



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 449 / 2004

2ª. CÂMARA

SESSÃO DE: 07 / 07 / 2004

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/311/02

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200113043

RECORRENTE: TÉCNICA BRASILEIRA DE ALIMENTOS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATORA ORIGINÁRIA CONS.: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE

RELATORA DESIGNADA CONS. : DULCIMEIRE PEREIRA GOMES

EMENTA: INDEVIDA TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO FISCAL DE ICMS SOB A FORMA DE RESSARCIMENTO – Realizada sem abrigo na legislação tributária que rege a matéria. Decisão monocrática condenatória confirmada, por voto de desempate do presidente. Penalidade inserta no art. 123, II "d" da Lei 12.670/96, na nova redação dada pela Lei 13.418/03, aplicada ao caso retroativamente, por ser mais benéfica.. Recurso voluntário não provido.

RELATÓRIO

Conforme o Auto de Infração, a atuada acima indicada, nos meses de março a dezembro de 1999, emitiu notas fiscais transferindo, indevidamente, crédito de ICMS para uma outra empresa, no valor de R\$ 1.893.040,35 (um milhão, oitocentos e noventa e três mil, quarenta reais e trinta e cinco centavos).

Foram citados como infringidos os arts: 69 e 70 do Dec. 24.569/97, e sugerida a penalidade do art. 878 inc. II "d", do mesmo diploma legal.

Esclarece o Auditor Fiscal, na informação que complementa a inicial, que foram emitidas as Notas Fiscais nºs. 89901, 89903, 91576, 91591, 95241, 96968, 101080, 101090, 101099, 106764 e 111155, nelas contendo a expressão: "VALOR RESSARCIMENTO PREVISTO NO ART. 438, PARÁGRAFO 3º, INCISO II DO

DECRETO 24.569/97", tendo como natureza da operação "Ressarcimento ICMS", destinadas a empresa J. Macedo Alimentos S.A., as quais não constam seus registros nos livros fiscais: Registro de Saídas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS. Anexa cópias da Portaria nº 1203/2001, dos termos de início e de conclusão de fiscalização, e do livro Registro de Apuração do ICMS.

Comparecendo aos autos, a interessada apresenta-se como empresa que atua no ramo de industrialização e comercialização de produtos alimentícios, especificamente massas alimentícias: biscoito, macarrão etc, sendo, no período questionado, tida como contribuinte substituído. Tece considerações e invoca doutrinas prestigiando o princípio da não cumulatividade, para, após, apresentar justificativas atinentes a legitimidade dos créditos em apreço, pois decorrentes de operações de remessa para Zona Franca de Manaus, inclusive anexando decisão a seu favor, em Agravo de Instrumento, no qual pleiteia o reconhecimento de créditos a fim de possibilitar o seu ressarcimento. Segundo alega, seria o ressarcimento previsto no art. 438 do RICMS o único mecanismo de que dispõe para ser reembolsada da carga do imposto que gravou o produto comercializado.

A 1ª Instância de Julgamento, no tocante a decisão judicial concedida no Processo de Agravo de Instrumento nº 2000.08355-2, salienta que sua eficácia não retroage. A decisão foi exarada em 24 de outubro de 2000 e o fato gerador em discussão refere-se ao exercício de 1999. Considera equivocados os argumentos da impugnante, considerando que, o que está sendo discutido não é o crédito em si, mas a transferência desse crédito. Decide pela procedência do feito fiscal, tendo em vista que a autuada não poderia efetuar dita transferência sem que fossem cumpridas as exigências determinadas pela legislação.

Novamente a autuada comparece aos autos, desta feita requerendo a reforma da decisão monocrática consubstanciada nos seguintes argumentos:

I- o ressarcimento previsto no art. 438 do RICMS não ampara somente os caso de não ocorrência de fato gerador presumido, mas, também o § 2º contempla a hipótese em que o contribuinte efetua operação interestadual;

II- a falta de oposição de visto por parte da autoridade da SEFAZ nas notas fiscais de ressarcimento constitui-se em dever instrumental – obrigação acessória – não tem o condão de comprometer o direito de ressarcimento pertencente a recorrente;

III- as operações de saída de mercadorias do estabelecimento da recorrente não sofriam mais a incidência do ICMS, então lhe restava como única opção valer-se do ressarcimento autorizado pelo art. 438 *caput* do RICMS;

IV- no que concerne a falta de escrituração das notas fiscais em apreço nos livros competentes, não obstaculiza a legitimidade da transferência dos questionados créditos, mormente porque o Fisco teve oportunidade de averiguar a legitimidade da origem dos créditos, como também o procedimento de ressarcimento adotado, quando



toda a documentação solicitada foi entregue a fiscalização que deu origem ao Auto de Infração ora discutido;

V- é pertinente a decisão judicial carreada aos autos, porque originada pelo fato do Fisco ter passado a criar obstáculos para examinar determinadas questões (qualitativas e quantitativas) postas pela recorrente;

VI- estando superada a questão da legitimidade dos créditos, quanto a sua transferência, não foram descumpridos os arts. 69 e 70 do Dec. 24.569/97, apenas investiu-se no direito de efetivar o ressarcimento de que trata o art. 438, na modalidade prevista no § 3º, inciso II, do citado diploma legal.

A Procuradoria Geral do Estado manifesta-se pela confirmação da decisão monocrática considerando que para efetivar-se a transferência de créditos, seria necessário adotar o procedimento disposto no art. 69 do RICMS, indispensável à defesa dos interesses do Erário Estadual.

O representante legal da empresa se fez presente a sessão de julgamento nesta 2ª Câmara, arguindo nulidades no auto de infração. Primeiro, por incompetência da autoridade designante, Secretário da Fazenda, pois na época não havia definição de competência para dita autoridade. Segundo, seria necessário o afastamento do titular da pasta para que o Subsecretário pudesse subscrever a portaria designante da ação fiscal. E no mérito, reitera que ocorreu apenas descumprimento de obrigação acessória.



VOTO DA RELATORA

O assunto tratado nestes autos diz respeito a acusação de que a autuada transferiu créditos de ICMS para outra empresa através da emissão de notas fiscais, sem que fossem cumpridas as exigências previstas na legislação pertinente.

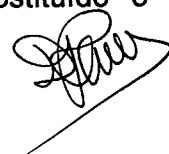
O representante legal da autuada se fez presente à sessão de julgamento, e preliminarmente argumentou nulidade do processo tendo em vista que o Secretário da Fazenda, autoridade designante da ação fiscal, não estaria investido de autorização legal para tanto, e além do mais, não havia portaria designando o Subsecretário para substituir o Secretário da Fazenda no período questionado. No mérito, ratifica que ocorreu apenas descumprimento de obrigação acessória.

Analisando as preliminares invocadas pela recorrente, não me parecem procedentes a arguição de tais nulidades. Ora, se o Secretário da Fazenda hierarquicamente é a autoridade máxima desse órgão, inferior apenas ao Chefe do Executivo, é a própria essência da Secretaria da Fazenda, a pessoa que concretamente a representa, se na época da autuação não existia expressa vedação legal para expedição do ato questionado, nada impede a aplicação do axioma: "quem pode o mais pode o menos". Principalmente porque esse ato em nada interferiu nas garantias dos direitos da autuada ou na segurança e certeza em relação ao conteúdo desse ato. Assim, entendendo que o vício porventura existente não violou o processo legal, consubstanciado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, não vejo razão para acatar a nulidade suscitada.

Este entendimento está apoiado na preciosa lição do Professor Celso Antonio Bandeira de Melo, cuja doutrina foi fartamente citada pela recorrente ao invocar o princípio da legalidade. Sobre os defeitos de competência nos ensina o mestre: "Ademais, há vícios que pouco ou quase nada afetam o interesse finalístico procurado pelo Direito. É o caso dos defeitos de competência nos **atos de conteúdo vinculado**. Ao particular é quase indiferente seu autor e ao interesse público importa pouco esta autoria, pois as regras de competência estão postas, neste caso, em razão de objetivos de organização técnico-administrativa e não em atenção ao bem jurídico a ser atendido." (grifos do autor. In Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros.).

Concorre ainda para reforçar esta posição, a atual tendência dos estudiosos em direito administrativo em adotar a "convalidação dos atos administrativos", segundo palestra do Dr. Zaenilton Holanda Braga, proferida no X Seminário de Contabilidade do Estado do Ceará, em 24.06.2004, a qual tive a honra de participar como ouvinte, em que, a exemplo da citada convalidação, citou uma circunstância em que atualmente não se anula o ato que deveria ser expedido por uma portaria, e foi expedido por instrumento de valor hierarquicamente inferior. Logicamente a recíproca é verdadeira.

