



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

132

J

RESOLUÇÃO Nº: 076/2021

9ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL REALIZADA POR VÍDEO CONFERÊNCIA DA
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
DE 08/03/2021

PROCESSO Nº 1/1706/2018

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201802368-4

RECORRENTE: G M 5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: MARCUS MOTA DE PAULA CAVALCANTE

Ementa: ICMS - Crédito Indevido. Uso/consumo. Não Aproveitado. Exercícios: 2014 e 2015. Infringidos: art. 65 inc. II, e art. 66 do Dec. n. 24.569/97. Penalidade: art. 123 II "a" c/c § 5º inc. I da Lei 12.670/96 alterada pela Lei nº 16.258/2017. Recurso Ordinário conhecido e improvido. Decisão por votação unânime e em conformidade com o parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da douta PGE.

PALAVRAS-CHAVES: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO. USO E CONSUMO. NÃO APROVEITADO. PROCEDÊNCIA.

01 – RELATÓRIO

O presente auto de infração foi lavrado, por crédito fiscal indevido lançado e não aproveitado em razão de o contribuinte se creditar indevidamente de ICMS destacado em NFE de material de uso e consumo, durante os exercícios 2014 e 2015. Vide detalhamento contido nas informações complementares. Com multa no valor de R\$ 17.707,39 (dezesete mil setecentos e sete reais e trinta e nove centavos). Considerado infringido os arts. 65; 66 e 69 do Dec. n. 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123 II "a" c/c § 5º inc. I da Lei 12.670/96 alterado pela Lei 16.258/2017.

**Demonstrativo do Crédito Tributário
(RS)**

Demonstrativo do Crédito Tributário (RS)	
ICMS	

V



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Multa	17.707,39
TOTAL	17.707,39

Anexados ao auto de infração se encontram: Mandado de Ação Fiscal nº. 201713553 (fl. 05), Termo de Início de Fiscalização nº. 2017.15182 (fl. 06), Informação Complementar (fl.03/04), Termo de Conclusão n. 2018.01870 (fl. 07); Entrega de AI/Documentos – AR (fl. 08).

Cientificada do lançamento, a ora Recorrente apresentou tempestiva impugnação ao auto de infração, alegando os seguintes pontos: Da lesão ao princípio da legalidade expresso no art. 150 I da CF/88, que veda a União, Estados e Municípios a exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

A impugnante teve lavrado contra si auto de infração pelo creditamento de ICMS quando não se beneficiou com o lançamento de crédito de ICMS;

É concebido que o lançamento do valor referente ao creditamento de ICMS na contabilidade da empresa sem o seu devido creditamento não passa de uma técnica utilizada para efeito de planejamento e organização das despesas futuras. Não há qualquer óbice a prática de tal técnica. Sendo-lhe permitido tudo aquilo que não está vedado pelo ordenamento jurídico;

Como a impugnante não efetivou o creditamento do ICMS, não houve qualquer vedação ao ordenamento jurídico capaz de ensejar a lavratura do auto de infração;

Da lesão aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da penalidade pecuniária;

A aplicação da penalidade deve sempre guardar uma proporção ao dano e nunca deve ser algo maior que ele (ser razoável), posto que o dano principal será reparado com o pagamento do tributo devido. Colaciona decisão do STF em sua defesa;

Inexistiu conduta ilícita ou prejuízo arrecadatário ao fisco no plano fático, uma vez que a impugnante não se aproveitou do creditamento indevidamente registrado.

Ao final requer a improcedência do auto de infração, tendo em vista o claro equívoco da Fiscal, em não observar o princípio da legalidade uma vez que houve apenas o creditamento e não o efetivo aproveitamento. E, ainda, em razão da completa ausência de

proporç
total de

decisão

NOS DOCUMENTOS FISCAIS. DECADENCIA. INOCORRÊNCIA. O contribuinte apresentou SPED FISCAL com informações divergentes em operações de entradas, conforme levantamento feito pelo Laboratório Fiscal. Infringência aos arts. 285, 289, 299, 300 e 308 do Dec. 24.569/976, com Penalidade imposta no art. 123, VIII, "L", da Lei 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017. **DEFESA TEMPESTIVA. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PROCEDENTE.**

133
S

Em sua decisão, destacamos alguns tópicos:

O contribuinte lançou crédito indevido em desacordo com a legislação, relativo a aquisições de bens destinados ao uso/consumo.

A infração foi apurada através dos documentos fiscais e contábeis da empresa, detectando que esta adquiriu mercadorias para consumo e efetuou o lançamento de crédito do ICMS, sem que tenha havido o seu aproveitamento.

Para embasar a acusação o autuante elaborou as planilhas "Créditos Indevidos de Material de Consumo – não aproveitado relativas aos exercícios 2014 e 2015, anexos às fls. 09 e 28, demonstrando o valor do ICMS lançado a crédito nos CFOP's 1556 e 2556, que se fazem acompanhar dos relatórios "Crédito Indevido de Material de Consumo – Não aproveitado", listando as notas fiscais de aquisição do período fiscalizado.

Através das consultas "Movimento Totalizado por CFOP" (fls. 56/59) vê-se o total das operações escrituradas pelo próprio contribuinte na sua EFD/SPED com o CFOP 1556 – Compra de material de uso e consumo e CFOP 2556 – Compra de material de uso e consumo.

No mérito, temos que a LC 87/96 em seu art. 20 garantiu a aplicação do princípio constitucional da não cumulatividade ao assegurar ao contribuinte.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

A LC 87/96 estabeleceu que o direito aos créditos de bem de consumo só poderia ser a partir de 1º de janeiro de 1998 (art. 33, I), tendo sido editadas posteriormente, as Leis complementares n.ºs. 92/1997, 99/1999, 114/2002 e 138/2010, de sorte que atualmente pode ser dito que tais entradas apenas darão direito ao crédito a partir de 1º de janeiro de 2020.

É descabido o argumento que não foi observado o princípio da legalidade uma vez que houve apenas o creditamento e não o efetivo aproveitamento, pois ao contrário do que entende a impugnante a legislação veda tal conduta.

O crédito é ilegítimo e não é o fato de não ter sido aproveitado que o torna devido, tanto assim o é, que a tipificação é a do art. 123 II "a" da Lei 12.670/96, tão somente a norma traz uma atenuante no caso de não ter havido o aproveitamento do crédito, cabendo a redução da multa.

Embora o crédito não tenha sido aproveitado, a conduta é ilícita e a legislação ordena que seja realizado o estorno pelo contribuinte.

Não pode ser acatada a alegação de completa ausência de proporção e razoabilidade entre a situação de fato e a multa aplicada, tendo em vista que a penalidade tributária é matéria de reserva legal e a atividade de lançamento é vinculada a lei, não podendo o aplicador na existência de penalidade específica aplicar outra diversa, já que a multa tem como função inibir cometimento de infração tributária por parte do contribuinte.

Não cabe a um órgão de julgamento administrativo dizer que determinada multa não é razoável ou é desproporcional, pois apreciar e decidir quanto a constitucionalidade de dispositivos normativos não é competência de um órgão administrativo, mas, sim do Poder Judiciário, uma vez que se caracteriza como Controle de Constitucionalidade, cabendo a autoridade administrativa apenas aplicar a sanção de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

Não obstante a multa aplicada pelo a agente do Estado possa parecer confiscatória ao contribuinte, o fato é que a mesma está sendo exigida com esteio na Lei Estadual – 12.670/96 e não cabe a autoridade julgadora afastar a aplicação de normas sob o fundamento de inconstitucionalidade, segundo o que determina o § 2º do art. 48 da Lei 15.614/2014.

No que tange ao argumento de ausência total de prejuízo ao erário, resta impertinente, pois a responsabilidade pela infração independe da extensão dos efeitos do ato ilícito praticado pela parte. É o comando inserto no art. 877 do E o comando inserto no art. 877 do RICMS.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

134
S

Cabe destacar que em nenhum momento a impugnante comprova o contrário da acusação.

Considerando que resta caracterizado o cometimento da infração julga procedente a acusação devendo ser aplicada a sanção prevista no art. 123 II "a" c/c § 5º, I da Lei 12.670/96 alterada pela Lei 16.258/17.

**Demonstrativo do Crédito Tributário
(R\$)**

ICMS	
Multa	17.707,39
TOTAL	17.707,39

Discordando da decisão de 1ª instância, a empresa apresentou, nos termos da nossa legislação processual, tempestivo Recurso Ordinário, alegando as mesmas razões constantes na impugnação e pugnando pela improcedência do auto de infração.

A Assessoria Processual Tributária, em seu parecer, afasta a violação ao princípio da legalidade suscitado pela recorrente eis que a norma do ICMS, Lei 12.70/96, estabelece como infração no art. 123 II "a", crédito indevido, assim escriturado na conta gráfica do ICMS em desacordo com a legislação...

Observa-se que a infração apontada na norma é o ato de escriturar contabilmente, logo, ao inserir na Escrituração Fiscal Digital valores de créditos não permitidos pela Legislação do ICMS o contribuinte está cometendo um ilícito fiscal tributário.

A expressão "não houve aproveitamento do crédito" se refere a tese seguinte que é a apuração do ICMS. Por ter saldo credor no exercício, o contribuinte não utilizou aquele crédito, mas o mesmo continua inserido no saldo de ICMS que é transcrito para exercícios futuros, constituindo-se como um direito da empresa.

No mérito não há nenhum retoque a ser feito quanto ao julgamento singular, que de forma bastante esclarecedora e objetiva tratou da matéria.

A recorrente não poderia lançar a crédito ICMS mercadorias adquiridas utilizadas para uso e consumo. O art. 33 da Lei 87/96 (Lei Kandir) vem sofrendo alteração ao longo do tempo, desde 1997 pela Lei Complementar n. 92, até a última publicação, LC 171 de 2019, sendo que esta última prorrogou a possibilidade de direito ao crédito para as entradas que ocorrerem após janeiro de 2033.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Pelo fato da autuada não ter utilizado tal crédito, a multa a ser aplicada com a redução prevista no inciso I § 5º do art. 123 da Lei 12.670/96, no valor de 10% do valor do crédito registrado. Com a recomendação para que o contribuinte faça o estorno do valor lançado indevidamente.

Quanto a afirmação de que a multa fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entende que o julgador não pode afastar a aplicação da multa ou mesmo modificá-la, no caso concreto, uma vez que a infração cometida possui penalidade específica, e conforme estabelece o regramento do CONAT, art. 48 § 2º da Lei 15.614/14. Não cabe a autoridade julgadora afastar a aplicação de multa em razão de sua inconstitucionalidade.

Isto posto, somos pelo conhecimento do recurso interposto, negando-lhe provimento para confirmar a decisão de primeira instância de procedência da autuação.

O processo então vem a essa Colenda Câmara para julgamento do Recurso Ordinário interposto pelo contribuinte autuado.

É o relatório.

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário contra decisão de procedência proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme se extrai das peças dos autos, o presente auto de infração foi lavrado, por crédito fiscal indevido lançado e não aproveitado em razão de o contribuinte se creditar indevidamente de ICMS destacado em NFE de material de uso e consumo, durante os exercícios 2014 e 2015.

Cabe, inicialmente, analisar a questão apontada pela recorrente em sede de preliminar no tocante a: “Da lesão ao princípio da legalidade expresso no art. 150 I da CF/88, que veda a União, Estados e Municípios a exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Esclarecemos que, tendo recebido a competência para instituir o ICMS (art. 155, II da CF/88) cada Estado da Federação, tratou de cuidar em editar a lei necessária para a instituição do imposto. Aqui no Estado do Ceará, foi editado a Lei nº 12.670 de 30.12.96, que ainda está em vigor, com suas posteriores alterações e cujo regulamento (Dec. n. 24.569/97) visa explicitá-la.

De forma que em seu art. 75 da referida Lei consta a obrigatoriedade de todos as pessoas definidas como contribuintes cumprir todas as obrigações tributárias previstas na legislação do ICMS.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

135
J

Logo, inexistiu afronta ao princípio da legalidade na medida em que a autoridade fiscal sujeitou-se aos mandamentos da lei e as exigências do bem comum em suas atividades funcionais ao lavrar o auto de infração com base nos comandos normativos previstos no Dec. 24.569/97 que possuem o mesmo teor da Lei 12.670/96, uma vez que, somente a lei pode estabelecer obrigações e cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias aos dispositivos contidos na legislação tributária, consoante art. 97, V do CTN. É o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, XXXV e XXXIX da CF/88.

Ressaltamos que no serviço público só é permitido fazer o que a lei expressamente autoriza e na forma estabelecida, sob pena de comprometer a eficácia do ato e da atividade administrativa. No Estado de Direito o próprio Poder Público é um súdito da lei. Daí o administrador público estar absolutamente vinculado à letra e ao espírito da lei.

De forma que, da análise minuciosa dos autos, informações complementares, fls. 3/4, que todo o procedimento de fiscalização foi descrito no auto, sendo este devidamente motivado, inclusive com documentos comprobatórios anexados, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que permite afirmar que nenhuma garantia constitucional foi preterida.

É certo que, o direito ao crédito do ICMS está constitucionalmente previsto na CF/88, que adota o princípio da não-cumulatividade para o ICMS estabelecendo em seu art. 155 § 2º que este "será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviço com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

O RICMS/CE, tratando da não-cumulatividade do tributo, estabelece em seu artigo 57 ao art. 59 do Dec. nº 24.569/97, indicando que o imposto de cada operação pode ser compensado com ICMS cobrado na operação anterior, que por sinal é uma reprodução quase literal do inciso I do § 2º do art. 155 da C.F, in verbis:

"Art. 57 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado".

Ressalte que o princípio da não cumulatividade do ICMS não é absoluto, podendo o legislador infraconstitucional estabelecer condições em que é vedado o crédito do ICMS. Sendo exigido apenas para o seu usufruto, a observação das normas relativas à escrituração, ao recolhimento e à idoneidade dos documentos fiscais, como também a nossa legislação é bastante clara quando elenca situações ou procedimentos a serem adotados pelo contribuinte para que seja considerado o crédito fiscal legítimo.

Atente-se que, a Lei Complementar que rege a matéria, ou seja, a conhecida Lei Kandir de Nº 87/96, em relação à não-cumulatividade passou a dispor o seguinte:

Art. 20 - Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado à entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020 (Redação dada pela LC nº 138, de 2010).

Quer dizer, não obstante a Lei Complementar nº.87/96 trazer em seu bojo o direito ao crédito nas entradas de bens para uso e consumo utilizada pelo próprio estabelecimento, o faz com data pré-fixada, a qual vem sendo constantemente postergada. Ou seja, esse prazo foi prorrogado por cinco vezes, sendo a última prorrogação dada pela Lei Complementar nº 138/2010.

Assim, quando o produto é usado na atividade da empresa, porém não integra o produto final, caracteriza bem de uso e consumo.

Para evidenciar esta afirmação, atente-se para o conceito de material de consumo, onde material de consumo é a mercadoria que não é utilizada para comercialização e a que não é empregada para integrar o produto final ou para ser consumida no processo de industrialização, se destinando, assim, exclusivamente a manutenção das atividades da empresa.

De outra parte importa ressaltar que bem de consumo são todos aqueles produtos consumidos pelo adquirente, ainda, que não direta e imediatamente (destruídos de imediato), mas que sejam utilizados na realização de atividades auxiliares da empresa, não se configurando como elemento indispensável para o desenvolvimento da atividade objeto da unidade econômica.

Vê-se, portanto que os estabelecimentos só poderão utilizar como crédito fiscal o valor do ICMS atinente às matérias primas e materiais secundários que participem do processo de industrialização e que sejam nele totalmente consumidos ou façam parte do produto final como elemento indispensável.

Isso significa que os produtos utilizados no processo produtivo e que não atendam a essas duas condições não poderão gerar crédito fiscal para o seu adquirente, haja vista as operações ou prestações subsequentes não se realizam, por estarem relacionadas exclusivamente com a área administrativa do estabelecimento ou para uso exclusivo em um setor.

Assim, diante desse comando constitucional, concluímos que não é permitido crédito por entrada de produto de uso e consumo utilizado no setor administrativo do estabelecimento, ou seja, no desenvolvimento da atividade industrial. Ademais, a vedação ao



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

136
8

crédito nesse tipo de operação encontra ressonância no art. 52 da Lei 12.670/96, *verbis*:

“Salvo disposição em contrário, não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, conforme definidos em regulamento”.

Nesse sentido a Lei estadual nº 12.670/96 em seu art. 49, incluída através da Lei nº 12.771 de 24/12/97 que vem sendo alterado. Sendo a última alteração efetuada por meio da Lei 14.873/2011.

Da mesma forma, o regulamento do ICMS prescreve que é vedado o crédito fiscal dessa natureza no art. 65, II do Decreto 24.569/97. Isto é, tais créditos não são tidos como legítimos consequentemente o seu aproveitamento é indevido.

De forma clara, o regulamento do ICMS prescreve:

“ART.65 – Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses

II - entrada de bem destinado ao uso ou consumo do estabelecimento, bem como os respectivos serviços de transporte, até a data prevista em Lei Complementar”.

De fato, no que tange aos insumos de produção, o contribuinte pode abater o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes com os créditos do imposto provenientes da entrada de mercadorias ou produtos que sejam utilizados no processo produtivo do estabelecimento.

No entanto, a legislação vigente faz uma distinção bastante clara entre os bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento e as mercadorias ou produtos consumidos no processo produtivo do estabelecimento. No primeiro caso, não é permitido o aproveitamento de créditos; no segundo, é permitido.

Ademais, segundo entendimento da Secretaria da Fazenda /CEARÁ (Parecer SEFAZ nº 226/1997; 802/2006 e Despacho SEFAZ nº 125/2006) no que diz respeito às condições do aproveitamento do crédito, seria necessário que os mesmos atendessem aos seguintes requisitos cumulativamente: participar diretamente do processo de industrialização e ser imediata e integralmente consumidos no processo de industrialização de tal forma que não mais se prestem às finalidades que lhes são próprios.

Não se pode negar a importância desses bens para a atividade econômica da empresa autuada, entretanto, como se observa do dispositivo transcrito, não basta apenas que a mercadoria ou produto faça parte direta ou indiretamente do processo de industrialização para aproveitamento do imposto pelo adquirente. É necessário que eles sejam consumidos no processo produtivo ou façam parte do produto como elemento indispensável a sua composição. É o que acontece com a matéria prima, o material secundário, e material de embalagem entre outros. Tal entendimento se encontra sedimentado por esta Secretaria por



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

meio dos comandos normativos citados.

Como visto, temos na legislação acima invocada a fundamentação legal que veda imperativamente o aproveitamento de tais créditos, até a data pré-determinada.

O Fisco sustenta que todos dados para o levantamento fiscal foram extraídos, após análise, nos documentos fiscais e contábeis fornecidas pelo contribuinte em conjunto com seu SPED Fiscal.

Deve-se levar em conta que a tipicidade no direito tributário se deve a definição de modo taxativo a ocorrência necessária e suficiente para o nascimento da obrigação tributária, no caso em questão, o fato gerador da obrigação acessória, que nada mais é do que, qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Logo, o fato de não aproveitar o crédito fiscal indevido não afasta o ilícito praticado pela recorrente, uma vez que ao lançar na sua Escrita Fiscal Digital- EFD valores de créditos não permitidos pela Legislação do ICMS o contribuinte está cometendo um ilícito fiscal tributário

De tal forma que não subsiste o argumento de que os efeitos praticados pela recorrente não acarretaram nenhum prejuízo ao Erário. Com efeito, o Fisco Estadual foi prejudicado, sim, por ter havido desobediência aos ditames contidos na legislação, não podendo ser aceito em nenhum a hipótese que suas normas sejam desconsideradas.

No que diz respeito à ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade em relação à multa deve-se ressaltar que não é da competência do Poder Executivo apreciar eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis, tarefa esta reservada apenas ao Poder Judiciário, por isso se o contribuinte não concorda com tal cobrança deve recorrer a este poder para sua contestação. Nesse sentido é o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, nele inserido pela MP nº 449/08, *in verbis*:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Afastar a incidência de um dispositivo legal corresponde a uma declaração de inconstitucionalidade, conforme o entendimento do STF esposado na Súmula Vinculante nº 10:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

137
S

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.”

Em que pese à alegação do caráter confiscatório da multa aplicada, entendo descabida. Positivamente o que é vedado ao Fisco é a utilização ou criação de tributo, com efeito, confiscatório (CF/88, art. 150, IV). Não é se confundir tributo com multa, uma vez que aquele decorre de fato lícito; multa, por sua vez, tem por característica ser um evento danoso imposto a quem não cumpre o preceito legal e comporta duplo efeito: um intimidativo (psicológico) que visa evitar a violação do direito e outro repressivo, que se verifica após o desrespeito a norma fiscal. Portanto, não se pode abrigar sob o mesmo princípio constitucional de proibição de confisco a aplicação de penalidade contra o contribuinte que lesa o interesse do Fisco.

Enfatize, também, como ensina o Professor Hugo Machado que cabe ao Judiciário dizer quando um tributo é confiscatório. (Curso de Direito Tributário, pg.33). Assim, não cabe a um órgão de julgamento administrativo dizer que determinada multa tem caráter de confisco.

Diante do raciocínio exposto e das normas reguladoras citadas, não há, portanto abuso de autoridade por parte do agente do fisco, mas apenas fatos concretos que estão plasmados em nosso ordenamento jurídico - tributário pátrio e Estadual, conduzindo-o necessariamente à prática de um ato administrativo (lançamento de ofício do crédito tributário, mediante a lavratura do auto de infração) com observância estrita do princípio da legalidade prevista no art. 5º II e 37 da CF/88.

Vale ressaltar que o art. 136 do Código Tributário Nacional estabelece que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Os contribuintes do imposto estadual sujeitam-se às normas contidas na legislação tributária vigente, devendo haver rigorosa observância aos ditames nela contidos.

Por outro lado, constatou-se que os créditos fiscais por entrada de mercadorias utilizadas para uso e consumo registrados indevidamente não foram aproveitados nos exercícios auditados, pelo que a sanção aplicável ao presente caso – deverá ser cominada com a atenuante prevista no inciso I do parágrafo 5º do art. 123 da Lei n. 12.670/96, segundo a multa será reduzida em 10% do valor do crédito, indevidamente registrados, mas não aproveitados.

Assim, uma vez que a autuada não trouxe aos autos elementos concretos que pudessem afastar as conclusões dos auditores fiscais, deixando de desincumbir-se do ônus de prova a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Fisco constituir o crédito tributário a teor do que prescreve o art. 373 do NCPC. Cabe a cobrança do crédito tributário em sua totalidade.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Diante desse quadro, fica evidente pela análise das peças que compõe o processo que a empresa cometeu o ilícito relatado na inicial, devendo na conduta da autuada ser aplicada penalidade gizada no art. 123 II "a" c/c § 5º I da Lei 12.670/96, com alteração dada pela Lei 16.258/2017.

Isto posto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento para que seja mantida a decisão de procedência exarada em 1ª Instância de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária.

É como VOTO.

03 - DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/1706/2018 – Auto de Infração: 1/201802368-4. Recorrente: G M 5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Relator: Conselheiro MARCUS MOTA DE PAULA CAVALCANTE.

Decisão: Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, para deliberar nos seguintes termos: 1. **Com relação a preliminar de nulidade suscitada sob o argumento de falta de clareza e precisão no relato do auto de infração** – Foi afastada por unanimidade de votos, considerando que não houve cerceamento do direito de defesa uma vez que a descrição da conduta infracional denunciada não deixou dúvida acerca da acusação fiscal imputada a autuada. 2. **Quanto ao mérito**, a 2ª Câmara resolve por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** exarada em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 05 de 05 de 2021.

FRANCISCO JOSE DE
OLIVEIRA

SILVA:29355966334

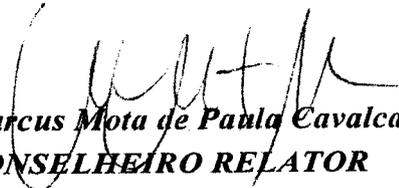
Francisco José de Oliveira Silva

PRESIDENTE

Assinado de forma digital por
FRANCISCO JOSE DE OLIVEIRA
SILVA:29355966334

Dados: 2021.04.23 13:45:38 -03'00'


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Marcus Mota de Paula Cavalcante
CONSELHEIRO RELATOR