



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO N° 146/2021

33ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 07/06/2021

PROCESSO N°: 1/1062/2018

AI: 1/2017.23140

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: CARLOS CÉSAR QUADROS PIERRE

**EMENTA: ICMS – JULGAMENTO – PRIMEIRO GRAU –
OBSCURIDADE – NULIDADE – RETORNO.**

1. Acusação de falta de recolhimento do ICMS. 2. Artigos infringidos: Art. 73 e Art. 74 do Decreto 24.569/97. Com penalidade apontada: Art. 123, I, C, da Lei 12.670/96, alterado p/ Lei 13.418/03. 3. Quando há obscuridade no julgamento singular é dever anular tal julgamento; com retorno dos autos para novo julgamento. 4. Decisão por unanimidade de votos, nos termos do voto do conselheiro relator, referendado em manifestação oral, pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRA-CHAVE: NULIDADE, JULGAMENTO, RETORNO.

RELATÓRIO:

O presente processo trata da acusação de falta de recolhimento do ICMS, nos valores discriminados nas contas gráficas refeitas, relativa aos exercícios de 2013 e 2014, em virtude do não estorno de produtos da cesta básica (leite em pó) e lançamentos a maior na apuração.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

Assim descreve o relato da Infração:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER OS ICMS, NOS VALORES DISCRIMINADOS NAS CONTAS GRAFICAS REFEITAS, DO EXERCICIO DE 2013 E 2014, EM VIRTUDE DO NAO ESTORNO DE PRODUTOS DA CESTA BASICA (LEITE EM PO) E LANÇAMENTOS A MAIOR NA APURACAO, CONFORME NFE'S COMPLEMENTARES, DOCUMENTOS E INF.COMPLEMENTAR ANEXA.”

Artigos infringidos: Art. 73 e Art. 74 do Decreto 24.569/97. Com penalidade apontada: Art. 123, I, C, da Lei 12.670/96, alterado p/ Lei 13.418/03.

A recorrente apresentou Impugnação em 24/01/2018 (Fls. 06/84), alegando em síntese:

- a) a requerente foi autuada por supostamente não ter estornada créditos de ICMS em períodos fiscais de 2013 e 2014, relativos a aquisições de leite em pó, que foi revendido posteriormente com redução de base de cálculo (cesta básica), de que resultou em diferenças a pagar de impostos (ICMS—ST), nos meses de Jan a Dez/2014, em montante de R\$ 4.092.914,17 (e multa de igual valor), com fundamento no Regulamento do ICMS (Dec. 24.569/97, art. 43, I, 's' e art. 66, V);
- b) a exigência é absolutamente improcedente, vista que, se as alíquotas efetivas de crédito não ultrapassarem 7% do valor da operação, desnecessário é a estorno proporcional determinada pelo RICMS/Ce (art. 66, inc. v), já que foi igual ou menor que o valor do ICMS debitado nas operações de saída promovidas pela requerente;
- c) ainda que assim não fosse, a autuação também deve ser desconsiderada, já que viola a princípio da não-cumulatividade do ICMS, pela qual está autorizada a creditar-se do valor total do



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

imposto cobrado sobre as entradas, para abater o montante do imposto pertinente as saídas subsequentes;

d) além disso, os Estados da Federação estão autorizados (Convenio ICMS 128/94) a estabelecerem carga tributária mínima de 7% do imposto sobre as saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica e (Anexo Único, art. 32, inc. II, do Convenio ICMS 66/88) a não exigir a anulação proporcional dos referidos créditos, pelo que a limitação ao integral aproveitamento dos créditos de ICMS na aquisição de produtos da cesta básica é indevida;

e) em matéria de convênios, a teor da Lei Complementar 24/75, não existe distinção entre convênios autorizativos e impositivos, de modo que o fato do Convenio 128/94 ter-se utilizado do termo "autorizados", não implica que os Estados pudessem, a seu bel-prazer, conceder (ou não) a redução da carga tributária dos produtos em questão ou ainda determinar o estorno do crédito;

f) as mercadorias, como se pode notar do quadro que resume as operações de aquisição de leite em pó promovidas pela requerente (as fls. 70), as alíquotas de ICMS aplicadas sobre as operações com mercadorias provenientes dos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Bahia são igual ou menor do que 7% do valor das aquisições, que é inferior ou igual ao alíquota de ICMS (praticado pela autuada); quanto as operações oriundas da Bahia, em sua quase totalidade houve o estorno proporcional dos créditos de ICMS em percentual de 5%, por força da Instrução Normativa 14/2004 (glosa por benefício concedido na esteira da guerra fiscal), ou seja, aproveitou créditos de ICMS correspondente a 7%;

g) o direito a manutenção integral dos créditos nas operações com produtos da cesta básica decorre do princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto na Constituição Federal (art. 155, II, § I), da Lei Kandir (LC 87/96, arts. 19 e 20) e do Regulamento do ICMS (Dec. 24.569/97, art. 57, II);

h) segundo a CF (art. 155, § 2º, inc. II, alíneas 'a' e somente na hipótese da saída posterior ocorrer com isenção ou não-tributação é que o estorno dos créditos relativos as operações anteriores deve ser efetivado; a redução tributária nas operações com produtos da cesta básica (caso em análise), diferentemente, é modalidade distinta de benefício fiscal (o ICMS é efetivamente devido, embora o seja sobre uma base de cálculo reduzida); essa linha argumentativa tem sido plenamente confirmada pela jurisprudência — STF (RE 161.031/MG e AR RE 240.395/RS) e STJ (STJ, RE 343.800/MG);



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

- i) apesar de comprovada a necessidade de cancelamento integral da exigência imposta, necessário registrar que a multa aplicada no auto de infração (100% do ICMS), além de inadmissível e ilegal, evidencia o caráter confiscatório vedado pela Constituição Federal (art. 150, IV) e confirmado pela jurisprudência (STF, ADI 551/RJ);
- j) requer, por final, que o auto de infração seja julgado (1) improcedente, por todo o exposto (v. item 57, as fls. 83) ou (2) parcial procedente, por não aplicação da multa de 100% (abusiva e confiscatória) e (3) que as intimações relativas a este processo sejam enviados aos endereços constantes do 'item 60' da impugnação (fls. 84).

A Julgadora Singular decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do lançamento, com a seguinte Ementa:

“ICMS. CESTA BASICA. NAO ESTORNO DE CREDITO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.

AUTUAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE.

1. RELATO: A irregularidade apontada pela fiscalização diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, em virtude do não estorno de créditos tomados pelas aquisições de produto da cesta básica, tributado com base de cálculo reduzida.
2. HIPOTESE: O sujeito passivo que creditar-se de ICMS em face da venda de produtos beneficiados por redução de base de cálculo (como os da cesta básica, Dec. 24.569/97, art. 41), deve, por força do mesmo RICMS—CE (art. 66, V), efetuar o estorno do crédito tornado, na mesma proporção do imposto que não tiver sido debitado.
3. FATO: O contribuinte autuado (i) não estornou o ICMS tornado em sua conta gráfica (cf. dispõe o RICMS—CE, art. 41, I, *in fine* c/c art. 66, V), pela aquisição de produto da cesta básica (leite em pó) ou apropriou-se de crédito excepcional (outros créditos) não previsto em lei (sob o argumento de compensação fiscal, por não utilizar a redução prevista em lei). Inadmissível é o crédito extraordinário em face das operações com base cheia (sem redução), pois foi o adquirente da mercadoria (contribuinte de fato) quem suportou o ônus tributário (integral), de que resultaria a impugnante (contribuinte



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

de direito) o enriquecimento ilícito, que nos termos da Lei 8.137/90 (art. 2º, II), constitui crime contra a ordem tributária e econômica.

4. DECISAO: Autuação PARCIAL PROCEDENTE, por não subsistir aspectos formais que permitam declarar a nulidade do auto de infra*, hem assim impossível decidir-se pela Improcedência da autuação. Decisão cabe reexame, nos termos do artigo 104 (caput e § 2º) da Lei 15.614/2014.

Insatisfeita com a decisão singular, a recorrente apresentou Recurso Ordinário (Fls. 130/150) reforçando os argumentos apresentados na impugnação:

A Assessoria Processual Tributária, em seu parecer nº 264/2020, pugna pelo conhecimento do Recurso Ordinário e do Reexame Necessário para dar parcial provimento ao Reexame Necessário e julgar procedente o feito fiscal, alegando:

- Inicialmente, a Recorrente alega que não havia necessidade de realizar o estorno de parte dos créditos das entradas das mercadorias em razão de a carga tributária nessas operações interestaduais ter sido igual ou inferior a 7% (sete por cento).
- Entretanto, a legislação não aponta nenhuma exceção ao dever de estornar proporcionalmente os créditos quando a saída da mercadoria ocorrer com redução da base de cálculo.
- Dessa forma, entendo que a estorno determinado pelo art. 66, V, do RICMS deve ser realizado independente da alíquota efetiva incidente sobre as operações de entrada.
- Em sequência, o Contribuinte aduz que já havia realizado o estorno proporcional dos créditos de ICMS, no montante de 5% do valor das operações, em relação as mercadorias provenientes do seu estabelecimento localizado no Estado da Bahia, por força do que determinam a Instrução Normativa 14/2004 ("IN 14/04") e a Norma de Execução 6/2013 ("NE 6/2013"), o que tornaria indevido novo estorno desse valor por meio do presente Auto de Infração.
- Entendo que lhe assiste razão, mas apenas em tese, pois não se verifica nos autos qualquer prova a corroborar a afirmação da Autuada. Cabe aquele que alega demonstrar a fidedignidade de



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

suas elucubrações. Por não haver, no caso concreto, a demonstração do exposto, me parece que o Auto de Infra também é procedente neste ponto.

- Quanto ao entendimento da Recorrente de que o Convenio ICMS 128/94 é impositivo ao deferir aos Estados que deixem de exigir o estorno proporcional dos créditos relacionados a operações sujeitas a redução da carga tributária, não tenho como concordar. A uma, em razão de a norma de regência da matéria, o art. 66, V, do RICMS, dispor exatamente ao contrário do que autoriza a clausula primeira, § 1º, do prefalado Convenio. A duas, porque o próprio citado paragrafo e explicito em sua intenção de deferir, e não de impor, ao utilizar o termo "autorizados" em relação aos Estados e Distrito Federal. A três, tendo em vista que o art. 7º da Lei Complementar nº 24/75, ao dispor que os convênios ICMS obrigam inclusive aos Estados que não se tenham feito representar a reunião de aprovação, não deferiu caráter impositivo a esses instrumentos, mas apenas determinou que os Entes ausentes da Reunião de aprovação não poderiam se indispor ao convenio alegando não ter votado na sua admissão.

- No que concerne as alegações de inconstitucionalidade do art. 66, V, do RICMS e da multa prevista no art. 123, I, c, da Lei nº 12.670/96, tem-se que ambas são normas vigentes, carreando presunção de constitucionalidade. Outrossim, é vedado a este CONAT afastar a aplicação de norma vigente sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/2014.

- No Julgamento Singular também foram afastadas fundamentadamente todas as alegações do Contribuinte. Contudo, por entender que os valores informados na coluna ICMS da planilha de fls. 03 somavam um valor inferior (R\$ 3.323.877,94) ao expresso nessa coluna (R\$ 4.092.914,17), o Julgador de primeira instancia entendeu ser parcial procedente o feito fiscal.

- Todavia, não percebo erro no somatório dos valores informados na coluna ICMS da planilha de fls. 03.

O Parecer da Assessoria Tributária foi acolhido pela douta Procuradoria Geral do Estado — PGE.

Voto do Relator:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Conheço do recurso, posto que tempestivo, e com condições de admissibilidade.

Primeiramente, necessário se faz discorrermos acerca da anulação das sentenças proferidas pela primeira instância.

Percebe-se que o julgadora singular proferiu duas decisões nos autos. Nas folhas 106 a 114, consta decisão de parcial procedência do lançamento, proferida no dia 30 de setembro de 2019; já nas folhas de 115 a 130 consta decisão de procedência do lançamento, proferida no dia 30 de setembro de 2019.

Logo em seguida consta a intimação da contribuinte, dando ciência da segunda sentença que julgou o lançamento procedente.

Contudo, o parecer de folhas 164 é feito com base na primeira decisão, de folhas 106 a 114, que entendeu pela parcial procedência do lançamento.

Deste modo, percebe-se claramente que não se pode precisar qual das duas decisões, que são conflitantes, deve ser considerada como o julgamento de primeiro grau.

Tal fato acarreta um sério cerceamento ao direito de defesa da contribuinte; que não sabe sequer de qual decisão deve recorrer.

Insta trazer à baila as prescrições constantes nos arts. 50 e 51 da Lei nº 15.614/14, *in verbis*:

Art. 50. Os votos proferidos pelos Conselheiros e as decisões prolatadas devem ser fundamentadas, de forma clara e precisa.

Art. 51. A autoridade julgadora de primeira instância observará o disposto no art. 50 e quando, sob a forma expressa ou por meio magnético lavrar a decisão (...).



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

Ante tudo acima exposto, e o que mais constam nos autos, voto pelo provimento do recurso ordinário, no sentido de que seja declarada a nulidade dos julgamentos de primeira instância, com o consequente retorno dos autos para novo julgamento.

DECISÃO:

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do Recurso Ordinário interposto, resolve, preliminarmente a análise de mérito, acatar por decisão unânime a nulidade do julgamento singular por falta de clareza, decidindo pelo **RETORNO A 1ª INSTÂNCIA** para novo julgamento, nos termos do voto do conselheiro relator, referendado em manifestação oral pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Presente a sessão para sustentação oral a representante legal da parte a advogada Dra. Vitória Medeiros de Melo Caballero Chagas.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos _____ de _____ de 2021.

MANOEL MARCELO Assinado de forma digital por
AUGUSTO MARQUES MANOEL MARCELO AUGUSTO
NETO:22171703334 MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2021.09.06 15:20:06 -03'00'

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

PRESIDENTE
CARLOS CESAR Assinado de forma digital
QUADROS por CARLOS CESAR
PIERRE QUADROS PIERRE
Dados: 2021.09.03
19:11:33 -03'00'

Carlos César Quadros Pierre

Conselheiro – Relator

MATTEUS VIANA Assinado de forma digital por
NETO:15409643372 MATTEUS VIANA NETO:15409643372
Dados: 2021.09.09 21:33:40 -03'00'

Matteus Viana Neto

Procurador do Estado

Ciente: ____/____/____