Relativamente ao mérito, a empresa transferiu crédito ao estabelecimento moageiro (J. Macedo Alimentos S/A) para fins de ressarcimento do ICMS sem observar os procedimentos previstos na legislação regente da espécie, ou seja, art. 438 do Dec. 24.569/97. Mencionado artigo assegura 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 mercadoria ou produto industrializado já tributados por esse regime. Nos parágrafos deste artigo estão pontificados os procedimentos que o interessado deve adotar para fazer valer esse direito, no caso, emitir nota fiscal pelo valor a ser ressarcido, tendo como destinatário o contribuinte que promoveu a retenção do ICMS da mesma mercadoria em favor deste Estado e requerer ao Secretário da Fazenda o valor objeto do ressarcimento, hipótese em que a nota fiscal deverá ser visada pelo orientador da Célula de Execução do Comércio Exterior e Substituição Tributária (CESUT).

Pelo que consta nos autos, a recorrente não cumpriu essas exigências, necessárias ao exercício desse direito, sequer registrou, em seus livros fiscais, a questionada operação. Simplesmente fez valer uma prerrogativa que se julgou merecedora e por vontade própria, unilateralmente, transferiu seus créditos sob a forma de ressarcimento.

Pretender, que prevaleça seu argumento de que a exigência que deixou de ser cumprida é um mero descumprimento de obrigação acessória, um "visto" do Fisco que deixou de ser aposto no documento, é subestimar a atividade da Célula de Execução do Comércio Exterior e Substituição Tributária (CESUT) que no caso, desenvolve todo um trabalho de pesquisa das origens dos créditos, das GIM's, Sistema Cometa, de quantificações, e identificação da mercadoria, de compatibilidade com a legislação, para, só após, emitir parecer técnico opinando pela concessão ou denegação do pleito. Não fosse esse trabalho, como o Estado do Ceará, teria a garantia da real existência desse crédito?

Não trata a acusação de confirmar ou negar o direito da autuada de ressarcir-se de eventual crédito, mas sim da forma temerária adotada pela recorrente para a transferência dos questionados créditos.

Vê-se portanto, que a ora recorrente, à luz da legislação fiscal, não poderia proceder a transferência dos créditos de que cuida a autuação, pois não satisfaz as exigências previstas no art. 438 do RICMS, de maneira que suas alegações não podem ser acatadas, devendo ser mantida a decisão singular, atentando-se para a penalidade, que deverá ser a inserta no art. 123 inciso II "d" da Lei 12.670/96, entretanto, na redação que lhe foi dada pela Lei 13.418/03, aplicada ao caso retroativamente, por ser mais benéfica.

Pelo exposto, VOTO conhecimento do recurso voluntário para que sejam afastadas as preliminares de nulidades argüidas e para o não provimento do recurso voluntário, a fim de que se confirme a decisão da instância singular de PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

COMPOSIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

ICMS	R\$	1.893.040,35
MULTA	R\$	1.893.040,35
TOTAL	R\$	3.786.080,70



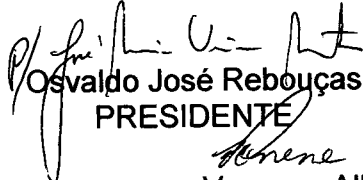
DECISÃO:


Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente TÉCNICA BRASILEIRA DE ALIMENTOS LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

Resolvem os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por voto de desempate do presidente, afastar as preliminares de nulidade argüidas pela recorrente, relativas a incompetência da autoridade designante da ação fiscal (Secretário e Subsecretário da SEFAZ). No mérito, também por voto de desempate do presidente, resolvem conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** enunciada pela 1ª Instância, nos termos do primeiro voto discordante proferido pela conselheira Dulcimeire Pereira Gomes, que ficou designada para lavrar a resolução, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, aplicando-se retroativamente a Lei nº 13.418/03 no que se refere a penalidade, por ser mais benéfica ao contribuinte. Foram votos vencidos os conselheiros Vanessa Albuquerque Valente, (relatora originária), Ildebrando Holanda Júnior, Marcelo Reis de Andrade Santos Filho e Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira, que no mérito se pronunciaram pela parcial procedência da autuação. O Dr. Carlos Cintra, representante legal da recorrente esteve presente para fazer sustentação oral do recurso.


SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 17 de agosto de 2.004.


Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA RELATORA


Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO

José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Eliane Resplande Figueiredo Sá
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Júnior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO