



ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 235/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE: 28.03.03

PROCESSO Nº 2.0004.03

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 02.12899-4

REQUERENTE: MAJELA HOSPITALAR LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: Verônica Gondim Bernardo

**EMENTA:** ICMS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO. Reformada, por unanimidade de votos, a decisão exarada em 1ª instância. Indeferido o pedido de restituição à mingua de amparo legal, com esteio no art. 89 do Decreto 24.569/97. Pedido conhecido e provimento negado. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Versam os autos sobre pedido de restituição, no valor de R\$ 149.602,35, relativo ao pagamento da 1ª parcela do crédito tributário constituído mediante os Autos de Infração de nºs 2002.12897-4, 2002.12899-4 e 2002.12901-2, ingressado nos cofres públicos através do DAE acostado às fls.15, bem como o cancelamento das demais parcelas vincendas do referido parcelamento e o direito de permanecer com o credenciamento.

Para justificar o pedido de restituição, expõe a requerente:

- não concordou com a autuação, no entanto, pressionada pelos servidores da SEFAZ, por ser credenciada, requereu o parcelamento, pagando a primeira prestação;

- quando tentou ingressar com a defesa, após efetuar o pagamento da primeira parcela, foi informada que não mais poderia fazê-la, vez que ao parcelar e quitar a 1ª parcela teria concordado com a autuação e inclusive confessado a dívida perante o Fisco Estadual;

- o agente do Fisco se precipitou ao autuar pela informação prestada na GIM apenas cotejando o sistema Receita/SEFAZ sem examinar os documentos fiscais que deram abrigo a tais declarações;

- o autuante não considerou os demais valores constantes nas GIMs, deixando de observar os princípios norteadores do ICMS, como o da não cumulatividade;

- o autuante deixou de observar as vendas interestaduais, repassando o ICMS substituição para os Estados destinatários;

- o autuante não atentou para os percentuais que se aplicam à base de cálculo do ICMS substituição de acordo com as operações praticadas, lugar de origem ou destino, conforme dispõe o art. 548 do RICMS;

- diz que comercializa, além dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, com mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas ao regime normal e antecipado;

- aduz que, não recebeu o Termo de Conclusão de Fiscalização, no entanto, de acordo com o art. 828, parágrafo único do RICMS, os documentos que serviram de base para a autuação devem ser entregues ao contribuinte juntamente com as vias do auto de infração e Termo de Conclusão de Fiscalização;

- há de ser declarada a nulidade do ato praticado, pelo não recebimento do Termo de Conclusão de Fiscalização juntamente com o auto de infração;

- o autuante classificou a infração como falta de retenção do ICMS, com multa abusiva, quando o imposto está devidamente apurado nas GIMs;



- quando as operações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados, diz o art. 878, I, "d", do RICMS, que a multa será equivalente a 50% do imposto devido;

- se o imposto estava devidamente apurado, não, poderia se falar em falta de retenção;

- o lançamento é insubsistente, pois a conta gráfica apresenta saldo credor no período fiscalizado, não devendo pagar o imposto ora exigido;

- suplica que este órgão de julgamento possa, não da forma como era de seu direito, através de impugnação ao feito, exercê-la agora, por meio de pedido de restituição, o que espera, não lhe seja negado, e requer a nulidade dos autos de infração pela falta do Termo de Conclusão de Fiscalização, caso não seja acatada, sejam julgados improcedentes, ou seja aplicada a multa capitulada no art. 878, I, "d", do Decreto 24.569/97, por ser de inteira justiça.

Na primeira instância, a julgadora acolheu todos os argumentos elencados pela requerente e deferiu o pedido de restituição, sob o fundamento de que a requerente faz juz a restituição uma vez que o lançamento do crédito fiscal apresenta falhas irreparáveis como a extemporaneidade da lavratura do Termo de Conclusão de Fiscalização.

Diz a julgadora, apesar do art. 81, II, "a", do Decreto 24.569/96, retirar do contribuinte o direito de ingressar com impugnação tendo em vista a confissão irretratável do débito, que implica em renúncia prévia ou desistência tácita, pela concessão do benefício do parcelamento, o capítulo reservado à restituição (arts. 89 a 91 do Decreto 24.569/97) não impôs essa condição, ao contrário, silenciou a respeito.

Entende a julgadora que o silêncio do legislador é uma forma de compensar o disposto na art. 81, II, assegurando o direito da ampla defesa e do contraditório.



Conclui, com fulcro no art. 165 do CTN, que "não se pode pedir restituição daquilo que não se pagou, mas sim, daquilo que se paga e considera indevido, o que nos leva a interpretar que o contribuinte pode pagar e ingressar com defesa administrativa. Quanto mais, com pedido de restituição quando a cobrança é indevida."

Por fim, ressalta que a quantia paga pelo presente auto de infração foi na ordem de R\$ 85.700,82, de acordo com a consulta efetuada ao sistema de Parcelamento Fiscal.

A Consultoria Tributária, em brilhante e fundamentado parecer de fls.111 a 116, sugere que a decisão singular seja reformada e indeferido o pedido de restituição. A Procuradoria Geral do Estado adota integralmente o referido parecer.

É o relatório.

#### VOTO DA RELATORA

Tratam os presentes autos do procedimento especial de restituição previsto no art. 56 da Lei nº 12.732, de 24 de setembro de 1997, cujo teor é o seguinte:

"Art. 56. Os tributos estaduais, as penalidades pecuniárias e seus acréscimos legais, bem como as atualizações monetárias oriundos de autos de infração tidos como **indevidamente recolhidos ao erário Estadual poderão ser restituído**, no todo ou em parte, a requerimento do interessado." (GN)

É interessante ressaltar que o procedimento especial de restituição não se confunde com o processo administrativo tributário-PAT. Note-se que, na primeira espécie, a Fazenda Pública, preenchidos os requisitos legais, reconhece o direito do sujeito passivo à restituição, enquanto que, na segunda espécie, o que se discute é efetivamente o lançamento tributário, havendo de forma clara uma resistência à pretensão formulada.



Com efeito, o processo administrativo tributário ou a relação contenciosa, de acordo com o art. 50 da Lei nº 12.732/97, instaura-se pela impugnação à exigência do crédito tributário ou pela revelia, obedecidos os prazos determinados no art. 27 da Lei nº 12.732/97.

Ao passo que o pedido de restituição é mero ato revisional do lançamento tributário, não havendo lide ou contenda, tendo como pressuposto o indevido recolhimento aos cofres públicos, de acordo com o art.89 do Decreto 24.569/97, que dispõe:

**"Art. 89. O imposto indevidamente recolhimento será restituído, no todo ou em parte, a requerimento do sujeito passivo."  
(GN)**

O procedimento restitutivo também vem albergado nos arts. 165 a 169 do Código Tributário Nacional - CTN, onde se admite a restituição do valor do tributo indevidamente pago.

Na peça inicial, datada de 27.01.03, o requerente pede a restituição do valor de R\$ 149.602,35, referente à primeira prestação do parcelamento do crédito tributário, constituído e lançado mediante os Autos de Infração de nºs 2002.12897-4, 2002.12899-4 e 2002.12901-2, todos datados de 30.10.02, ingressado nos cofres públicos através do DAE, acostado às fls.15.

Como se vê, o crédito tributário decorrente dos referidos autos de infração não foi objeto de contestação, visto que, não houve a instauração do processo administrativo tributário. Na verdade, o contribuinte utilizou o benefício do parcelamento.

Sobre o benefício do parcelamento, assevera o art.81, II, "a", do Decreto nº 24.5469/97:



"Art. 81. O benefício do parcelamento deverá ser pleiteado à autoridade competente, através de requerimento apresentado no Núcleo de Execução da Administração Tributária (NEXAT) da circunscrição fiscal do requerente ou Núcleo de Execução da Dívida ativa (NEDAT), quando for o caso, contendo:

I - (...)

II - a confissão irretratável do débito, que nos termos da legislação implicará:

a) renúncia prévia ou desistência tácita de impugnação ou recurso quanto ao valor constando do pedido" (GN)

Inferese do dispositivo retro que o benefício do parcelamento está condicionado à confissão irretratável do débito, que, por conseguinte, implica em renúncia prévia de qualquer questionamento em relação ao crédito tributário objeto do parcelamento.

Assim, concordamos plenamente com o entendimento da Consultora Tributária ao afirmar que: " após a concessão do parcelamento, não há amparo legal para se discutir, no âmbito administrativo, se o lançamento do crédito tributário foi devido ou não".

Por outro lado, em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos na Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, a autoridade julgadora, quando da análise e julgamento do PAT, não pode se restringir à peça inicial. Ao contrário, deve, obrigatoriamente, apreciar todos os elementos constitutivos do processo, tais como: documentos probantes da acusação, as razões trazidas pela autuada, intimações, dentre outros.



No caso concreto, ao deferir o presente pedido de restituição, a julgadora singular automaticamente manifesta-se sobre o auto de infração, quando nos autos constam apenas cópias dos autos de infração e das GIMs, elementos insuficientes para a formação do PAT.

Dessa forma, entendemos que a julgadora singular não poderia analisar a preliminar de nulidade, tampouco adentrar no mérito da acusação, apontando a existência de vícios formais, bem como a apuração incorreta do tributo devido.

Equivoca-se a julgadora singular ao dizer que o silêncio do legislador, em relação aos dispositivos da restituição, é uma forma de compensar o disposto no art 81, II, "a", do Decreto 24.569/97, retro transcrito, visando assegurar o direito da ampla defesa e do contraditório.

Em verdade, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, desenvolvidos num "devido processo legal", estão plenamente assegurados aos litigantes no Processo Administrativo Tributário-PAT quando a Fazenda Pública concede os prazos para apresentação da defesa ou recurso voluntário, com provas documentais ou periciais, ocasião em que se pode discutir as falhas processuais ou questões de mérito do auto de infração.

Por todas as considerações acima expostas, entendemos que os argumentos produzidos na construção da tese defendida, em instância singular, pela eminente e respeitada julgadora, no sentido de que o auto de infração pode ser discutido por meio do pedido de restituição, data maxima vênia, não devem prosperar.

Desse modo, e inexistindo previsão legal para amparar a restituição da quantia pleiteada, visto que, não há recolhimento indevido do imposto, voto no sentido de reformar a decisão singular, para indeferir o pedido de restituição, acompanhando o entendimento firmado pela Consultoria Tributária e aprovado pela douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

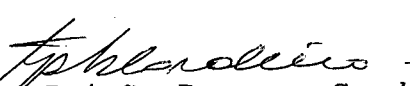


**DECISÃO**


Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é requerente **MAJELA HOSPITALAR LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

**RESOLVEM** os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do pedido de restituição, negar-lhe provimento, para modificar a decisão proferida em instância singular, indeferindo-o, nos termos do voto da conselheira relatora e do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente ao julgamento o conselheiro Luiz Carvalho Filho. Presente ao julgamento o Sr. João Felix de Majela Filho para fazer sustentação oral.


**SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 29 de abril de 2003.

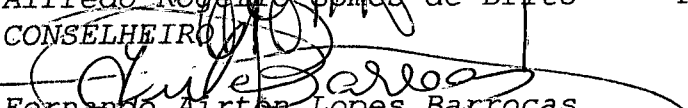
  
Francisco Paixão Bezerra Cordeiro  
PRESIDENTE

  
Verônica Gondim Bernardo  
CONSELHEIRA RELATORA

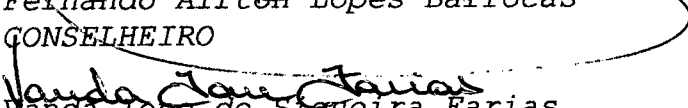
  
Manoel Marcelo A. Marques Neto  
CONSELHEIRO

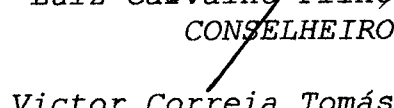
  
Alfredo Rogério Gomes de Brito  
CONSELHEIRO

  
Fernando Cezar C.A. Ximenes  
CONSELHEIRO

  
Fernando Aírton Lopes Barrocas  
CONSELHEIRO

  
Luiz Carvalho Filho  
CONSELHEIRO

  
Vanda Ione de Siqueira Farias  
CONSELHEIRA

  
Victor Correia Tomás  
CONSELHEIRO

**PRESENTES:**

Matteus Viana Neto  
PROCURADOR DO ESTADO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO