



ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 480/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO: 22 DE AGOSTO DE 2003

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

RECORRIDO: AMBAS

PROCESSO Nº 1/001067/2001

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200101247

RELATORA: ANTONIA TORQUATO DE OLIVEIRA MOURÃO

EMENTA: ICMS/ Substituição Tributária. Utilização de dedução não autorizada pelo Fisco de créditos oriundos de entrada de bens do ativo permanente, contas de energia e telecomunicação. 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 (doc.fl.s.02/28), a empresa **Empreendimentos Pague Menos S/A** utilizou-se de dedução de créditos não autorizada pelo Fisco, provenientes da energia elétrica, telefone e ativo imobilizado. Autuação fundamentada nos arts. 65, VI do Decreto 24.569/97 e sanção do art. 878, II, "e" do mesmo regulamento.

Tempestivamente, a autuada ingressou com impugnação ao lançamento consoante peça que repousa às fls. 31 a 60, 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 24.468/99, 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 no presente caso o ICMS é cobrado na modalidade de **Substituição por Entradas**, vez que o fato gerador do imposto ocorre quando das entradas das mercadorias no Estado ou no estabelecimento do contribuinte. Que a empresa infringiu o art. 450 do RICMS quando, desautorizada e equivocadamente, deduziu do valor do ICMS/ substituição tributária valores referentes ao pretense ressarcimento do imposto, sendo que a legislação só autoriza o ressarcimento quando o fato gerador presumido não se realiza (grifo nosso).

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. 391/03 (fls. 132 a 140) a princípio referendado pelo conspícuo Procurador do Estado, posteriormente “alterado” em sessão e consignado nos autos, 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 legislação específica 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 se utilizado de créditos de contas de energia elétrica, telefone e bens adquiridos para ativo imobilizado, não autorizado pela Legislação.

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.

Ademais, a alegada violação do princípio da não cumulatividade na exigência do ICMS na aquisição de bens de ativo, utilização de serviço de energia elétrica e comunicação, é uma falácia, pois tais bens não circulam economicamente. Assim já se pronunciou reiteradas vezes o Pretório Excelso enfatizando:

“Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária” (STF, 1ª Turma no RC 2001 68-RJ em DJU-L, de 22/11/96, pg.78).

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.

Da leitura do artigo 450 do Decreto n.º 25.569/97, vê-se que os créditos provenientes das contas de energia elétrica, de comunicação e da aquisição de ativo imobilizado, correspondentes a saldo credor remanescente indicado na conta gráfica da autuada, não podem ser utilizados para compensar ou deduzir o imposto devido por substituição tributária “in verbis”:

“Art. 450. Ressalvados os procedimentos previstos no artigo 438, em nenhuma outra hipótese será permitida a utilização de crédito fiscal para compensar ou deduzir o imposto retido em favor deste Estado.”

Com efeito, o artigo 438 do citado Regulamento assegura ao contribuinte substituído o direito ao ressarcimento nos casos em que o fato gerador presumido não se realize, ou, nas operações interestaduais, com mercadoria ou produto industrializado já tributado por esse regime.

Por último, há de se considerar que a empresa tinha pleno conhecimento de que a prática do aproveitamento dos comentados créditos viola a legislação do ICMS, pois a SATRI já havia se pronunciado através do Parecer n.º. 723/99..

Desta forma, diante de todo exposto, não havendo pressupostos jurídicos que contemplem a compensação do ICMS na forma ora apresentada pela recorrente entendemos que inexistente amparo legal para a prática realizada pela mesma.

Não obstante, considerando que as operações estavam escrituradas nos respectivos livros fiscais, acosto-me a decisão de PARCIAL PROCEDÊNCIA, proferida em 1ª instância, com a sanção descrita no art. 878, I, "d" do Decreto 24. 569/97.

É O VOTO

Demonstrativo do crédito

ICMS.....	R\$ 225.338,19
MULTA.....	R\$ 112.669,10
TOTAL.....	R\$ 338.007,29

DECISÃO

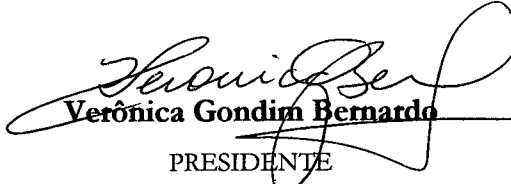
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos em que é recorrente Célula de Julgamento em 1ª instância e EMPREENDEMENTOS PAGUE MENOS S/A e recorrido ambas. Relator: Cristiano Marcelo Peres.

RESOLVEM os membros da 1º Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, rejeita 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, Dr. Antonia Torquato de Oliveira Mourão, segundo o que preceitua o art. 878, I, “d” do Decreto 24. 569/97, sem exclusão do ICMS sob energia, telecomunicações e bens de ativo, contrariando o parecer da Douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão e presentes aos autos. Foram votos vencidos os dos conselheiros: Cristiano Marcelo Peres, Luiz Carvalho Filho, Vanda Ione de Siqueira Farias e Fernando Aírton Lopes Barroca, que se pronunciaram pela



parcial procedência com base no art. 878, VIII, "d" do Decreto 24.569/97 com exclusão do ICMS sob telecomunicações e bens de ativo.

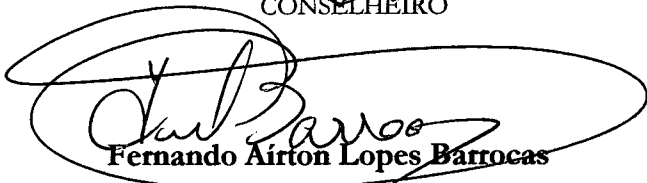
SALA DA 1ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
em Fortaleza, 27 de agosto de 2003.

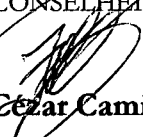

Verônica Gondim Bernardo
PRESIDENTE


Antonia Torquato de Oliveira Mourão
CONSELHEIRA RELATORA


Cristiano Marcelo Peres
CONSELHEIRO



Manoel Marcelo A. Marques Neto
CONSELHEIRO


Fernando Ailton 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


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO