



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**

PROCESSO DE RESTITUIÇÃO Nº 2/3/2011 ✓
AUTO DE INFRAÇÃO: Nº 1/201020708 ✓
REQUERENTE: PB CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA. ✓
END: RUA 04, nº 1400 QUADRA 73, LOTE ÁREA TOTAL, SETOR CENTRAL –
GOIANIA – GO.
CGF Nº CNPJ Nº 03701380/0001-03

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. A requerente pleiteia a restituição de valor pago, por considerar indevido o auto de infração, que denuncia a remessa de materiais para consumo em obra sem retorno ao Estado de origem através de nota fiscal emitida sem destaque do imposto devido. Operação interestadual tributada de acordo com legislação deste Estado. Configurada a inidoneidade do documento fiscal nos termos do art. 131, inciso III, do Dec. nº 24.569/97. Mantida a autuação. Pedido de Restituição **INDEFERIDO.**

JULGAMENTO Nº ²⁶⁶⁸ 2/2014.

RELATÓRIO

A empresa acima qualificada, na sua defesa administrativa - impugnação, processada como Pedido de Restituição, expôs e requereu o seguinte:

1 - que foi surpreendida em 21/11/2010 pela apreensão de um dos seus caminhões que transportava materiais do seu estabelecimento situado em Goiânia para consumo na obra em Fortaleza, culminando com a lavratura do auto de infração.

JULGAMENTO Nº 3668/14

2 - que dada a urgência da entrega dos materiais apreendidos na obra se viu obrigada a realizar o pagamento do crédito tributário (ICMS e multa), mesmo não concordando com essa cobrança, pois somente assim teve o caminhão liberado.

3 - que o material transportado estava acompanhado da nota fiscal nº 087, a qual estava preenchida de maneira correta, de acordo com a legislação fiscal e tributária em vigor, sendo, por isso, documento idôneo, não havendo motivo ou fundamento para apreensão do caminhão e a lavratura do auto de infração.

4 - que deveria ter sido notificado para se defender, e somente após a decisão final é que a multa poderia ser aplicada, sendo necessária uma nova notificação para que realizasse o pagamento do eventual débito.

5 - que o procedimento da notificação única afrontou os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a pena de multa foi aplicada sem que fosse propiciado a oportunidade de defesa, em manifesta ilegalidade procedimental, razão pela qual requer a nulidade do auto de infração.

6 - que há irregularidade na intimação. Primeiro, o funcionário que conduzia o caminhão apreendido não tinha sido constituído como mandatário ou preposto, não possuindo, portanto, poderes para assinar documento em seu nome. Segundo, consta a informação que o contribuinte deve comparecer "a Célula de Execução no prazo de 10 (dez) dias da ciência deste, para apresentar sua defesa contra as infrações identificadas", a qual não integra a estrutura organizacional do CONAT. Além disso, não há a indicação do endereço da repartição para onde a defesa deve ser encaminhada.

7 - que na falta dessas informações teve dificuldades de exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, por se tratar de empresa com sede em Goiânia, que pouco conhece da estrutura administrativa do CONAT.

8 - que a intimação não obedeceu as regras estabelecidas na legislação tributária, sendo, portanto, irregular e passível de nulidade, devendo ser feita uma intimação, restituindo-se os valores pagos e seu prazo para defesa.

9 - no mérito, diz que a autoridade fiscal se equivocou em suas conclusões porque os materiais transportados eram de fato para consumo em obra, estando, na verdade, acompanhados pela nota fiscal nº 087, regularmente emitida, nos termos da legislação do Estado de Goiás, sendo, portanto, idônea.

10 - que por se tratar de material para consumo em obra, transportado de um estabelecimento para outro da própria PORTO BELO, tem-se um caso de não-incidência do ICMS de conformidade com os arts. 26, II e III, e 29, § 2º, do Dec. nº 4.852/97, do Estado de Goiás, motivo pelo qual não foi destacado o imposto no documento fiscal emitido, tendo como natureza da operação "simples remessa".

JULGAMENTO Nº 3668/14

11 – que o fato do material não retornar para o Estado de origem não prejudica a aplicação da norma de não-incidência do ICMS, até porque esse retorno só é exigido para os casos de movimentação de máquinas, veículos e ferramentas, conforme art. 26, inciso I, anexo XIII, do Dec. nº 4.852/97, que não é o caso.

12 – que corrobora a tese da não-incidência o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as empresas de construção civil que adquirem materiais para empregá-los como insumos, e não para comercializá-los, não são contribuintes do ICMS, mas apenas do ISS.

13 – que a conduta da Porto Belo não pode ser tipificada como uma infração, sendo certo que as razões e fundamentos expostos no Auto de Infração em tela não se coadunam com a realidade, restando a autuação ora objurgada ato desmotivado, desproporcional e, conseqüentemente, nulo de pleno direito.

14 – que os dispositivos de lei citados no Auto de Infração em análise não são, na verdade, adequados à motivação da autuação, uma vez que claramente não refletem a situação de fato encontrada pela autoridade fiscal, o que, inclusive, dificulta a defesa.

15 – ao final, requer o seguinte: a) a restituição imediata da quantia paga a título de imposto devido e da multa aplicada no valor de R\$ 9.765,71 (nove mil, setecentos e sessenta e cinco reais e setenta e um centavos); b) seja declarado nulo e insubsistente o auto de infração, tornando-o sem efeito, cancelando, conseqüentemente, a exigência do pagamento do imposto e da multa; c) permissão para ampla produção de provas por todos os meios admitidos em direito.

Acompanham o requerimento do contribuinte os seguintes documentos: a cópia da Alteração de Contrato da Sociedade Empresária, a Consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, a Certidão Negativa de Débitos Estaduais, a cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE e a cópia do Auto de Infração.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO:

Versa o presente processo sobre a restituição de tributos sob o fundamento de ser incorreta a acusação lançada no Auto de Infração nº 201020708, em face de equívoco da autoridade fiscal, porque a Nota Fiscal nº 087 é idônea e foi regularmente emitida em observância a legislação tributária estadual.

A requerente alegou na ocasião que a intimação não obedeceu as regras estabelecidas na legislação tributária, portanto, sendo irregular e passível de nulidade, devendo ser feita uma nova intimação, restituindo-se os valores pagos e seu prazo para defesa.

JULGAMENTO Nº 3668/14

Não assiste razão à requerente. Com efeito, a intimação do Auto de Infração foi regularmente emitida com observância na íntegra os comandos legais estabelecidos pela legislação tributária de regência, ou seja, atingiu o seu objetivo ao assegurar as garantias processuais constitucionais do contribuinte, não se vislumbrando a ausência de qualquer dos requisitos de validade capaz de comprometer o devido processo legal.

Na própria defesa recepcionada como pedido de restituição, em face do pagamento do crédito tributário, o contribuinte demonstra total conhecimento dos fatos, e dos requisitos de validade do lançamento, tais como, o fato gerador, a matéria tributável, a base cálculo e o imposto cobrado e a sanção proposta pela autoridade fiscal, razão pela qual afastou alegação de cerceamento do direito ao contraditório e a ampla defesa.

Acerca do mérito da lide, convém transcrever a acusação fiscal relatada no Auto de Infração Nº 201020708, ora questionado: **“A autuada emitiu Nota Fiscal 087, no valor de R\$ 30.617,87 para remessa de material para consumo em obra, sem retorno para o Estado de origem, deixando de destacar o imposto devido”**.

A requerente, por sua vez, alegou que a autoridade fiscal se equivocou em suas conclusões porque os materiais transportados eram de fato para consumo em obra, estando acompanhados pela nota fiscal nº 087, idônea, regularmente emitida nos termos da legislação do Estado de Goiás.

Acrescentou ainda, que por se tratar de material para consumo em obra transportado de um estabelecimento para outro da própria empresa, tem-se um caso de não-incidência do ICMS de conformidade com os arts. 26, II e III, e 29, § 2º, do Dec. nº 4.852/97, do Estado de Goiás, motivo pelo qual não foi destacado o imposto no documento fiscal emitido, cuja natureza da operação era “simples remessa”.

Destacou ainda, que o fato do material não retornar para o Estado de origem não prejudica a aplicação da norma de não-incidência do ICMS, isto porque esse retorno só é exigido para os casos de movimentação de máquinas, veículos e ferramentas, conforme o art. 26, inciso I, anexo XIII, do Dec. nº 4.852/97, que não é o caso.

Neste tocante, cabe esclarecer que incide ICMS nas operações de remessa de materiais ainda que para outro do mesmo titular, conforme está previsto no art. 3º, inciso I, da Lei Estadual nº 12.670/96, vejamos:

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Também merece destaque o art. 728, §§ 1º e 2º, do Dec. nº 24.569/97, que trata das operações realizadas por estabelecimento de construção civil e assemelhados, vejamos:

“Art. 728. Na saída de mercadoria para a obra ou para o canteiro de obra, a empresa de construção civil ou assemelhados emitirá nota fiscal consignando como destinatário o nome da própria empresa remetente, como endereço, o da obra ou canteiro de obra e como natureza da operação, a expressão “

§ 1º Na remessa interna, a empresa emitirá Nota Fiscal, modelo 1 ou 1A, sem destaque do ICMS, e com destaque do ICMS, na operação interestadual.

§ 2º Na remessa para outra unidade federada, permitir-se-á o aproveitamento do crédito referente à aquisição da mercadoria remetida.”

Como se vê, os comandos legais acima transcritos, dispõem claramente acerca da obrigatoriedade do destaque do ICMS em operação interestadual, ainda que destinada para estabelecimento do mesmo titular, mas, permitindo o aproveitamento dos créditos nas aquisições desses materiais.

É importante destacar que a legislação do Estado de Goiás trazida a colação pela empresa tem sua aplicação restrita ao âmbito interno, portanto, a nota fiscal emitida para acobertar os materiais na mencionada operação deveria conter o destaque do ICMS exigido na autuação, até porque não retornariam mais ao Estado de origem.

Por conseguinte, o referido documento fiscal não atendia aos requisitos fundamentais de validade e eficácia exigidos pela legislação estadual, consoante o art. 131, inciso III, do Dec. nº 24.569/97, 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:

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

Nesta esteira de raciocínio, a presente situação fática se enquadra no art. 829 do Dec. nº 24.569/97, que define como “mercadoria em situação fiscal irregular aquela que, depositada ou em trânsito for encontrada desacompanhada de documentação fiscal

JULGAMENTO Nº 3668/14.

própria ou acoberte o trânsito de mercadorias para contribuinte não identificado ou excluído do CGF, ou ainda sendo esta inidônea, na forma do art.131 ...”.

Por tais razões, mantenho o Auto de Infração lavrado para cobrança do ICMS e da multa prevista no art. 123, III, alínea “a”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

DECISÃO:

Diante do exposto, **INDEFIRO** o presente pedido de restituição do valor pago decorrente do Auto de infração nº 201020708, devendo a requerente ser comunicada desta decisão para no prazo de 30 (trinta) dias, se assim desejar, interpor recurso ao Conselho de Recursos Tributários.

CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Fortaleza, aos 28 de novembro de 2.014.


José Maria Vieira Mota
juizador administrativo-tributário