



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº: 435/2004
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 05/07/2004 - (101ª SESSÃO)
PROCESSO DE RECURSO N.º: 1/000040/2001 AI No. 1/200015247
RECORRENTE: MAKRO ATACADISTA S/A
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONSELHEIRA RELATORA: ELIANE RESPLANDE FIGUEIREDO DE SÁ

EMENTA: ICMS- Crédito Indevido em decorrência da não realização de estorno exigido pela Legislação Tributária. Produtos da Cesta Básica. Auto de Infração PROCEDENTE. Caracterizada a infração. Decisão amparada no parágrafo 3º do art.43, art.54,V da Lei 12.670/96. Aplicação da penalidade inserta no artigo 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº13.418/03, por se tratar de norma mais benéfica ao contribuinte.RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO.NEGADO PROVIMENTO.UNANIMIDADE DE VOTOS.

RELATÓRIO

O auto inicial aponta a infração, que teria sido praticada pelo recorrente, a saber: "Lançar crédito indevido de ICMS em decorrência da não realização de estorno exigido pela legislação tributária. A empresa acima identificada creditou-se e utilizou indevidamente o ICMS referente a não realização do estorno proporcional da redução da Base de Cálculo de 58,82% referente as mercadorias adquiridas e comercializadas componentes dos produtos da cesta básica do exercício de 1998".

Após indicarem os dispositivos legais infringidos os agentes fiscais apontam como penalidade o Art.878, inciso II alínea "a do Dec.24.569/97

Às fls.184/204 a empresa ingressa com instrumento impugnatório argüindo sob a ilegalidade da exigência fiscal; o descabimento da multa por ser abusiva e posições da jurisprudência.

A julgadora monocrática decide-se pela total Procedência, no entanto, toma por base outra infração: credito indevido em decorrência de mercadorias não tributadas ou isentas do imposto.

Às fls.258 A 277 a empresa ingressa com Recurso Voluntário e argui como preliminar de nulidade que o julgamento de 1ª Instância não guarda qualquer compatibilidade com a acusação fiscal que é a não realização do estorno proporcional a redução da base de cálculo de 58,82% referente as mercadorias adquiridas e comercializadas componentes dos produtos da cesta básica.

A 2ª câmara – fls.294/298 – acata a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente – matéria estranha à lide e retorna os autos a 1ª instância para novo julgamento.

Em novo julgamento, fls.302 a 306 a julgadora monocrática decide-se pela total Procedência.

A empresa, então, ingressa com Recurso Voluntário e traz os seguintes argumentos:

Que o estorno dos créditos só é cabível nos casos de operações isentas ou não tributadas pelo ICMS, o que não é de modo algum o caso em questão;
Que a julgadora de 1ª instância não levou em consideração a inconstitucionalidade argüida pela recorrente, vez que, o estorno contraria frontalmente a CF; Que não há qualquer óbice à apreciação do mérito da impugnação no caso concreto;Que o órgão administrativo possui atribuição suficiente para deixar de aplicar norma inconstitucional ou ilegal contida no ordenamento positivo ao caso concreto;Que a legislação cearense é inconstitucional e ilegal;Dispõe sobre o princípio da não cumulatividade e fala sobre isenção e não incidência. Entende que não houve qualquer fato ilícito e que a multa é confiscatória e pede o cancelamento integral da exigência fiscal.

f

O Parecer da Consultoria Tributária, fls.339/341 mantém a decisão de 1ª instância (procedência)

VOTO:

A peça fiscal submetida a nosso exame trata de crédito indevido em virtude da empresa recorrente ter adquirido produtos da **cesta básica**, com redução na base de cálculo da ordem de 58,82% e ainda assim, ter se creditado do imposto sem fazer a redução proporcional ao valor da redução, gerando, assim, uma diferença de **R\$ 120.714,60 (cento e vinte mil setecentos e quatorze reais e sessenta centavos)**, referente ao exercício de 1998.

A recorrente inconformada com a decisão prolatada em julgamento monocrático, em grau de preliminar ressalta que a autoridade julgadora de 1ª instância não levou em consideração a inconstitucionalidade e ainda que o órgão administrativo possui atribuição suficiente para deixar de aplicar norma inconstitucional ou ilegal contida no ordenamento positivo ao caso concreto. Essa é a grande argumentação da recorrente.

Muito bem. A questão, então, proposta diz respeito à possibilidade ou não de apreciação por órgão administrativo, no exercício regular de sua atividade, de matéria de índole constitucional.

Destaque-se que, a Constituição contém em seu corpo os mecanismos de defesa do ordenamento jurídico a que dá fundamento de validade. Assim, é o próprio texto constitucional que prevê e dita as regras do controle da constitucionalidade.

Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição, no *caput* do artigo 102, atribuiu a função de guardião do texto constitucional - é ele o único órgão com competência para declarar a inconstitucionalidade de lei pela via abstrata, ou seja, independente da existência de lide, conflito de interesses (c/c inciso I, 'a' do mesmo artigo).

Além do controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal é competente para a decisão final no controle concreto, que ocorre no curso de uma lide, nos autos de um processo judicial que tem objeto próprio (art. 102, III).

O que deve se observar é que a declaração de inconstitucionalidade por órgão administrativo importaria em subtrair do Poder Judiciário o controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que o Estado não poderia questionar, no âmbito judicial, o ato administrativo emanado por órgão que o integra.



Na realidade, ao adotar a postura de decidir contra a norma legal ou, o que é pior, declará-la inconstitucional, o agente público estaria se arvorando a exercer função que não lhe compete, pois o que se lhe atribui é verificar se a atuação fiscal está conforme a lei.

Logo, o ordenamento não confere o alcance da coisa julgada judicial à decisão final em processo administrativo, pois se trata de simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário.

O Processo Administrativo Tributário volta-se especialmente ao controle da legalidade do auto de infração e imposição de multa, notadamente no aspecto da adequação dos fatos à norma aplicada.

Assim, ao Contencioso Administrativo Tributário (CONAT) compete a decisão, no âmbito administrativo, de questões decorrentes da relação jurídica entre o Estado do Ceará e o sujeito passivo decorrentes da exigência do crédito tributário; da restituição de tributos pagos indevidamente e da aplicação de penalidades, situações oriundas exclusivamente dos Autos de Infração.

Divergências doutrinárias à parte, o fato é que os órgãos administrativos compõem a Administração Pública sujeitos, por força constitucional, aos princípios da legalidade e da hierarquia. Assim, afastada a preliminar suscitada.

Voltando ao cerne da questão, ou seja, o mérito da acusação fiscal, entendemos que sem laivo de dúvidas irrefutável fora à utilização indevida do crédito tributário.

Ora, a empresa creditou-se indevidamente de ICMS referente à não realização do estorno proporcional à redução da Base de Cálculo de 58,82% relativa a créditos oriundos de Notas Fiscais de produtos integrantes da cesta básica adquiridos em operações interestaduais. Se houve a redução da Base de Cálculo, obviamente, o valor do estorno do crédito teria que ser proporcional ao da redução.

Com efeito, a empresa é a responsável tributária pelo pagamento do crédito tributário ora exigido. Houve, portanto, o fato ilícito. Não tem pertinência, portanto, as alegações da empresa recorrente.

Logo, não há como deixar de imputar a esta o ilícito tributário, vez que, as normas de Direito Tributário orientam-se sempre no sentido de atingir a realidade econômica das relações que disciplinam.



Isto posto, **VOTO** no sentido de:

Que se conheça do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, aplicando-se, todavia, a penalidade prevista no art.123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº13.418/03, por se tratar de norma mais benéfica ao contribuinte, vez que, a multa equivale a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado.

DEMONSTRATIVO:

PRINCIPAL: R\$ 120.714,60
MULTA:.....R\$ 120.714,60
TOTAL:.....R\$ 241.429,20

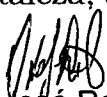
É o voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **MAKRO ATACADISTA S/A E RECORRIDO CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.**

RESOLVEM, os membros da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória proferida pela primeira instância nos termos do voto dessa relatora e de acordo com o parecer referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado, aplicando-se, todavia, a penalidade prevista no art.123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº13.418/03, por se tratar de norma mais benéfica ao contribuinte. Ausente, a conselheira Vanessa Albuquerque Valente.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS em Fortaleza, aos 16 de agosto de 2004.


Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE

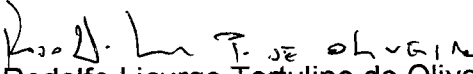

Eliane Resplande Figueiredo Sá
CONSELHEIRA RELATORA

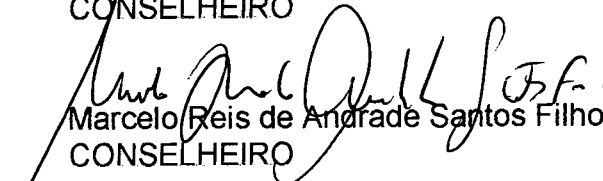

Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA



José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO