



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 358 /2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 23 /8 /2010.

PROCESSO Nº 1/2710/2009

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 200905912

RECORRENTE: CÉLULA DE Julgamento de 1ª Instância

RECORRIDO: VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A

CONSELHEIRO RELATOR: ANTÔNIO GILSON ARAGÃO DE CARVALHO

EMENTA: ICMS. APROVEITAMENTO ANTECIPADO DE CRÉDITO FISCAL. Lançamento de crédito fiscal na conta gráfica no mesmo mês do Pedido de Restituição. Ofensa ao disposto no art. 90, § 1º, do Decreto nº 24.569/97. Crédito fiscal reconhecido pela administração fazendária antes da ação fiscal. Ausência de dano à Fazenda Pública Estadual. Configurado o descumprimento de formalidade prevista na legislação. Modificação da penalidade. Auto de infração. **Parcialmente Procedente.** Confirmada a decisão parcialmente condenatória em 1ª Instância nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Recurso Conhecido e não provido. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO:

Consta da inicial do presente processo que a empresa acima identificada aproveitou, antecipadamente, crédito de ICMS. Portanto, o atuante aduziu o seguinte relato na peça acusatória, "*in-verbis*:"

"Aproveitamento Antecipado de Crédito. Contrariando o disposto no art. 90 parágrafo primeiro do Decreto nº 24.569/1997, contribuinte creditou-se do ICMS oriundo de Pedido de Restituição no mesmo mês em que efetuou o protocolo no Sistema de Protocolo Único do Estado sob o número 054640806, conforme detalhamento contido nas Informações Complementares ao presente."

Após apontar os dispositivos infringidos o atuante aplicou a penalidade do art. 123, inciso II, alínea "b" da Lei nº 12.670/96.

Na Informação Complementar ao auto de infração (fls. 3 a 4), os autuantes esclarecem que ao analisarem o livro Registro de Apuração do ICMS da empresa constataram o lançamento diretamente no campo "Outros Créditos" o ICMS no valor de R\$ 291.922,42, considerando o requerimento de aproveitamento de crédito, protocolado no SPU sob o nº 054640806, antecipadamente, sem respeitar o prazo de 90 (noventa) dias, previsto no art. 90, §1º do Decreto nº 24.569/1997.

Asseveram, finalmente, que houve o efetivo aproveitamento desse crédito, uma vez que a conta gráfica da empresa está sempre com saldo devedor.

Instruem os autos às fls. 5 a 20: a Portaria nº 520/2008, o Termo de Início de Fiscalização nº 2008.19649, a Portaria nº 846/2008, o Termo de Início de Fiscalização nº 2008.32026, o Aviso de Recebimento – AR, a Portaria nº 134/2009, o Termo de Início de Fiscalização nº 2009.05438, o Aviso de Recebimento – AR referente ao Termo de Início de Fiscalização, o Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2009.09527, o Parecer nº 380/2007, a cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, a Consulta ao Sistema de Protocolo Único – SPU e o Aviso de Recebimento – AR, referentes aos Autos de Infração de Informações Complementares.

Em sua manifestação defensiva, fls. 36 a 40, a autuada contesta o feito fiscal alegando que o auto de infração não pode prosperar, sob pena de serem feridos diversos princípios tributários que norteiam o ordenamento jurídico.

Inicialmente relata que o primeiro ponto a ser avaliado consiste na diferença entre "pedido de restituição" e "pedido de compensação", uma vez que na restituição busca-se a devolução, em espécie, dos valores pagos indevidamente, ao passo que na compensação busca-se o encontro de contas débitos e créditos. E conclui dizendo que no caso houve a compensação dos créditos, cujo instituto é diverso da restituição.

Salienta, ainda, que o pleito de compensação não foi negado, pois nada mais era que seu pleno direito. Defendeu, ainda, que não existiu qualquer dano à Fazenda Pública.

Pugna, também, que o auto de infração foi lavrado contra o sucessor por incorporação, que mesmo que eventualmente devido o tributo, não cabe a imposição de qualquer multa.

Assinala que a incorporação da Cimento Poty S/A pela autuada ocorreu em 30/06/2006, antes da lavratura do Auto de Infração. E de acordo com o art. 132 do CTN, a responsabilidade dos sucessores limita-se-ia, expressamente, à soma dos tributos porventura devidos pelo sucedido. E a multa de ofício, não é tributo, mas antes penalidade voltada a sancionar suposto comportamento em desacordo com a lei.

Em seu entendimento, ressalta que a multa no patamar de 100% (cem por cento) sobre o tributo devido é abusiva resultando em potencial confiscatório. Ressaltando que no presente caso a multa consumiria todo o crédito compensado pela autuada.

Por fim, requer a improcedência do auto de infração ora impugnado. No julgamento de primeira instância, a autoridade julgadora decidiu pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, entendendo que a conduta infracional ocasionou, tão somente, o descumprimento de formalidade prevista na legislação. Logo, a penalidade a ser imputada a impugnante deve ser proporcional ao ato lícito, notadamente, se não causou dano à Fazenda Pública Estadual.



Inconformada com a decisão singular, a autuada, fls. 75, apresenta pedido de dilação de prazo para apresentação de Recurso Voluntário. No entanto, fls. 117 e 118, a autuada ingressou com pedido de desistência de Recurso, alegando que aderiu ao Refis, com espeque na Lei nº 14.505/2009.

Por outro franco, a Consultoria Tributária opinou por entendimento diverso da decisão singular de primeiro grau, alegando, dentre outros fatos, que a empresa cometeu o ilícito no montante acima catalogado, devendo, neste caso, ser aplicada penalizade gizada no art. 123, II, "b", da Lei nº 12.670/96. Dessa forma, decidiu pelo conhecimento do recurso oficial, dando-lhe provimento, no sentido de reformar a decisão monocrática, para procedência do feito fiscal.

Em síntese, este é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Aduz a peça vestibular dos presentes autos que o autuado incorreu no ilícito fiscal, melhor dizendo a empresa acima identificada lançou crédito antecipado, posto que o contribuinte teria se creditado do ICMS no mesmo mês em que efetuou o protocolo do Pedido de Restituição no Sistema de Protocolo Único do Estado do Ceará.

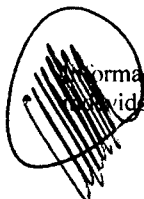
Quanto as alegações de: a) pedido de restituição ser diferente de pedido de compensação, b) o auto de infração ter sido lavrado contra o sucessor por incorporação, c) a aplicação da multa de 100% (cem por cento) sobre o tributo devido é considerado abusiva e confiscatória, entendemos que nenhuma dessas teses devem prosperar. Em primeiro lugar, entendo sem sentido a afirmação de que o pedido de restituição de imposto é diferente de pedido de compensação. Em segundo lugar, a incorporação é uma operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, portanto, a empresa sucessora fica responsável tanto pelos créditos como pelos débitos.

Por último, a questão da consideração da multa ser considerada abusiva não deve prosperar porque multa é diverso de imposto. Enquanto que este é algo considerado lícito (ação jurídica), aquela é considerada penalidade (ação antijurídica). Portanto, o Princípio do efeito confiscatório somente alcança aos impostos, e não as penalidades. Ademais, não se deve descurar o fato de que a multa proposta pelos auditores (autuantes) decorre de determinação expressa na Lei do ICMS nº 12.670/1996, ou seja, encontra-se albergada em conformidade com o Princípio da Legalidade, haja vista que o ato de lançamento é plenamente vinculado. Cabe bem notar, ainda, que o foro próprio para apreciar matéria relacionada com a constitucionalidade de lei é o Poder Judiciário.

Evidencia-se com bastante clareza que o *punctura saliens*, é o fato de que o contribuinte não aguardou o decurso do prazo de 90 (noventa) dias para registrar o crédito do imposto pago indevidamente em sua conta gráfica.

A bem da verdade, se fizermos uma acurada reflexão sobre o pedido de restituição constataremos que o direito do contribuinte é irretorquível, conforme inteligência do Parecer nº 380/2007. Para isso, veremos alguns excertos do dito ato administrativo:

"Da análise dos documentos apensos ao processo, da consulta ao Sistema Receita e conforme informação Fiscal, proferida pelo Auditor Luiz Carlos Diogeses Pessoa fl(29), resta comprovada o pagamento devido. Consoante demonstrou a informação sobredita, o estabelecimento inscrito no CGF sob nº 06321979-4, tinha



como débito de ICMS apuração mensal R\$ 669.872,10 e o estabelecimento de CGF nº 06897121-4, R\$ 291.922,42.

Todavia, ambos os valores foram pagos no CGF nº 06321979-4, implicando no pagamento indevido por parte do número de inscrição supra, restando em aberto a débito do CGF nº 06897121-4. No entanto, por ocasião da vigência do Refis, instituído pela Lei nº 13.686/2005, o débito de R\$ 291.922,42 foi quitado.

Isto posto, não resta dúvida que assiste razão à interessada, uma vez demonstrado o pagamento indevido pela postulante.

Portanto, fundamentados nos dispositivos acima citados, somos pelo DEFERIMENTO do pleito, devendo ser restituído , na forma de crédito fiscal, à requerente o ICMS no valor de R\$ 307.488,96 (trezentos e sete mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e noventa e seis centavos) já devidamente atualizado monetariamente, na forma da legislação aplicável , que deverá ser escriturado em "Outros Créditos" no livro Registro de Apuração do ICMS."

Há que se entender, outrossim, que não parece subsistir dúvida o fato de que a conduta praticada pela Impugnante não causou qualquer prejuízo ao Fisco Estadual.

Sou de sentir então que o contribuinte praticou tão somente um descumprimento de formalidade prevista na legislação estadual, de sorte que a penalidade a ser imputada a impugnante deve ser proporcional ao ato praticado.

Dessa forma, entendo que a penalidade mais adequada ao caso em análise é a prevista no art. 123, inciso VII, alínea "d", da Lei nº 12.670/96, que prevê uma multa de 200 (duzentas) Ufirces.

Isto posto, com esteio nas razões de fato e direito ora evidenciadas voto pelo conhecimento do recurso oficial, nego-lhe provimento ao recurso interposto, afastando a preliminar de nulidade arguida pelo Conselheiro Samuel Aragão Silva, e no mérito, para confirmar a decisão **PERCIALMENTE CONENATÓRIA**, proferida na 1ª instância. Todavia, em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante, adotando-se os cálculos do crédito tributário, elaborados na primeira instância, nos termos que se segue:

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

MULTA DE 200 (duzentas) Ufirces.

É o voto.

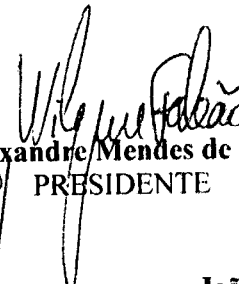
DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente CÉLULA DE Julgamento de 1ª Instância e recorrido VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.

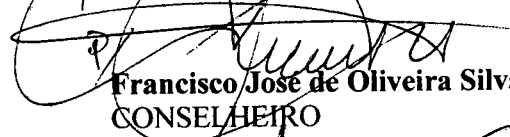
RESOLVEM, os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial. Com referência a preliminar de **nulidade** suscitada pelo Conselheiro Samuel Aragão Silva, por ausência de solicitação circunstanciada dos auditores fiscais para fins de reinício de ação fiscal – Afastada, por voto de desempate do Presidente, sob o fundamento de que as Ordens de Serviço relativas à ação fiscal em questão foram emitidas e assinadas por autoridades com plena competência legal, nos termos do art. 821 do Decreto nº 24.569/97 e que a Instrução Normativa 06/2005 constitui comando interno para procedimento do agente fiscal que fica registrado no Sistema CAF apenas para controle da ação fiscal. Foram votos vencidos, favoráveis à nulidade, os dos conselheiros: Samuel Aragão Silva, João Carlos Mineiro Moreira, Sebastião Almeida Araújo e Pedro Eleutério Albuquerque. No **mérito**, por maioria de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a

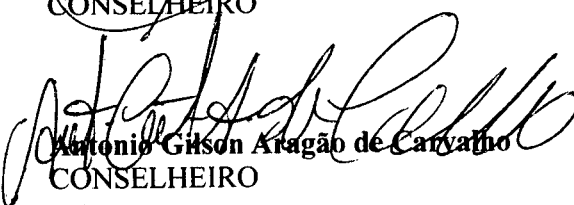
decisão **parcialmente condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos conselheiros: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto e Aderbalina Fernandes Scipião que se pronunciaram pela procedência, conforme o parecer referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS REUNIÕES DA 2.ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de Setembro de 2010.


Alexandre Mendes de Sousa
PRESIDENTE


Aderbalina Fernandes Scipião
CONSELHEIRA


Francisco Jose de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Antonio Gilson Aragão de Carvalho
CONSELHEIRO


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO

Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO

Ana Thereza Nunes de Macedo Costa
CONSULTORA TRIBUTÁRIA