



ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 478/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO: 22 DE AGOSTO DE 2003

**RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO EM 1ª INSTÂNCIA e
EMPREENHIMENTOS PAGUE MENOS S/A**

RECORRIDO: AMBAS

PROCESSO Nº 1/001080/2001

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200101240

RELATORA: ANTONIA TORQUATO DE OLIVEIRA MOURÃO

EMENTA: ICMS/ Substituição Tributária. Utilização de crédito provenientes de ressarcimento do ICMS relativo a diferença entre o valor da base de cálculo presumido e o efetivamente realizado nas vendas a consumidor final com descontos incondicionais Falta de previsão legal. Inteligência dos arts. 438 e 450, do RICMS. **Auto de infração parcialmente procedente.** Penalidade do art. 878, I, "d" do Decreto 24. 569/97.

RELATÓRIO

Segundo a infração descrita na peça inicial do presente processo e informações complementares, a empresa **Empreendimentos Pague Menos S/A** deixou de recolher ICMS/ SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA em decorrência da utilização de créditos fiscais provenientes de ressarcimento de ICMS relativo a diferença entre o valor da base de cálculo presumida e a efetivamente realizada nas vendas a consumidor final com descontos incondicionais. Autuação fundamentada nos arts. 437, 546 e 547 do Decreto 24.569/97 e sanção do art. 878, I, "e" do mesmo regulamento.

Tempestivamente, a autuada ingressou com impugnação ao lançamento argüindo: a inconstitucionalidade da exigência fiscal, falta de motivação e fundamentação do ato administrativo praticado, invocando os **Princípios da Tipicidade Tributária, da Moralidade Administrativa e da Não-cumulatividade do ICMS**, onde trás à colação pronunciamentos de respeitados doutrinadores, bem como precedentes jurisprudenciais do *Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal*, em abono de suas teses.

O julgador monocrático refutou as teses apresentadas pela defesa, porém, desclassificou a infração retrotranscrita para uma penalidade mais branda, ou seja, art. 878, II, "a" do mencionado Decreto, justificando que:

“Embora o expediente utilizado pela empresa tenha culminado em falta de recolhimento do imposto, há de ser afastada a penalidade do art. 878, I, ‘e’ do RICMS, proposta pelo autor da ação fiscal, vez que o fato consubstanciado nos autos, efetivamente, configura crédito indevido. Desta vez, ao caso “sub judice” se aplica a penalidade do art. 878, II, “a” do mesmo Regulamento”.

Aduz que a propósito do que dispõe o art.33 do Decreto 25.468/99, a ausência de indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva pena pecuniária, não ensejará nulidade desde que o relato do auto seja claro e preciso.

Ressalta ainda que o lançamento é ato obrigatório, constituído mediante atividade administrativa plenamente vinculada, estando o agente do fisco sujeito aos mandamentos legais.

Quanto ao mérito argumenta que não existe na espécie pressupostos jurídicos que autorize a compensação do ICMS na forma como procedera a autuada.

Finalmente argumenta que o Supremo tribunal Federal decidiu em definitivo, em sede da Adin 1851-AL, ser constitucional a cláusula 2º do convênio ICMS 13/97 que não admite a restituição tributária ou cobrança suplementar de ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto se realizar com valor inferior ou superior ao anteriormente estabelecido e que a referida decisão impõe efeito vinculante para a Administração Pública.

Irresignada com a decisão de primeira instância a autuada interpôs Recurso Voluntário onde ratifica as razões expostas em sua defesa e acrescenta ainda que:

A multa aplicada pelo julgador singular, de duas vezes o valor do imposto, traduz-se em confisco. Não existe, no caso, substituição tributária, mesmo tendo a autuada pago o ICMS antecipadamente na entrada da mercadoria no Estado, pois o autuado não é juridicamente, um substituto tributário no modelo autorizado pela EC-3/93 e normatizado pela LC 87/96, embora seja tratado como tal pela Fazenda Estadual.

Afirma ainda, que o artigo 69 da Lei Estadual n.º 13.607/96, assegura o direito à restituição do que for pago a maior a título de ICMS, e torna indubitosa a opção que pode o contribuinte fazer pela compensação, direito que é assegurado pela Constituição Federal, Lei Complementar 87/96 e pela própria Lei n.º 12.607/96, e que a SEFAZ não pode restringir, de forma alguma, o direito a preferencial e imediata restituição assegurada no § 7º, do art. 150 que permitiu o regime de cobrança antecipada.

Que a existência de prévia consulta, respondida por “autoridade subalterna incompetente”, impedia a autuação e excluiria a aplicação de multa, porque configurada a denúncia espontânea da situação.

E finalmente arremata que houve excesso de exação, abuso de autoridade e desvio de finalidade (G.N.).

A Consultoria Tributária, por meio do Parecer nº. 392/03 referendado pelo conspícuo Procurador do Estado, manifestou-se pela confirmação da decisão monocrática de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito, com penalidade do art. 878, inciso II, alínea “a” do Decreto 24.569/97, por inexistir amparo legal para a prática realizada pela recorrente. Fundamenta seus argumentos no art.150, § 7º da Constituição Federal, art. 22 e art.69 da Lei 12670/96 e arts. 450, 438, 546 do Decreto 24.569/97.

É O RELATO

VOTO

A matéria submetida à apreciação dessa Câmara apesar de aparentemente controversa, encontra-se claramente delineada não somente na Constituição Federal, mas também na Jurisprudência e em vasta doutrina.

As questões trazidas como preliminares e alhures transcritas dispensam maiores comentários uma vez que já foram refutadas na instância singular.

Quanto a contundente alegativa de que houve “**excesso de exação, abuso de autoridade e desvio de finalidade**”, vale lembrar que o exercício normal da atividade de fiscalização não pode ser interpretada como um ato que ameace ou viole os direitos dos contribuintes. Muito pelo contrário: quando o agente do Fisco assim procede está exercendo em sua plenitude o seu direito/dever de fiscalizar, o qual poderá resultar na constatação ou não de irregularidades. Com efeito, atividade fiscalizadora do Estado é uma atividade administrativa plenamente vinculada, e quando o agente do Fisco a exerce não está fazendo nada mais além do que desempenhar a sua atribuição determinada em lei.

Quanto ao mérito, o caso sob análise cinge-se ao fato de ter a empresa deixado de recolher ICMS/ SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA em decorrência da utilização de créditos fiscais provenientes de ressarcimento de ICMS relativo a diferença entre o valor da base de cálculo presumida e a

efetivamente realizada nas vendas a consumidor final com descontos incondicionais.

Ressalta-se, por necessário, que tal procedimento fora objeto de consulta à SEFAZ, que através de Parecer fundamentado manifestou-se desfavorável ao pleito. Parecer esse ouvido pela autuada sob o argumento de que o questionamento fora respondido por autoridade subalterna incompetente.

O autuado, na Impugnação e no Recurso Voluntário, alega “não ser, juridicamente, um substituto tributário no modelo autorizado pela EC-03/93 e normatizado pela LC 87/96, embora seja tratado como tal pela Fazenda Estadual”. No entanto, a recorrente tem por atividade o comércio varejista de produtos farmacêuticos e está enquadrada no CAE 6122000.

E em se tratando de regime de substituição tributária o Regulamento do ICMS (art. 450) expressamente veda o aproveitamento de crédito fiscal para compensar ou deduzir o imposto retido a favor deste estado, exceção feita à hipótese do art. 438 que assim dispõe:

“É assegurado ao contribuinte substituído o direito ao ressarcimento do valor do ICMS pago em razão da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar, ou, nas operações interestaduais, com mercadorias ou

produtos industrializados já tributados por esse regime” .(grifos nossos).

Com referência a presente autuação não mais existe qualquer controvérsia, pois o Supremo Tribunal já decidiu em definitivo ser constitucional a cláusula 2º do convênio do ICMS 13/97 e a Lei Estadual que a incorpora que não admite a restituição tributária ou cobrança suplementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente a cobrança do imposto for realizada com valor inferior ou superior ao anteriormente estabelecido.

Inexistindo amparo legal para prática realizada pela recorrente acosto-me à decisão de **PARCIAL PROCEDÊNCIA**, proferida em 1ª instância, **porém com a sanção descrita no art. 878, I, “d” do Decreto 24.569/97.**

É O VOTO

Demonstrativo do crédito

ICMS.....	R\$ 281.247, 04
MULTA.....	R\$ 140.623,52
TOTAL.....	R\$ 421.870,56

DECISÃO

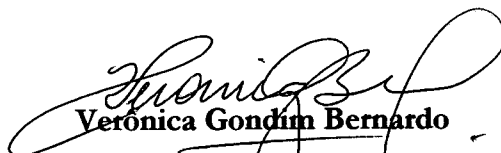
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos em que é recorrente Célula de Julgamento em 1ª instância e EMPREENDIMIENTOS PAGUE MENOS S/A e recorrido ambas. Relator: Cristiano Marcelo Peres.

RESOLVEM os membros da 1º Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade argüidas pela autuada, quais sejam: 1- violação do princípio da legalidade; 2- falta de clareza do auto de infração; 3- despacho assinado por servidor subalterno e, por voto de desempate da Presidência, resolve conhecer de ambos os recursos, negar-lhes provimento, para confirmar a decisão de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da autuação, nos termos do voto da relatora designada, Dra. Antonia Torquato de Oliveira Mourão, segundo o que preceitua o art. 878, I, "d" do Decreto 24. 569/97, adotando-se os fundamentos apontados no Parecer da Douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão e presente aos autos. Foram votos vencidos os dos conselheiros: Cristiano Marcelo Peres,




Luiz Carvalho Filho, Vanda Ione de Siqueira Farias e Fernando Airton Lopes Barroca, que se pronunciaram pela improcedência da autuação.

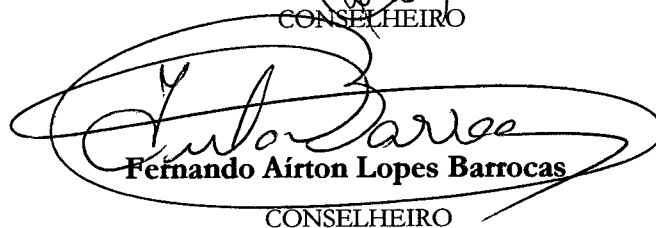
SALA DA 1ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
em Fortaleza, 27 de agosto de 2003.


Verônica Gondim Bernardo
PRESIDENTE


Antonia Torquato de Oliveira Mourão
CONSELHEIRA RELATORA


Cristiano Marcelo Peres
CONSELHEIRO


Manoel Marcelo A. Marques Neto
CONSELHEIRO


Fernando Airton Lopes Barrocas
CONSELHEIRO


Fernando César Caminha A. Ximenes
CONSELHEIRO


Vanda Ione de Siqueira Farias
CONSELHEIRA


Alfredo Rogério Gomes de Brito
CONSELHEIRO


Luiz Carvalho Filho
CONSELHEIRO


Mattens Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO