



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
*Secretaria da Fazenda
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento*

RESOLUÇÃO Nº:009...../2016
186ª SESSÃO ORDINÁRIA de 18 de novembro de 2016.
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/1500/2013
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201305340
RECORRENTE: NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR: MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO.

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Contribuinte deixou de estornar o crédito proporcional do ICMS (58,82%), nas entradas de produtos da Cesta Básica - Leite em Pó, no período de 05/2008 a 12/2008. Recurso Ordinário conhecido e não provido. Confirmada a decisão de 1ª Instância – **AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.** Decisão unânime e amparada nos Art. 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no Art. 123, I, "c" Lei nº 12.670/96, conforme manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Presente, para apresentação de sustentação oral do recurso, o representante legal da autuada, Dr. Flávio Basile.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra a empresa: **NESTLÉ BRASIL LTDA.**

"Falta de recolhimento do Imposto no todo ou em parte, inclusive o devido por Substituição Tributária, na forma e nos prazos regulamentares. A empresa deixou de estornar o crédito proporcional do ICMS nas entradas do item Leite em Pó, por tratar-se de produto da cesta básica com redução na base de cálculo do ICMS por ocasião das saídas em 58,82%. Diante desta constatação foi refeita a conta gráfica ICMS 2008, conf. Informações e doc. anexos."

ICMS: R\$ 3.819.215,75

MULTA: R\$ 3.819.215,75

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos: Art. 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, I, "c" Lei nº 12.670/96.

R

O processo esta instruído com as Ordens de Serviço nºs: 2012.27655 e 2012.01007, Termos de Início de Fiscalização nºs: 2012.24952 e 2013.02722, Termo de Intimação, e Termo de Conclusão, Conta Gráfica de Apuração do ICMS ano 2008; CD com arquivos dos Livros Fiscais e Demonstrativo do Estorno de Crédito do ICMS – Notas Fiscais de Entrada – Leite em Pó; Termo de disponibilização de documentos e entrega de arquivos; Protocolo ICMS 12/96; Telas das DIEFs; cópias das Notas Fiscais de Entrada e Saída de Leite em Pó.

A autuada apresentou defesa, contestando feito fiscal, alegando:

1 - que o Convênio 128/1994 autoriza os Estados da Federação a estabelecerem carga tributária mínima de 7% sobre suas operações internas, não determinando o estorno proporcional. Referido convênio foi ratificado no âmbito estadual pelo art. 41 do Decreto nº 24.569/97. Entretanto, o art. 66, inciso V restringiu o benefício concedido, de forma a exigir a anulação proporcional do crédito, quando a saída posterior ocorrer com redução de carga tributária;

2 - que a cláusula primeira do Convênio 128/94 prevê expressamente autorização dos Estados para deixarem de exigir a anulação proporcional do crédito, dessa forma a limitação integral do crédito do ICMS na aquisição de produtos da cesta básica é indevida;

3 - que a jurisprudência do STF confirma tal argumento no Recurso Extraordinário 1310031/MG e que a vedação ao crédito é admitida somente nos casos de isenção ou não incidência;

4 - que o Convênio 128/94 não prevê o estorno dos créditos de ICMS relativos a produtos da cesta básica;

Requer, ao final, que seja julgado Improcedente o auto de infração em tela.

O processo foi julgado procedente em 1ª Instância, conforme decisão de fls. 224/231 dos autos.

O contribuinte inconformado com a decisão condenatória exarada em 1ª Instância interpôs recurso ordinário, (235/250) reiterando os argumentos apresentados na impugnação.

Por meio do Parecer nº. 381/2015, a Consultoria Tributária opinou no sentido de conhecer do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento e confirmar a decisão de procedência proferida em 1ª Instância em conformidade com a Procuradoria Geral do Estado lançado às fls. 2651/269 dos autos.

È o relatório.

VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração, ora em julgamento, fora lavrado sob o fundamento de que o contribuinte acima nominado deixou de estornar o crédito proporcional do ICMS nas entradas do produto Leite em Pó. Trata-se de produto da cesta básica com redução na base de cálculo do ICMS por ocasião das saídas em percentual de 58,82%.

A Lei 12.670/96 em seu artigo 54, V, estabelece que: “O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do ICMS de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de operação ou prestação subsequente com redução de base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução”.

O agente fiscal explicitou nas informações complementares, que o contribuinte se creditou indevidamente de ICMS relativo às operações de aquisições interestaduais de produtos da Cesta básica – Leite em Pó cuja base de cálculo é reduzida em 58,82% nas saídas subseqüentes, nos termos do art. 41 do Decreto nº 24.569/97.

Art. 41. Nas operações internas e de importação com os produtos da cesta básica, a base de cálculo do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS será reduzida em:

(...)

II - 58,82% (cinquenta e oito vírgula oitenta e dois por cento), para os seguintes produtos:

(...)

(r) leite em pó:

Segundo, ainda, o autuante, não foi constatado o estorno de crédito do ICMS proporcional à redução da base de cálculo (em 58,82%), de acordo com o dispositivo legal acima infringido, ficando caracterizado o crédito indevido, implicando em falta de recolhimento do ICMS no exercício de 2008.

Portanto, a empresa adquirente não poderia lançar como crédito fiscal, sem o devido estorno do ICMS incidente sobre a aquisição de produtos integrantes da lista da cesta básica, elencadas na legislação tributária, que no caso específico trata-se de Leite em Pó.

Em sua defesa, a recorrente alega que a cláusula primeira do Convênio 128/94 prevê expressamente autorização dos Estados para deixarem de exigir a anulação proporcional do crédito, dessa forma a limitação integral do crédito do ICMS na aquisição de produtos da cesta básica é indevida; além disso, a jurisprudência do STF confirma tal argumento no Recurso Extraordinário 1310031/MG e que a vedação ao crédito é admitida somente nos casos de isenção ou não incidência.

O parágrafo primeiro da cláusula primeira do Convênio nº 128/94, autoriza os Estados da Federação não exigir a anulação proporcional do crédito previsto no inciso II do art. 32 do Convênio ICM 66/88.

Portanto, é facultado aos Estados exigir ou não a anulação proporcional do crédito tributário. A legislação do Estado do Ceará estabeleceu pela regra do art. 66 V do RICMS-CE, que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do ICMS de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento for utilizada como insumo ou objeto de operação subseqüente com redução de base de cálculo, hipóteses em que o estorno será proporcional à redução.

Art. 66. Salvo disposição da legislação em contrário, o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do ICMS de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento ou o serviço tomado:

(...)

V - for utilizada como insumo ou objeto de operação ou prestação subseqüente com redução de base de cálculo, hipóteses em que o estorno será proporcional à redução.

Ressalta-se, ainda, que essa faculdade concedida aos Estados não é inconstitucional como aduz a recorrente. O pleno do Supremo Tribunal Federal pacificou essa questão no Recurso Extraordinário RE 351377, abaixo transcrito:

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – BASE DE CÁLCULO REDUZIDA – EXIGÊNCIA DE ESTORNO. O Pleno, no Recurso Extraordinário nº 635.688/RS, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, assentou não conflitar com a Carta da República a exigência de contribuinte efetuar o estorno de créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, oriundos das entradas de mercadorias, proporcional à redução de base de cálculo relativa às operações de saída. Ressalva da óptica pessoal.

(RE 351317 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 17-12-2014 PUBLIC 18-12-2014)

Desta forma, deve-se reconhecer a ocorrência da infração à legislação tributária indicada pelo Auditor Fiscal que culminou na lavratura do presente Auto de Infração, consistente no "aproveitamento indevido do ICMS, em decorrência da não realização do estorno exigido pela legislação tributária, no período de 2008, uma vez que se creditou indevidamente de ICMS proveniente das operações com produtos da cesta básica, implicando em falta de recolhimento do imposto devido.

Pelo exposto, fica o contribuinte autuado sujeito à penalidade incerta no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03 para o período de maio a dezembro de 2008.

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas "d" e "e" deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto;

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$ 3.819.215,75
MULTA	R\$ 3.819.215,75
TOTAL	R\$ 7.638.431,50

É o voto.



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **NESTLÉ BRASIL LTDA** e recorrido: **CÉLULA DE JULGAMENTO 1A INSTÂNCIA**.

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, resolve por unanimidade de votos, negar-lhe provimento, confirmando a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em conformidade com o parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Presente, para apresentação de sustentação oral do recurso, o representante legal da autuada, Dr. Flávio Basile.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 12 de 01 de 2016.

Francisca Marta de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Antônia Milguelias Menescal
Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

Maíneus Mano Neto
Procurador do Estado

Anneline Magalhães Torres
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Ciente em:
12-01-16