



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

PROCESSO DE RESTITUIÇÃO Nº 2/25/2011 ✓
AUTO DE INFRAÇÃO: Nº 1/201101563 ✓
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 mercadorias acobertadas por nota fiscal, modelo 1, em desacordo com as disposições legais dos Protocolos ICMS nº 42/2009 e 85/2010. Configurada a inidoneidade do documento fiscal, tendo em vista a obrigatoriedade de emissão pelo contribuinte da nota fiscal eletrônica nas operações interestaduais. Mantida a autuação por ofensa ao art. 131, inciso XII, do Dec. nº 24.569/97. Pedido de Restituição **INDEFERIDO**.

JULGAMENTO Nº 3669 /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 04/02/2011 com a 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 3669/14

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 que estava sendo transportado estava acompanhado da nota fiscal nº 152, preenchida de maneira correta, de acordo com a legislação fiscal tributária em vigor, por isso, documento idôneo, não havendo motivo ou fundamento para a 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 - pede a nulidade, uma vez que a pena de multa foi aplicada sem que fosse propiciado a oportunidade de defesa, em manifesta ilegalidade procedimental e em afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

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... 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 a NF 152 é idôneo e foi regularmente emitido em observância a legislação do Estado de Goiás.

10 - que a cláusula segunda, II, do Protocolo ICMS 42/09, não pode ser aplicada à empresa porque o tipo de operação realizada não gera a incidência do ICMS, não podendo ser considerada "contribuinte", portanto, não estava obrigada a emitir nota fiscal eletrônica.

11 - requer a invalidade do auto de infração, o qual deve ser considerado nulo de pleno direito, porque não cometeu nenhuma infração - ou seja - não desrespeitou nenhum dispositivo legal ou infralegal.

JULGAMENTO Nº 3669/11

12 – ao final, requer o seguinte: a) a restituição imediata da quantia paga a título de imposto devido e da multa aplicada; b) seja declarado nulo e insubsistente o auto de infração, tornando sem efeito, cancelando, conseqüentemente, a exigência do pagamento do imposto e da multa; c) a possibilidade de 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, o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral e a cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE, a cópia do Auto de Infração nº 201101563, a cópia da Lei nº 11.651/1991 e a Consulta de Auto de Infração.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO:

Trata a peça inicial de Pedido de Restituição de valor pago referente ao Auto de Infração nº 2011.01563, sob o fundamento de ser incorreta a acusação lançada pela autoridade fiscal, porque a NF 152 é idônea e foi regularmente emitida em observância a legislação do Estado de Goiás.

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.

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 recebida 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 2011.01563, ora questionado: “A autuada emitiu a Nota Fiscal 152, em 31.01.11, no valor de R\$ 22.291,20 em operação interestadual com mercadorias destinadas a este Estado, porém utilizando o modelo 1, ao invés de nota fiscal eletrônica, como determina o Protocolo ICMS 42/09”.

JULGAMENTO Nº 3669/14

Neste tocante, o Protocolo ICMS nº 42/2009, que a 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”.

Por sua vez, o Protocolo ICMS 85/2010, estabelece que a cláusula do Protocolo ICMS 42/09, 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.

Como se vê, os comandos legais acima transcritos, dispõem claramente acerca da obrigatoriedade da utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), modelo 55, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, nas operações interestaduais.

A requerente, por sua vez, defendeu que por atuar no ramo de construção civil de pertinência exclusiva a serviços sujeita à incidência de ISQN, não poderia ser considerada "contribuinte", porque suas operações não estariam sujeitas ao tributo estadual.

Sustentou ainda, que a cláusula segunda, II, do Protocolo ICMS 42/09, não pode ser aplicada à empresa porque o tipo de operação realizada não gera a incidência do ICMS, logo, não estava obrigada a emitir nota fiscal eletrônica.

Não obstante a tentativa da empresa requerente em justificar a emissão da nota fiscal nº 152, modelo 1, a autuação deve prevalecer, haja vista que a legislação de regência acima transcrita exige a emissão de nota fiscal eletrônica, modelo 55, independentemente da atividade econômica exercida pelo contribuinte.

Por conseguinte, o referido documento fiscal não atendia aos requisitos fundamentais de validade e eficácia exigidos pela legislação estadual, consoante o art. 131, inciso XII, 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:

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.

Nestã 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 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 ...".

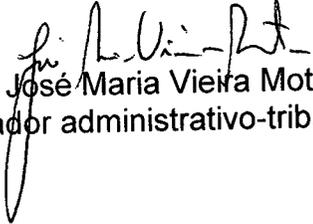
Por tais razões, mantenho o Auto de Infração lavrado para cobrança do ICMS e da multa prevista no art. 123, III, alínea "a", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

JULGAMENTO Nº 3669/14

DECISÃO:

Diante do exposto, **INDEFIRO** o presente pedido de restituição do valor pago decorrente do Auto de infração nº 201101563-8, 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
jugador administrativo-tributário