “remessa materiais canteiro de obra – CFOP 6557, não há incidência do imposto, de acordo com o artigo 731, I, e II do RICMS.

Destaque-se que independente de ter causado, ou não prejuízo ao Estado, houve o descumprimento de uma obrigação acessória, tendo em vista que o autuado não observou o disposto no inciso II do Protocolo 42/2009.

A análise dos documentos de fls 10/12, leva-nos a constatação de que estes não preenchem os requisitos fundamentais de validade e eficácia na forma prescrita no Convênio 42/2009 do qual todos os Estados da federação são signatários. No qual estabelece a obrigatoriedade da utilização da nota fiscal eletrônica (NF-e) e prevista no ajuste SINIEF 07/05, em substituição a nota fiscal, modelo I ou I-A para os contribuintes enquadrados nos códigos de classificação nacional de Atividades Econômicas – CNAE descritos no Anexo Único a partir da data indicada no referido anexo.

Cabe informar que a inidoneidade das notas fiscais decorrem destas não preencherem os requisitos fundamentais de validade e eficácia, em razão de não serem a documentação fiscal hábil para acobertarem o trânsito das mercadorias, diante da legislação que rege a matéria, logo, não é válido para assegurar o cumprimento da obrigação tributária, quer seja principal quer seja acessória, tornando-o inválido sem efeito, salvo para fins de fazer prova em favor do Fisco, Como o Estado do Ceará estabeleceu tal obrigação a partir de 1/12/2010 não pode o autuado se eximir do dever ao qual estava obrigado. acessória

O mesmo diploma legal estabelece em sua cláusula segunda, item II, que ficam obrigados a emitir NF-e em substituição à NF1 ou NF1-A, a partir de 01.12.2010, os contribuintes que independente da atividade econômica exercida, realizem operações destinadas a contribuintes localizados em outra unidade da federação, diferente daquela do emitente, exceto a critério de cada unidade federada, se o contribuinte emitente for enquadrado exclusivamente nos códigos da CNAE relativos às atividades de varejo.

dy

Como a operação descrita nas notas fiscais, emitidas em 01/12/2010, foram originadas no Estado do Ceará, tendo como destinatário uma empresa situada no Estado do Piauí, a emitente estava obrigada a tal exigência, tendo em vista que a obrigatoriedade é a partir de 01/12/2010.

De maneira que, dispõe o inciso VI do artigo 131 do RICMS que será considerado inidôneo o documento não legalmente exigido para a operação. A regra em comento considera como hipóteses de infração a emissão de documento fiscal em modelo diferente do exigido no RIMS, modelo este previsto no artigo 176-A e seguintes do RICMS, guardando consonância com a operação ou prestação realizada.

Consoante o artigo 829 do RICMS, entende-se por mercadoria fiscal em situação fiscal irregular aquela que, depositada ou em trânsito for encontrada desacompanhada de documento fiscal próprio ou acoberte o trânsito de mercadoria para contribuinte não identificado ou excluído do CGF ou ainda sendo esta inidônea, na forma do artigo 131 do RICMS

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:

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.

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.

Como se vê, a presente situação se amolda perfeitamente ao disposto nos comandos legais acima transcritos. Todavia, entendo que deveria ter ser aplicada a multa prevista no artigo 126 da Lei nº 12.670/96 em razão da operação não ser sujeita a incidência do ICMS.

Entendo, que deveria ter sido aplicada a penalidade mais favorável ao contribuinte, conforme estabelece ao artigo 112, VI do CTN, ou seja, a inserta no artigo 126 da Lei nº 12.670/96, que estabelece multa de 10% (dez por cento)

Diante das considerações acima expostas sou pelo **DEFERIMENTO PARCIAL** do presente pleito.



DECISÃO

Pelas razões acima expostas e tudo o que dos autos consta sou pelo **DEFERIMENTO PARCIAL** pleito do contribuinte, em razão da exclusão do imposto e alteração da multa para 10% do valor da operação.

Embora seja essa decisão contrária, em parte, aos interesses do Estado, deixo de interpor reexame necessário por força do que dispõe a legislação processual vigente

DEMONSTRATIVO

ICMS.....R\$ 4.593,91
MULTA.....R\$ 4.053,45 – R\$ 1.351,15 = R\$ 2.702,30
TOTAL.....R\$ 5.945,06

CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA aos 03 DE NOVEMBRO de
2014.

Y. Ponte
TERESINHA DE JESUS PONTE FROTA
JULGADORA ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO