



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

RESOLUÇÃO Nº 450 / 2004

2ª CÂMARA

SESSÃO DE: 07 / 07 / 2004

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/314/02

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200113045

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, no dia 27 de janeiro de 1999, emitiu notas fiscais transferindo indevidamente crédito de ICMS para uma outra empresa, no valor de R\$ 143.606,40 (cento e quarenta e três mil, seiscentos e seis reais e quarenta centavos).

Foram citados como infringidos os arts: 59 e 60 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. 85777, 85778 e 85779, nelas contendo a expressão:

"CRÉDITO ICMS CONTIDO NO ESTOQUE EXISTENTE EM 30-09-98, EM RAZÃO DA DIMINUIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA", tendo como natureza da operação "compensação de ICMS", destinadas a empresa J.Macedo Alimento 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, preliminarmente alega a nulidade do auto de infração por impedimento do Agente Fiscal que tomou por base para a autuação o exercício de 1998, extrapolando o período fiscal autorizado pela Portaria 1203/01 que alude ao exercício de 1999. No mérito, após tecer considerações e invocar doutrinas acerca do princípio da não cumulatividade, a impugnante justifica seu procedimento como forma de recuperar o *quantum* de ICMS incidente sobre o produto farinha de trigo por ela adquirido, fazendo valer referido princípio.

A 1ª Instância de Julgamento não acatou a preliminar de nulidade suscitada, considerando que o fato gerador da presente ação fiscal reporta ao exercício de 1999, de acordo com a Portaria nº 1203 que designou a fiscalização. No mérito, decidiu pela procedência do feito fiscal, tendo em vista que a autuada não poderia transferir créditos sem que fossem cumpridas as exigências determinadas pela legislação: art. 69 inciso II, do Dec. 24.569/97.

Na argumentação recursal, vem a informação de que os créditos de que trata este processo não são oriundos da realização de operação de exportação, e sim decorrentes do estoque existente em 31/09/98 e sua apropriação se deu, segundo a recorrente, na forma estatuída pela legislação vigente à época, que introduziu nova sistemática para operações com trigo, farinha de trigo e seus derivados. Portanto, entende que não necessitaria de prévia manifestação do fisco para realização da transferência do crédito em questão. Segue argumentando que inexistente na legislação previsão para o registro de nota fiscal de remessa de créditos, que o Fisco em tempo algum teve prejudicado o controle das condutas adotadas pela recorrente, pois sempre manteve um programa de monitoramento de suas operações. Insiste ainda na nulidade do auto de infração pela mesma razão já explicitada na impugnação.

A Procuradoria Geral do Estado manifesta-se pela confirmação da decisão monocrática considerando que a permissão para transferência de créditos é restrita às operações e prestações de exportação para o exterior, o que não é o caso, e mesmo assim, através de procedimento especial consoante dispõe o art. 69 do RICMS.

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 pré-falada portaria. E terceiro, por impedimento do autuante, que não observou o período fiscal determinado pela ordem de serviço.



VOTO DA RELATORA

O assunto tratado nestes autos diz respeito a acusação de que a atuada 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 atuada se fez presente à sessão de julgamento, e preliminarmente argumentou nulidade do processo, sob três aspectos: I- a Portaria nº 1203/01 da lavra do Excelentíssimo Senhor Secretário da Fazenda, autoriza a execução de tarefas de fiscalização referente ao período de 01/01/1999 a 31/12/1999 e o Auditor Fiscal utilizou o período fiscal de 1998; II- referida autoridade designante da ação fiscal não estaria investido de autorização legal; e III- não havia portaria designando o Subsecretário para substituir o Secretário da Fazenda

Sobre a nulidade referente a não observância, pelo atuante, do período fiscal determinado na ordem de serviço, por ser uma questão fática, não se tem dificuldade na revelação da verdade. As peças que compõem o processo demonstram que, conforme a acusação, o crédito foi transferido através das notas fiscais datadas de 27 de janeiro de 1999, em que pese constar nessas notas, que o crédito refere-se ao estoque existente em 30.09.98, a transferência irregular só veio a acontecer durante o exercício fiscalizado. Eis a razão pela qual referida nulidade não deve ser acatada.

Analisando as demais preliminares invocadas pela recorrente, também 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 atuada 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, na qual, a exemplo, citou uma situação 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.

Adentrando no mérito da questão, sobre transferência de créditos, a matéria está disciplinada no art. 69 do dec. 24.569/97 – RICMS a seguir transcrito:

"Art. 69. O estabelecimento que tenha realizado operação e prestação de exportação para o exterior, a partir de 16 de setembro de 1996, poderá utilizar o saldo credor acumulado desta data em diante, na proporção que essa saída representar do total das saídas realizadas pelo estabelecimento, para:

*...
II - transferir a outro contribuinte neste Estado, o saldo credor remanescente, se existir, desde que haja prévia manifestação do Fisco.*

§ 1º. O contribuinte que desejar efetuar transferência de créditos fiscais deverá observar os seguintes procedimentos:

*...
II – Na hipótese do inciso II do caput, apresentar requerimento à Secretaria da Fazenda.*

*...
§ 3º. A Superintendência da Administração Tributária (SATRI) designará comissão especial para analisar o pedido de transferência de crédito fiscal e emitir parecer técnico, opinando pela concessão ou denegação do pleito."*

O texto do regulamento acima transcrito, de forma bastante clara, dispõe que só é permitido a transferência de créditos quando esses se originam de operações e prestações de exportação para o exterior. A própria recorrente admite não se tratar de situação desse jaez. Os créditos utilizados foram decorrentes do levantamento do estoque existente em 31/09/98, consoante exigência do Dec. 25.219/98, portanto, não tem respaldo legal referida operação. Mesmo que a origem desses créditos viesse ao encontro do art. 69 acima citado, ainda assim remanesceria a irregularidade, porquanto não foi atendida a exigência prevista no inciso II acima transcrito, ou seja, não foi apresentado requerimento à Secretaria da Fazenda, assim como não há qualquer registro nos livros fiscais da autuada referente a questionada transferência.

Em que pese o argumento da recorrente de fazer valer o princípio da não cumulatividade, reconheço que a autuada tem todo o direito de pleitear a recuperação do "quantum" do ICMS incidente sobre o produto farinha de trigo, repito, pleitear, e não proceder como fez, simplesmente por vontade própria, unilateralmente, sem que esteja apta, transferir seus créditos, arvorando-se de um direito que o Fisco condiciona ao atendimento de determinadas exigências, conforme se verificou em linhas volvidas.



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 apostado no documento é subestimar a atividade da Superintendência da Administração Tributária (SATRI), que no caso, desenvolve todo um trabalho de pesquisa das origens dos créditos que importa em operações de exportação ou para a Zona Franca de Manaus, GIM's, Sistema Cometa, de quantificações, de compatibilidade com a legislação, para, só após, emitir parecer técnico opinando pela concessão ou denegação do pleito, conforme determina o § 3º do art. 69 do RICMS. Não fosse esse trabalho, como o terceiro, que recebe a transferência teria a garantia da real existência desse crédito?

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. 69 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\$	143.606,40
MULTA	R\$	143.606,40
TOTAL	R\$	287.212,80



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). 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. Também resolvem, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade referente ao impedimento do agente autuante, sendo voto vencido o conselheiro Ildebrando Holanda Júnior. No mérito, por voto de desempate do presidente, resolver conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão CONDENATÓRIA proferida 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 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.

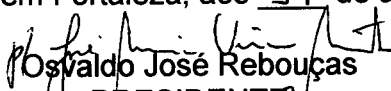

Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA RELATORA


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA

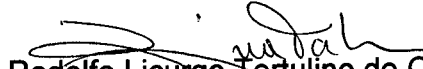
José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Eliane Resplande Figueiredo Sá
CONSELHEIRA

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO