



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 407 /2011

130ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 08.07.2011

PROCESSO Nº 1/0201/1999 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/199809069

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e ELFI SERVICE
ELETRICIDADE LTDA

RECORRIDO: AMBOS

RELATOR: CONS. ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA

AUTUANTE: VACILIE MIHALIUC

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO. 1 – Inobservância à vedação de crédito prevista no Art. 62, VII do Dec. 21.219/91; 2 – Aplicada a sanção prevista no Art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei nº 13.418/03 c/c Art. 106, II, “c” do CTN; 3 – Ato administrativo. Presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade. Inexistência de provas de que uma suposta conduta pessoal irregular do agente fazendário tenha viciado a ação fiscal. Incomunicabilidade de condutas. Nulidade afastada; 4 – Prescrição. O prazo só se inicia com a constituição definitiva do crédito tributário, vez que, enquanto pendente de discussão o crédito não é exequível (Arts. 174 e 151, III do CTN). Tramitação suspensa por ordem judicial. Extinção descabida. 5 – Infração caracterizada; 6 – Recursos oficial e voluntário conhecidos e não-providos; 7 – Mantida a decisão proferida na instância originária, pela **PARCIAL-PROCEDÊNCIA**, considerando redução no valor do crédito indevido, conforme laudo pericial, bem como pelo abrandamento da sanção aplicada; 8 – Decisão por unanimidade de votos, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O auto de infração acusa a empresa em epígrafe de infringir a legislação tributária, nos termos do seguinte relato:

“CRÉDITO INDEVIDO RELATIVO ENTRADA DE MERC. RECEBIDA P/ COMERCIALIZAÇÃO, QUANDO SUA POSTERIOR SAÍDA OCORRA SEM DÉBITO DO IMPOSTO, SENDO ESSA CIRCUNSTÂNCIA CONHECIDA NA DATA DA ENTRADA. A FIRMA EM APREÇO CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DO ICMS NO VALOR DE R\$ 3.907,59.”

Nas Informações Complementares o auditor detalha que o crédito indevidamente escriturado se refere às notas fiscais listadas em relação anexa ao AI. E explica que a empresa em tela vem operando no CAE secundário como construção civil e como tal tem que recolher o diferencial de alíquotas na entrada da mercadoria e sem o aproveitamento do crédito de ICMS. Período da infração: Janeiro a Junho de 1997.

1.
Abílio Francisco de Lima



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

O agente fiscal apontou infringência aos artigos 62, VII do Decreto 21.219/91, e propôs a aplicação da penalidade preceituada no Art. 767, II, "a" do mesmo diploma regulamentar.

| Demonstrativo do Crédito (R\$) | |
|--------------------------------|------------------|
| ICMS | 3.907,59 |
| Multa | 7.815,18 |
| TOTAL | 11.722,77 |

Regularmente intimada do feito, a empresa apresentou impugnação, arguindo, basicamente, o seguinte:

1. Preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, sob alegação de que:
 - a) O feito fiscal fora realizado em descumprimento, não só das normas orientadoras dos procedimentos fiscais talhados na legislação estadual, como também que o Auditor Fiscal desempenhou suas atribuições maculando nobres princípios constitucionais insculpidos na Carta Política de 1988, mormente os princípios da Finalidade e da Moralidade, pois que exigiu do contribuinte a quantia de R\$20.000,00 (vinte mil Reais) para "abortar" aquela ação fiscal e, conseqüentemente, atestar a regularidade dos registros contábeis do contribuinte referentes ao período fiscalizado;
 - b) No intuito de provar a grave denúncia, anexa à peça defensória cópia da fita com a gravação do teor da conversa mantida no interior do estabelecimento da empresa, bem como a transcrição do texto, ressaltando que a citada fita foi entregue ao Departamento especializado de perícia da Polícia Civil do Estado do Ceará;
2. No mérito, a improcedência da acusação fiscal, argumentando que:
 - a) A autuação se baseou numa interpretação literal do texto normativo invocado pelo agente fiscal, haja vista que a empresa é inscrita na Secretaria da Fazenda Estadual com um CAE secundário de Construção Civil, e como tal foi enquadrada para efeitos da fiscalização, quando o correto, a seu ver, seria o Fisco tratar a empresa por seu CAE principal, que é de Comércio. E, caso se constatasse que o contribuinte se encontrava desempenhando mais a atividade secundária, que a principal, deveria o auditor-fiscal, sugerir ao Chefe do Núcleo que desconsiderasse esta última, definindo prazo para a empresa se regularizar junto à Secretaria da Fazenda;
 - b) Além disso, a empresa é cadastrada com regime de recolhimento Normal. Portanto, se o regime adotado é o Normal, e em se tratando de empresa com CAE principal de Comércio, qualquer ação de fiscalização só poderia ter como paradigma para suas estimativas o CAE principal e não o CAE secundário;
 - c) A existência do crédito fiscal em questão surgiu da própria natureza da sistematização adotada pelo órgão fiscal arrecadador, bem como do regime em que a empresa foi enquadrada pela Secretaria da Fazenda quando do seu cadastramento, acrescentando que o referido crédito é fruto de sua atividade principal de Comércio. Assim, entende que a empresa nada mais fez do que seguir as determinações da legislação



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

estadual, não tendo praticado nenhum ato passível de censura por parte da fiscalização.

Ao final requer a declaração de nulidade da ação fiscal ou, na hipótese desta preliminar vir a ser superada, seja a ação fiscal julgada improcedente.

Diante das alegações aduzidas pela defesa, o Julgador de 1ª Instância achou por bem submeter os autos à análise pericial antes de se pronunciar sobre o feito.

Em resposta, a Perícia expediu o Laudo às fls. 171-172, segundo o qual o agente fiscal se equivocara em relação ao montante do *quantum* exigível. Destarte, o perito elaborou novo demonstrativo do crédito tributário, reduzindo o valor do ICMS para R\$ 1.531,94.

Nesse ínterim, veio aos autos um Mandado de Citação expedido pela Juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública, determinando a suspensão da tramitação deste e de outros processos oriundos do mesmo feito, até decisão final na ação ordinária de anulação de ato administrativo com antecipação de tutela promovida pela empresa, em vista da ação fiscal em tela. Decisão juntada ao processo em 19 de julho de 2001.

Processo com tramitação suspensa até 23 de novembro de 2009, quando o Tribunal de Justiça reformou a sentença de 1º grau, e julgou improcedente o pedido formulado pela autora.

Retomada a tramitação normal do processo, o mesmo retornou da Perícia para a Célula de Julgamento de 1ª Instância.

O Julgador singular, em análise dos autos, decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, tendo em vista a redução do valor do crédito indevido apontada no Laudo Pericial.

E por ter decidido contrariamente, em parte, aos interesses da fazenda pública, o nobre julgador recorreu de ofício à instância superior para fins de reexame obrigatório da decisão proferida, conforme determinam os artigos 65 e 66 do Dec. 25.468/99.

A empresa autuada, por sua vez, também ingressou com recurso voluntário perante este Conselho de Recursos Tributários, contestando as conclusões da decisão recorrida.

A Consultoria Tributária sugeriu que ambos os recursos sejam conhecidos e não providos, de modo a confirmar a decisão prolatada na instância originária, pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal.

É o relato.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recursos oficial e voluntário em que são Recorrentes a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e ELFI SERVICE ELETRICIDADE LTDA, e recorridos ambos, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

Ambos os recursos preenchem as condições de admissibilidade, razão pela qual deles conheço. Todavia, após exame cuidadoso do processo, concluo que os mesmos não merecem prosperar, pelas razões de fato e de direito articuladas adiante.

De início cumpre referir que a peça inicial acusa a ora Recorrente de se creditar indevidamente de ICMS em relação à entrada de mercadorias recebidas para comercialização, quando sua posterior saída ocorra sem débito do imposto, sendo essa circunstância conhecida na data da entrada.

Oportuno mencionar também que por ocasião da impugnação a empresa contestou o auto de infração, argüindo tanto questões de ordem preliminar, quanto de mérito. Preliminarmente, a nulidade da ação fiscal em face de suposta conduta ilegal praticada pelo agente fiscal, conforme já relatado acima. No mérito, a improcedência da acusação fiscal, por entender que a empresa nada mais fez do que seguir as determinações da legislação estadual, não tendo praticado nenhum ato passível de censura por parte da fiscalização.

Na via recursal, entretanto, a empresa não questiona mais o mérito da acusação fiscal, preferindo centrar sua defesa na argüição de uma suposta invalidade jurídica da exigência do crédito tributário em referência, seja pela nulidade da ação fiscal, seja pela extinção face ao decurso do prazo prescricional.

Os argumentos pela nulidade da ação fiscal são basicamente os mesmos já expostos na impugnação, ou seja, que a fiscalização fora realizada de forma contrária às normas legais e princípios constitucionais, tendo em vista o que agente fiscal responsável teria exigido da empresa certa quantia em dinheiro para "abortar" a auditoria e atestar sua regularidade perante o Fisco Estadual.

Quanto ao segundo argumento, a Recorrente alega que, passados mais de 14 anos desde a ocorrência da suposta infração, o crédito tributário em questão já estaria extinto pela ocorrência da prescrição e, portanto, impedida a Fazenda Pública de exigir-lhe o pagamento.

Compulsando os autos, verifico não assistir razão à Recorrente em suas alegações.

Com efeito, o eventual cometimento, pelo auditor, da conduta denunciada não tem, por si só, o condão de macular de ilegalidade o feito fiscal, pois, ainda que verdadeira a denúncia feita, estar-se-á diante de um ilícito de ordem disciplinar, que não guarda, necessariamente, relação com os atos praticados na esfera administrativo-tributária propriamente dita. Em outras palavras, o só fato de o agente fazendário ter agido ilegalmente no trato com o dono da empresa, não quer dizer que os procedimentos específicos da fiscalização não tenham sido realizados na forma da Lei. E foi nesse sentido que se manifestou o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará no julgamento da ação promovida pela atuada, nos seguintes termos:

"A denúncia da conduta delituosa do agente fiscal que supostamente agiu no intuito de auferir vantagem indevida para abortar a ação fiscal"



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

em comento, não se revela apta a provocar a invalidação dos autos de infração, sobretudo pelo fato de que o vício apontado é extrínseco à formação dos atos administrativos em questão, bem como por sua evidente incomunicabilidade com a ação fiscal desenvolvida”.

Como se sabe, os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade e veracidade, ou seja, a presunção de que foram realizados em conformidade com as normas legais pertinentes. Não se trata, é verdade, de presunção absoluta, mas relativa, admitindo, por isso, a oposição de prova em contrário. Todavia, para elidir tal presunção é necessário que seja produzida prova capaz de demonstrar cabalmente que os atos em referência se acham inquinados de vício insanável, desiderato este que a Recorrente não logrou alcançar.

Assim, não havendo qualquer prova da existência de tais vícios nos atos procedimentais da auditoria realizada, aí incluída a lavratura do auto de infração em espécie, não há que se cogitar em nulidade dos mesmos.

É importante esclarecer que não se pretende com esse entendimento sinalizar que a denúncia feita pela Recorrente não tenha relevância, nem tão pouco desqualificar os elementos trazidos aos autos como indicadores do possível cometimento do ilícito funcional denunciado. Não se trata disso, até porque não compete ao Contencioso Administrativo-Tributário se pronunciar sobre matéria de cunho administrativo-disciplinar, tratável no âmbito da Corregedoria Fazendária.

Trata-se, isto sim, de destacar que a validade da ação fiscal em nada se vincula a uma eventual responsabilização administrativa ou mesmo penal do agente público em face da conduta denunciada. São searas distintas e que, neste caso, não repercutem uma sobre a outra.

Da mesma forma, também carece de consistência a alegação de que o Fisco Estadual estaria impedido de exigir do contribuinte a satisfação do crédito tributário, em face da consumação do prazo prescricional. Alega a Recorrente que, tendo a suposta infração de que é acusada, ocorrido há mais de 14 anos, já se teria operado a prescrição, com a conseqüente extinção do crédito tributário.

Em relação a isso há um evidente equívoco. A Recorrente não reparou que, segundo o Art. 174 do CTN, “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, **contados da data da sua constituição definitiva**”, isto é, a partir do trânsito em julgado do processo administrativo fiscal, o qual, obviamente, ainda ocorreu. Não há, portanto, que se falar em prescrição no presente caso.

Leia-se, a propósito, decisão do STJ em matéria semelhante (REsp 53467/SP):

“TRIBUTARIO. LANÇAMENTO FISCAL. 1. Decadência. A partir da notificação do contribuinte, (CTN, Art.145, I), o crédito tributário já existe - e não se pode falar em decadência do direito de constitui-lo, porque o direito foi exercido - mas ainda está sujeito a desconstituição



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

na própria via administrativa, se for "impugnado". A impugnação torna "litigioso" o crédito, tirando-lhe a "exeqüibilidade" (CTN, Art. 151, III); quer dizer, o crédito tributário pendente de discussão não pode ser "cobrado", razão pela qual também não se pode cogitar de prescrição, cujo prazo só inicia na data da sua constituição definitiva (CTN, Art. 174). 2. Perempção. O tempo que decorre entre a notificação do lançamento fiscal e a decisão final da impugnação ou do recurso administrativo corre contra o contribuinte, que, mantida a exigência fazendária, respondera pelo débito originário acrescido dos juros e da correção monetária; a demora na tramitação do processo-administrativo fiscal não implica a "perempção" do direito de constituir definitivamente o crédito tributário, instituto não previsto no código tributário nacional. Recurso Especial não conhecido. "(Destaquei).

Além do mais, não se pode esquecer que por mais de oito anos o processo teve sua tramitação suspensa, não por vontade do Fisco, mas, por força de decisão judicial, a pedido da própria autuada.

Rejeito, portanto, ambas as preliminares suscitada pela Recorrente.

No que concerne ao mérito da ação fiscal, entendo que a infração restou plenamente caracterizada, tendo sido, inclusive, confirmada pela perícia fiscal, muito embora em valor inferior ao originalmente consignado no Auto de infração.

Com efeito, ficou comprovado que o contribuinte apropriou-se indevidamente de créditos de ICMS, em frontal desobediência ao que prescreve a legislação tributária estadual, especialmente ao disposto no Art. 62, VII do Decreto nº 21.219/91, vigente à época, *in verbis*:

Art. 62. Fica vedado o creditamento do imposto nas seguintes hipóteses:

...

VII - a entrada de mercadoria recebida para comercialização, quando sua posterior saída ocorra sem débito do imposto, sendo esta circunstância conhecida à data da entrada;

Cabível, portanto, a lavratura do Auto de Infração de que ora se cuida. Todavia, andou bem o Julgador de 1ª Instância ao decidir pela redução do crédito tributário originalmente lançado. De fato, o laudo pericial identificou créditos indevidos de ICMS em montante bem inferior ao consignado no auto de infração, devendo o novo valor prevalecer para fins de cálculo do *quantum* tributário exigível. No tocante à penalidade, entendo que a mesma deva sofrer uma adequação ao disposto no Art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003, por ser esta menos severa que a prevista na lei vigente à época da infração, conforme dispõe o Art. 106, II, "c" do Código Tributário Nacional.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

Ex positis, voto para que os recursos oficial e voluntário sejam conhecidos e não-providos, mantendo-se, por conseguinte, a acertada decisão proferida na instância originária, pela **PARCIAL-PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal, considerando a redução do crédito tributário resultante do trabalho pericial realizado, bem como da aplicação de penalidade mais branda prevista em Lei superveniente ao Auto de Infração (Art. 106, II, "c" do CTN). Voto em conformidade com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

| Demonstrativo do Crédito (R\$) | |
|--------------------------------|-----------------|
| ICMS | 1.531,94 |
| Multa | 1.531,94 |
| Total | 3.063,88 |

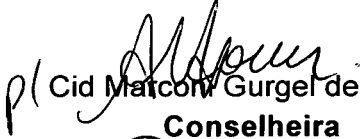
DECISÃO

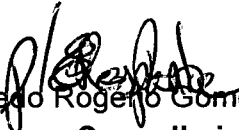
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e Recorrido ELFI SERVICE ELETRICIDADE LTDA. **Decisão:** A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer de ambos os recursos, negar-lhes provimento, para, após afastar a preliminar de prescrição arguida pela Recorrente, confirmar a decisão **PARCIALMENTE CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausentes, por motivo justificado, os Conselheiros José Rômulo da Silva e Cid Marconi Gurgel de Souza.


SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 13 de Setembro de 2011.


Dulcimeire Pereira Gomes
Presidente


José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheira



Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro



Janilene Gonçalves Feitosa
Conselheira





SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro Relator


Raul Amaral Junior
Conselheira


José Romulo da Silva
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Mateus Viana Neto
Procurador do Estado