

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Resolução	Câmara	Sessão de julgamento	Data
Nº 177/2023	2ª CÂMARA	25ª SESSÃO ORDINÁRIA	02/05/2023

Processo nº	Auto de Infração nº	CGF/CNPJ/CPF
1/333/2022	2022.00599-9	06.526490-8

Tipo de Recurso	ORDINÁRIO
Recorrente	IMIFARMA PRODUTOS FARMACEUTICOS E COSMÉTICOS S/A
Recorrido	CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA
Conselheiro Relator	RENAN CAVALCANTE ARAUJO

EMENTA: ICMS – Crédito indevido não aproveitado e não estornado. 1. Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa e do contraditório afastada por não restar configurada. 2. Alegação de cancelamento da ação fiscal por impossibilidade do lançamento dado ao prazo para constituição e de ocorrência da concordância tácita afastada. 3. Improcedência e inoccorrência. crédito de ICMS aproveitado sob condição resolutoria. §2º do art. 90 decreto 24.569/97, afastada. 4. Prazo decadencial atendido . 5. Mérito: alegação de improcedência da autuação por direito ao crédito, decisão administrativa denegatória e de determinação do estorno do crédito não atendida. 6. Recurso Ordinário conhecido e improvido .7. Decisão de Primeira Instância confirmada. 8. Defesa e Recurso Ordinário Tempestivos. 9. Infração ao disposto nos art.s 65, 66 e 69 do decreto nº. 24.569/97 devidamente caracterizada. Penalidade prevista no art. 123, ii, “a” c/c §5º, ii da lei nº. 12.670/96 alterada pela lei 16.258/17.

1. RELATÓRIO

1.1. Relato da Infração

Ao compulsar os autos do processo eletrônico em epígrafe, verifica-se tratar de Auto de Infração (fls., 02/05) lavrado em face do Contribuinte IMIFAMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTICOS S/A., Inscrição Estadual nº. 06.526490-8, com as seguintes informações:

Data Lavratura AI: 22/01/2022

Base de Cálculo: R\$ 0,00

Alíquota: 0,00%

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Principal: R\$ 9.076,41

Multa: R\$ 9.076,41

Artigo Infringido: §2º, Art. 90, Decreto 24.569/97, correspondente ao atual §2º, Art. 105, Decreto 33.327/2019

Penalidade: Art. 123, II, "A", Lei 12.670/96

Relato da Infração: Lançar crédito indevido de ICMS, na hipótese de ter sido aproveitado após apuração da conta gráfica do ICMS. Contatamos que no período fiscalizado o autuado aproveitou o valor de R\$ 9.076,41 relativamente a créditos que deveriam ter sido estornados, conforme extensivamente detalhado nas informações complementares em anexo.

1.2. Informações Complementares

No relatório de Informações Complementares ao Auto de Infração às fls., 03, no item III – Outras Informações, resumidamente, temos o seguinte:

- Que a Empresa é cadastrada no Regime Normal de Recolhimento, como Filial, está enquadrada no CNAE 4771-7/01 Comércio Varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação;
- Que em cumprimento ao Mandado de Ação Fiscal nº. 2021.03871, foi executada Auditoria Fiscal Restrita – Fiscalização por Crédito Indevido de ICMS, relativamente ao período de **01/01/2017 a 31/12/2017**, objetivando a verificação do estorno do crédito de ICMS nos termos do Termo de Intimação nº. 2021.95878 (anexo IV ao AI, da ação de monitoramento - MMF nº. 2021.94914;
- Que referida ação fiscal derivou do não atendimento pelo Contribuinte ao disposto no termo de intimação nº. 2021.95878 através do qual foi cientificado e intimado para as providências constantes do Parecer nº. 3518/2021 emitido pela Célula Consultoria e Normas – CECON (anexo III), que indeferiu o Pedido de Restituição de Crédito de ICMS formalizado através do Processo nº. 7014668/2016 protocolado em 2016, no valor de R\$ 247.455,28.
- Que em referido termo de intimação, além da decisão de indeferimento, determinou-se o estorno do crédito lançado pelo Contribuinte nos termos do §1º do art. 90 do Decreto 24.569/97, vigente à época do lançamento, disposição essa espelhada no §1º do art. 105 do Decreto 33.327/2019, apropriado em janeiro de 2017;
- Que após os procedimentos de intimação, nos termos do Mandado de Monitoramento Fiscal já descrito mais acima, ao contribuinte foi dada a oportunidade de espontaneidade para proceder com o estorno do crédito tomado nos termos do §2º do art. 90 do Decreto 24.569/97;

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

- Que na presente ação fiscal foi emitido o Termo de Início de Ação Fiscal nº. 2021.07643, através do qual o contribuinte foi intimado para apresentar os livros e respectivos para a comprovação do estorno do crédito relativo ao Processo nº. 7014668/2016, restando pela lavratura do auto de infração em comento, nos termos das disposições já descritas acima, diante de nada ter sido apresentado ou informado pelo contribuinte.

Nas informações complementares, se verifica ainda o Demonstrativo do Crédito Tributário Lançado e a respectiva multa, sendo:

Período	Valor do ICMS (Crédito Indevido Aproveitado)	Valor da Multa Aplicada
jan/17	645,11	645,11
fev/17	545,92	545,92
mar/17	-	-
abr/17	-	-
mai/17	-	-
jun/17	221,02	221,02
jul/17	440,86	440,86
ago/17	241,39	241,39
set/17	209,78	209,78
out/17	4.768,23	4.768,23
nov/17	622,39	622,39
dez/17	1.381,71	1.381,71
Total	9.076,41	9.076,41

Ao final é exposto que o crédito de ICMS não estornado e não aproveitado compõe o AI nº. 2022.00603.

1.3. Impugnação do Auto de Infração

Intimado do Auto de Infração em comento, em 28/01/2022, o Contribuinte IMIFARMA apresentou Impugnação, às fls., 49-82, dispondo resumidamente, do seguinte:

Em sede de preliminar

- Nulidade da Autuação Fiscal – Cerceamento do Direito de Defesa e Contraditório, em razão da não viabilização da comprovação da existência do crédito tributário diante da não entrega das cópias do processo de restituição requeridos;
- A Impossibilidade da determinação do estorno do crédito tributário, dado a ocorrência da homologação tácita, nos termos do §1º do art. 90 do RICMS/CE, não

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conselho de Recursos Tributários

podendo a administração quando já passados mais de 4 anos, de referida data querer cobrá-lo, sob pena de configurar a insegurança jurídica e concordância com a ineficácia da administração.

No mérito

- A improcedência da autuação em razão do direito creditório e da inaplicabilidade do art. 166 do CTN para fundamentar a decisão administrativa de restituição do ICMS indevidamente pago e por conseguinte o reconhecimento do direito creditório, bem como pela aplicação do §7º do art. 150 da CRFB combinado com o art. 10 da LC 87/96, dado que a sistemática da substituição tributária é definitiva, uma vez realizada dar-se-ia por satisfeita a obrigação tributária, não havendo que se falar em improcedência do pedido de restituição.

1.4. Julgamento de 1ª Instância

Ao analisar os autos, entendeu a Ilustre Julgadora de 1ª Instância, por JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO FISCAL, nos termos da seguinte ementa:

Julgamento nº. 828/2022

EMENTA: ICMS. LANÇAR CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS – APÓS REAPURAÇÃO DA CONTA GRÁFICA. A empresa consignou em outros créditos da EFD valores referentes a processo de restituição de ICMS, no importe de R\$ 247.455,28 e que após reapuração ocasionou crédito indevido no valor de R\$ 9.076,41 (nove mil setenta e seis reais e quarenta e um centavos) e multa de igual valor. Pedido de nulidade afastado. AUTUAÇÃO PROCEDENTE, por infringência ao art. 90, § 2o do RICMS com sanção no art. 123, II, “a” da Lei no 12.670/96 alterado pela Lei no 13.418/2003.

Para tanto, resumidamente expôs o seguinte:

- Que apesar da alegação de nulidade por cerceamento de defesa, que o contribuinte discorreu sobre vários pontos da ação fiscal e de sua motivação, restando injustificada a alegação de cerceamento de defesa e do contraditório por tê-la de fato exercido.
- Que o contribuinte e não comprova suas alegações ao ponto de corroborar com as mesmas ao ponto de convencer o julgador;
- Que a homologação tácita reclamada pelo contribuinte não se operou no caso em comento e que o aproveitamento do crédito é condicionado a decisão posterior nos termos da legislação mencionada, tendo o fisco o prazo de 5 anos para proceder com o lançamento levado a efeito pelo contribuinte, restando pela improcedência das alegações do contribuinte e pela constatação da violação às normas do ICMS, por conseguinte na sanção descrita no art. 123, II “a” da Lei 12.670/96.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

1.5. Interposição de Recurso

Intimado da r. Decisão, irresignado, o Contribuinte apresentou o presente recurso voluntário, (fls.,) cujos termos basicamente reiteram a impugnação apresentada, nos termos seguintes:

- Tempestividade do Recurso;
- Impossibilidade da lavratura do auto de infração e de exigência de estorno do crédito quando ultrapassado o prazo legal, fazendo referência ao disposto nos Incisos I, II e III, §1º do art. 89 e art. 89§1º do art. 90 do RICMS/CE, suscitando que entre a data do pedido de restituição e a decisão de improcedência transcorreram mais de 4 (quatro) anos, restando configurada a concordância tácita do pedido formulado, o que ainda configura, caso mantida a insegurança jurídica e a ineficiência estatal;
- Plena possibilidade de tomada do crédito tributário efetuado pelo Contribuinte IMIFARMA, impossibilidade de a decisão aplicar o art. 166 do CTN face ao disposto no §7º do art. 150 da CRFB e no art. 10 da Lei Kandir (87/96);
- Ao final requereu o provimento do recurso interposto, por conseguinte a reforma da r. decisão de 1ª instância.

Autuado o recurso do contribuinte os autos restaram distribuídos para julgamento por essa Colenda Câmara, não houve pedidos de perícias ou de diligências.

É o relatório

2. VOTO DO RELATOR

Inicialmente, importante dispor que a matéria constante dos presentes autos, foi amplamente debatida e decidida em sessões anteriores deste Contencioso, tendo as mesmas, salvo os valores, nº de processos e dos atos administrativos, semelhantes para não dizer idênticas, razões tanto de autuação, quanto de defesa e de decidir.

Neste sentido, trata o presente de Recurso Ordinário interposto pelo Contribuinte em razão da r. decisão administrativa de 1ª instância que julgou procedente o auto de infração lavrado em face da Empresa sob o argumento de Crédito Indevido de ICMS, Parcialmente Aproveitado, sem o respectivo estorno, relacionado ao período de janeiro a dezembro de 2017 tido como indevido em decorrência da decisão de indeferimento exarada pela Autoridade Fazendária nos autos do Processo de Restituição de ICMS nº. 7014668/2016 da qual o Contribuinte foi devidamente intimado resultando na infração ao disposto nos arts. §2 do art. 90 do RICMS/CE, sendo-lhe imposta a penalidade prevista no art. 123, II, "A" da Lei 12.670/96 no valor de R\$ 18.152,82 (principal + multa).

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conselho de Recursos Tributários

2.1. Tempestividade do recurso e capacidade processual.

Considerando as informações constantes dos presentes autos, relacionadas às datas de intimação da decisão recorrida e do protocolo do presente recurso ordinário, à luz do disposto nos art. 51, caput e parágrafos e art. 52 da Lei n.º. 18.185/22, bem como o disposto na norma revogada (Lei 15.614/14) tem-se o presente recurso como TEMPESTIVO.

A Recorrente (pessoa jurídica de direito privado), por sua vez, se faz representada por Advogado legalmente constituído, restando, portanto, caracterizada a respectiva representação processual.

2.2. Preliminar de Nulidade – Alegação de Cerceamento de Defesa e do Contraditório

Ao impugnar o auto de infração, por conseguinte, o próprio lançamento do crédito tributário, reiterando-a suas alegações em sede recursal, seguindo a mesma linha e argumentos em outras impugnações e recursos em favor de outras unidades da Recorrente.

O Contribuinte, em sede de preliminar, reclama da NULIDADE da autuação fiscal por cerceamento de defesa e do contraditório, em razão, de até então, seus pedidos de cópias do processo administrativo do Pedido de Restituição não terem sido atendidos ou respondidos pela autoridade administrativa, os quais lhe “permitiriam” recorrer da decisão administrativa em referido procedimento que lhe negara o direito creditório, além de “comprová-lo”.

Nesta linha, inicialmente, à luz da impugnação do Contribuinte, importante destacar que os atos da ação fiscal são previstos no art. 40 e seguintes do Decreto n.º. 32.885/18, que regulamentou a Lei n.º. 15.614/17, vigentes à época do lançamento impugnado, in verbis:

Art. 40. Formaliza-se a exigência do crédito tributário lançado no auto de infração pela intimação feita ao sujeito passivo, seu mandatário, responsável ou preposto.

§ 1º A assinatura do auto de infração pelo sujeito passivo, seu mandatário, responsável ou preposto não implica confissão irretratável da dívida, assim como sua recusa não acarreta a nulidade do respectivo auto ou agravamento da penalidade.

§ 2º Todos os documentos, livros, impressos, papéis, inclusive arquivos eletrônicos que serviram de base à ação fiscal devem ser mencionados na informação complementar e anexados ao lançamento de ofício, respeitada a indisponibilidade dos originais, se for o caso.

Art. 41. O auto de infração a que se refere o artigo anterior será gerado por meio de sistema eletrônico corporativo e deve conter os seguintes elementos:

(...)

VIII - período fiscalizado;

IX - qualificação do sujeito passivo;

X - relato da infração;

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

- XI - valor total do crédito tributário devido, especificando o imposto, multa, base de cálculo, quando for o caso, alíquota, ou percentual utilizado na apuração da infração;
- XII - período a que se refere à infração;
- XIII - prazo para pagamento ou apresentação de impugnação;
- XIV - indicação dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e da respectiva penalidade;

A par das exigências acima, compulsando os presentes autos é possível constatar que todas as informações e documentos que serviram como base para a autuação impugnada se encontram presentes, de forma clara e devidamente fundamentada, os fatos e motivos foram expostos ao Contribuinte e a esse disponibilizados todas as informações, planilhas e documentos, especialmente os relacionados a infração tributária observada, qual seja a “ausência de estorno do crédito de icms tido por indevido”, bem como a sua demonstração e quantificação, com suas respectivas planilhas.

Neste ponto, importante dispor que as informações e os valores dos créditos lançados pela fiscalização, foram extraídos do próprio documento eletrônico SPED Fiscal da Impugnante, não restando, portanto, como reconhecer e/ou declarar a alegada nulidade da ação fiscal por cerceamento de defesa e do contraditório.

Aliado ao acima, tem-se a seguinte Resolução:

EMENTA: ICMS - EXTRAVIO DE DOCUMENTOS - ARBITRAMENTO - NULIDADES AFASTADAS. 1. Afastadas as preliminares de nulidade dado que foram cumpridas e seguidas todas as exigências formais e materiais do lançamento. 2. Rejeitado o pedido de afastamento da taxa recursal, sob o fundamento de que se trata de matéria constitucional, sendo o presente órgão incompetente para sua análise nos termos do art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/2014. 3. O extravio de documentos fiscais leva ao arbitramento do valor das operações para fins de aplicação de penalidade, nos termos do art. 37, I, da Lei nº 12.670/96. 3. Recurso Ordinário conhecido e improvido. 4. Decisão proferida em 1ª Instância mantida. 5. Auto de Infração julgado inteiramente PROCEDENTE, por unanimidade de votos, com esteio no Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pela douta PGE. 6. Penalidade do Art. 123, inciso IV, "k" da Lei nº 12.670/96. (Resolução nº. 0007/2021 – 2ª Câmara. Conselheiro Relator: José Alexandre Goiana de Andrade.

Por oportuno, a alegação de que a empresa teria sofrido um ataque “hacker” ocasionando a perda de dados e informações quanto a apuração do suposto crédito, motivo pelo qual formulou os pedidos de cópia do processo de restituição não se sustenta, a medida em que o crédito lançado foi extraído dos arquivos eletrônicos de SPED da própria empresa, os quais poderiam ser estornados quando da intimação para tanto, o que não cuidou em fazer ou atender.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conselho de Recursos Tributários

Ademais, da leitura dos documentos juntados pelo Contribuinte não é possível concluir o ter por comprovado a extensão do “dano” causado pelo aludido ataque “hacker” conforme aduz, haja vista que o comunicado a que faz referência não trata de referida extensão e nem das empresas efetivamente atingidas.

O próprio Contribuinte, nos presentes autos, aduz que pretensa nulidade derivaria do não atendimento, em outro procedimento administrativo, de solicitações de cópias do processo administrativo de Pedido de Restituição - julgado Improcedente - para o fim de comprovar o direito ao crédito de ICMS, cuja decisão, diga-se, ao tempo já era definitiva.

E, sobre esse ponto, importante dispor sobre a obrigatoriedade e o prazo de guarda dos documentos fiscais pelo prazo, digo mínimo, de 05 (cinco) anos contados do exercício seguinte ao do lançamento do crédito tributário e quando descartados, deve-se ter por registrado e anotado no Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência, além da respectiva comunicação ao fisco, salvo na hipótese em que houver lançamento por auto de infração, caso em que a guarda deve ocorrer até o final da solução final e definitiva do processo administrativo tributário. É o que dispõe, sobre o prazo, o art. 421 do Decreto Nº 24.569/97 - RICMS, in verbis:

Os livros e documentos fiscais e contábeis, inclusive gravados em meio magnético, que serviram de base à escrituração, serão conservados em ordem cronológica, salvo disposição em contrário, pelo prazo decadencial do crédito tributário, para serem exibidos ao Fisco, quando exigidos.

Referido prazo decadencial, como dito, é de 5 (cinco) anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (CTN, art. 173).

Dito isto, verifico que a ação fiscal atendeu aos requisitos legais, bem como que se encontra devidamente fundamentada, tendo ainda o Contribuinte pleno conhecimento da motivação da autuação impugnada e dos documentos que lhe deram suporte, nos termos do art. 43, II c/c com o arts. 41 e 42 do Decreto 32.885/18, vigentes à época da autuação, afasto a preliminar de nulidade alegada por cerceamento de defesa e do contraditório por entendê-la improcedente e por sua inócência.

2.3. Da Preliminar – De Impossibilidade do Lançamento Por Concordância Tácita do Crédito – Prazo Legal Ultrapassado.

Em sua impugnação, ratificada no recurso voluntário o Contribuinte discorre sobre a “Impossibilidade de Lavratura do Auto de Infração e Exigência de Estorno do Crédito Tributário Quando Ultrapassado o Prazo Legal”.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conselho de Recursos Tributários

Primeiramente, importante dispor não ser esse o caminho ou o recurso para que o Contribuinte possa impugnar a r. decisão administrativa, de indeferimento de restituição do crédito de ICMS, que entende contrária aos seus interesses, nem mesmo em razão de suposta “concordância tácita” do crédito tomado que alega ter ocorrido, mesmo que a autuação ora impugnada, de certa forma, derive do entendimento fixado em aludido processo administrativo, por serem esses processos e procedimentos autônomos e independentes.

O fato é que o Contribuinte, através do Processo Administrativo nº. 7014668/2016 requereu a Restituição de Crédito de ICMS, o qual conforme o Parecer CECON nº. 3518/2021 restou indeferido, conforme lhe foi devidamente noticiado através do Termo de Intimação nº. 2021.95878, através da qual lhe fora determinado o estorno do crédito de ICMS eventualmente aproveitado nos termos do §2º do art. 90 do RICMS/CE, decisão essa, salvo outro fato desconhecido por esse julgador, juntada ou comprovada nos presentes autos, permanece na forma em que foi exarada, portanto inalterada, válida e eficaz, como também se verifica uma vez intimado da r. decisão e da determinação de estorno do crédito tomado assim não procedeu.

Desta forma, não se pode falar na Impossibilidade do Lançamento Tributário levado a efeito através do Auto de Infração ora impugnado. Ademais, o lançamento tributário não é um ato discricionário do agente público, o qual uma vez designado e diante do respectivo Mandado de Procedimento Fiscal, constatando a ocorrência de infração à legislação tributária, solução outra não lhe cabe não proceder com a respectiva autuação e lançamento nos termos da legislação vigente.

Neste sentido o art. 142 caput e parágrafo único do CTN dispõe do seguinte:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Noutro ponto, o Contribuinte discorre sobre a ocorrência da “concordância tácita” ao alegar que a decisão administrativa de improcedência do pedido de restituição do crédito de ICMS teria ocorrido mais de 4 (quatro) anos após esse ter sido tomado, fundando referido entendimento à luz do disposto no §1º do art. 90 do Decreto nº. 24.569/97, que transcreveu:

“Art. 90. A restituição será autorizada pelo Secretário da Fazenda e somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conselho de Recursos Tributários

§1º. Formulado o pedido de restituição, e não tendo o Secretário da Fazenda deliberado a respeito no prazo de noventa dias, o Contribuinte poderá compensar o valor pago indevidamente no período de apuração seguinte, salvo quanto ao recolhimento decorrente de auto de Infração, inclusive com retenção de mercadoria.”

No entanto, uma simples leitura do §2º do art. 90 do RICMS/CE basta para a compreensão de que referida autorização para compensação é SOB CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA, ou seja, até que sobrevenha decisão administrativa em sentido contrário, como ocorreu no caso em comento, cabe ao Contribuinte prosseguir com o estorno do crédito tomado conforme lhe determinado naqueles autos e a recolher o tributo eventualmente não recolhido ou compensado, veja:

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecurável, o contribuinte, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno do crédito lançado, devidamente atualizado, quando for o caso, com o pagamento de multa e juros cabíveis.

Noutro ponto, é sabido que nos termos do art. 150, §4º do CTN o direito da administração em lançar o crédito tributário é de 5 (cinco) anos e, tendo referida decisão de improcedência com a determinação de estorno ocorrido dentro de referido prazo, não há que se falar em morosidade da administração, ilegitimidade do crédito lançado, quebra de confiança, decadência tributária etc., tais quais alegadas pelo Contribuinte nos presente autos.

Dito isso, à luz do §2º do art. 90 do RICMS/CE e do disposto no §4º do art. 150 do CTN, afastado a preliminar de “impossibilidade do lançamento por concordância tácita do crédito – prazo legal ultrapassado.

2.4. Questões de mérito.

Em suas razões de mérito, o Contribuinte defende que a decisão administrativa que julgou improcedente o seu pedido de crédito, anexa a sua defesa (impugnação), fundada no art. 166 do CTN seria contrária ao disposto no §7º do art. 150 da CRFB e no art. 10 da chamada lei Kandir, e que uma vez reconhecida essa contrariedade, restaria o seu direito ao crédito de ICMS e por consequência a improcedência da presente autuação.

No entanto e, apesar deste Conselheiro possuir interpretação particular sobre a aplicação do art. 166 do CTN, em razão da súmula 546 do STF, considerando até mesmo a época em que foi introduzida no ordenamento jurídico (1969) bem como as decisões proferidas ao longo dos anos tanto pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça e Egrégio Supremo Tribunal Federal, cumpre observar que as exigências contidas no art. 166 do CTN, prova do ônus do encargo ou autorização para reavê-lo, é também prevista no art. 90 do Decreto nº. 24.569/97 (já transcrito pelo próprio Contribuinte em sua defesa/recurso), portanto, ao mesmo cumpriria o seu atendimento.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conselho de Recursos Tributários

De sorte que, não tendo o Contribuinte logrado êxito em comprovar referido ônus ou autorização perante a autoridade nos autos do processo administrativo (pedido de restituição) nº. 7014668/2016 conforme o Parecer CECON nº. 3518/2021 do qual foi devidamente intimado através do Termo de Intimação nº. 2021.95878, não pode agora, nos presentes autos, reclamar de aludida decisão alegando a sua improcedência ou ilegalidade para querer fazer valer pretensão crédito.

Outrossim e, também por se tratar de decisão administrativa proferida por autoridade fiscal, legalmente constituída e capaz, em outro procedimento administrativo diverso do presente, não pode esse Julgador afastar ou negar-lhe vigência, quanto mais as normas legalmente vigentes, ditas como contrárias a CRFB e a Lei Kandir como reclama o Recorrente, quanto mais anular ou reformar referida decisão, para pôr conseguinte validar suposto crédito tributário, caso entenda-se por ele.

Neste sentido vale transcrever o disposto no art. 2º e incisos e art. 62 da Lei 18.185/2022, no art. 78 do Decreto 35.010/2022 e, na Súmula 11 do CONAT, in verbis:

Art. 2º Compete ao Conat decidir as seguintes questões, todas relacionadas com a lavratura de auto de infração:

I - exigência de tributos estaduais;

II - aplicação de penalidade pecuniária;

III - imputação de responsabilidade por infração à legislação tributária;

IV - processo especial de restituição nos litígios fiscais entre sujeitos passivos de obrigação tributária e o Estado do Ceará.

Art. 62. Fica vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob fundamento de inconstitucionalidade.

Art. 78. Fica vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob fundamento de inconstitucionalidade.

Na mesma linha:

ICMS - OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL - FALTA DE RECOLHIMENTO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. 1 - Acusação de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária referente às operações com o produto álcool etílico hidratado combustível no exercício de 2014. 2. No levantamento quantitativo de estoque de mercadorias constatou-se saídas em volumes superiores aos das entradas do produto. 3. Preliminares de nulidades e pedido de perícia afastados. 4. A alegação de caráter confiscatório da multa aplicada foi rejeitada, **considerando o disposto no art. 48 da Lei nº. 15.614/2014**. 5. Dispositivos infringidos: art. 73, 74 e 431, § 3o. do Decreto 24.569/97 e penalidade nos termos do art. 123, I, "c", da Lei 12.670/96. 6. Recurso Ordinário conhecido e negado provimento, confirmando-se a decisão condenatória exarada em la Instância. 7. Decisão à unanimidade de votos e de acordo com o parecer da assessoria tributária e manifestação oral do ilustre representante da Procuradoria Geral do Estado. (Resolução nº. 0008/2022 – Relatora Maria Elineide Silva e Souza) negritei.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Por fim, considerando as disposições legais vigentes, uma vez indeferido o Pedido de Restituição por autoridade competente, em processo autônomo e distinto do presente no qual não há previsão de recurso específico, caberia a IMIFARMA, socorrer-se do Poder Judiciário ou até mesmo ingressar, naqueles autos, com um pedido de reconsideração que embora não tenha efeito suspensivo, mediante a comprovação que lhe foi exigida, buscar a sua reforma, não podendo esse Conselho de Recursos Tributários afastar a decisão proferida no Processo de Restituição de ICMS Nº 7014668/2016, ou mesmo, como já dito, afastar as normas até então vigentes sob pena de violação de poder.

Deste modo, restam improcedentes as razões de mérito reclamadas pelo Contribuinte à luz das razões e disposições legais descritas mais acima, restando evidenciado a infração ao disposto nos art., 64, 65, 66 e §2, art. 90 todos do RICMS/CE, com a sanção prevista no art. 123, II, “a” c/c §5º II, da lei nº. 12.670/96 alterada pela lei 16.258/17.

Por todo o exposto, VOTO pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Ordinário, para julgar a atuação fiscal procedente, consolidando a decisão de 1ª instância quanto a procedência da atuação e pela sanção aplicada tal qual prevista no art. 123, II, “A” c/c §5º, II da Lei 12.670/96 alt. pela Lei 16.258/17, sem prejuízo do respectivo e devido estorno do crédito.

3. DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Período	Valor do ICMS (Crédito Indevido Aproveitado)	Valor da Multa Aplicada
jan/17	645,11	645,11
fev/17	545,92	545,92
mar/17	-	-
abr/17	-	-
mai/17	-	-
jun/17	221,02	221,02
jul/17	440,86	440,86
ago/17	241,39	241,39
set/17	209,78	209,78
out/17	4.768,23	4.768,23
nov/17	622,39	622,39
dez/17	1.381,71	1.381,71
Total	9.076,41	9.076,41

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

4. DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/333/2022 – Auto de Infração: 1/202200599. Recorrente: IMIFARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTICOS S/A. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relator: CONSELHEIRO RENAN CAVALCANTE ARAÚJO.

Decisão: A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, para deliberar sobre as seguintes questões: **1. Com relação ao argumento de violação à ampla defesa** – Foi afastado, por unanimidade de votos, tendo em vista não ser mais cabível em sede de ação fiscal restrita e no âmbito do Processo Administrativo Tributário questionamento acerca da legitimidade do crédito indeferido em procedimento de restituição/consulta a Catri/Cecon. Observa-se que a autuada não apresentou pedido de reconsideração nos termos do art. 895 do Dec. 24.569/1997. Cumpre, ainda, ressaltar que o Termo de Intimação foi emitido para efetuar o estorno do crédito e o autuado se absteve de cumprimento. Ressalte-se ainda, que o autuado tem acesso ao Sped onde consta todas as notas fiscais de entrada e saída de forma detalhada. **2. Quanto a alegação de decadência do direito do Fisco efetuar o lançamento** – Foi afastada por unanimidade de votos, considerando que o lançamento ocorreu dentro do prazo decadencial de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. **3. Quanto ao argumento de que se operou a homologação tácita do pedido de restituição formulado pelo contribuinte, nos termos do art. 90, § 1º do Decreto nº 24.569/1997, sendo impedido o Fisco de exigi-lo quando ultrapassado o prazo de 90 dias** – Afastado, por unanimidade de votos, tendo em vista que existe a previsão, no § 2º do citado artigo, da obrigação de estorno do crédito em caso de indeferimento. No presente processo observa-se que o autuado foi intimado a estornar o crédito objeto da autuação, entretanto não realizou. **4. No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** exarada em 1ª Instância, mantendo a penalidade prevista no art. 123, II, “a”, § 5º, inciso II, da Lei nº 12.670/1996, com alterações da Lei nº 16.258/2017, observando a necessidade de estorno do crédito considerado indevido, nos termos da Portaria Conat 02/2005. **5. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.**

Presentes a 25ª (*vigésima quinta*) Sessão Ordinária da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, sob a Presidência da Sra. Maria Elineide Silva e Souza, os Conselheiros Ana Carolina Cisne Nogueira Feitosa, Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, Henrique José Leal Jereissati, Renan Cavalcante Araújo, André Carvalho Alves e Robério Fontenele de Carvalho. Também presente, o Procurador do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade. Presente ainda, secretariando os trabalhos da Câmara, a Sra. Silvana Rodrigues Moreira de Souza.

SALA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIO, em Fortaleza/CE, aos 05 de junho de 2023.

Renan Cavalcante Araujo
CONSELHEIRO RELATOR

Maria Elineide Silva e Souza
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA