



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº.: 219/2021 63ª SESSÃO VIRTUAL ORDINÁRIA: 15.09.2021
PROCESSO Nº.: 1/2748/2019 AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/201904047-1
RECORRENTE: NESTLÉ BRASIL LTDA. CGF Nº.: 06.212.183-9
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ WILAME FALCÃO DE SOUZA

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO - FALTA DE ESTORNO. A empresa deixou de recolher ICMS por falta de estorno de créditos fiscais relativos às aquisições de mercadorias e respectivos serviços de transporte em razão da previsão de redução da base de cálculo em 58,82% nas saídas. Infringido o art. 66, inciso V do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no art. 123, II, alínea 'a', da Lei nº 12.670/96. **PROCEDÊNCIA.**

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL – SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO.

RELATÓRIO:

O auto de infração em lide, peça inicial do processo em análise, denuncia o cometimento da infração abaixo reproduzida:

“CRÉDITO INDEVIDO, ASSIM CONSIDERADO TODO AQUELE ESCRITURADO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO OU DECORRENTE DA NÃO-REALIZAÇÃO DE ESTORNO, NOS CASOS EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO.
A EMPRESA, NO EXERCÍCIO DE 2015, REALIZOU OPER. E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS COM PROD SUJEITOS A RED DA BASE DE CÁLCULO EM 58,82%, SEM TER EFETUADO OS ESTORNOS DE CRED. DEVIDO, GERANDO FALTA DE REC DE ICMS DE R\$1.153.608,27.”

O agente fiscal aponta como dispositivo infringido o artigo 41, inciso I, alínea 'r', artigo 65, inciso I e VI e artigo 66, inciso V, todos do Decreto nº 24.569/97; sugere como penalidade aplicável ao caso a prevista no art. 123, II, 'a', da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003. Destaca o ICMS e a MULTA reclamados, que são em igual valor de R\$1.153.608,27.

Nas Informações Complementares (fls. 03 e 13), o agente fiscal informa, em síntese, que:

a) Do crédito indevido pelas entradas de produtos com saídas com incentivo tributário de redução da base de cálculo em 58,82% (fl.06). Conforme previsto no art. 41, inciso I, alínea "r" do Decreto nº 24.569/97, nas saídas internas do produto "leite em pó" há redução de base de cálculo em 58,82%. Nessa condição e de acordo com o art. 66, inciso V, do Decreto nº 24.569/97 haverá o estorno do crédito de forma proporcional.

b) Do estorno de crédito não efetuado pela prestação de serviços de transporte na entrega de produtos com incentivo tributário de redução da base de cálculo em 58,82% (fl.09). Informa que o contribuinte autuado utilizou empresa prestadora de serviços de transporte que emitiu CT-e com destaque do ICMS sendo o valor objeto de lançamento a crédito de ICMS.

c) Da reconstituição da conta corrente de ICMS (fl.10). Ressalta que efetuou a reconstituição da conta corrente do ICMS em face da inserção de estorno de créditos lançados a menor e falta de estorno de crédito nas prestações de serviços de transporte (CFOP 1353) cujo resultado apresenta falta de recolhimento de R\$1.153.608,27.

Às fls. 31/32 repousam as planilhas que deram azo à lavratura do auto de infração. Às fls. 33 a 54 repousam vários documentos atinentes a ação fiscal e à fl. 55 consta o CD que contém o material produzido no processo de fiscalização.

O contribuinte ingressou com defesa (fls. 64 a 82), tempestivamente, onde apresentou os seguintes argumentos:

I. Da aplicação de alíquota efetiva do ICMS igual ou menor a 7% nas operações autuadas (fl.68).

A recorrente afirma que não promoveu o estorno proporcional dos créditos de ICMS referente às operações com produtos da cesta básica porque, praticamente, sobre a totalidade das aquisições de leite em pó incidiu a alíquota igual ou menor que 7% do valor das operações, no que foi obedecido o limite estabelecido no artigo 66, inciso V, do Decreto nº 24.569/97.

Que em relação as operações tributadas em 12% realizou o estorno proporcional dos créditos de ICMS no montante de 5% do valor das operações.

II. Da inconstitucionalidade do artigo 66, inciso V, do Decreto nº 24.569/97 (fl.70).

Argumenta que o direito integral dos créditos nas operações com produtos da cesta básica é decorrente do princípio da não-cumulatividade do ICMS, conforme previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Que de acordo com a CF, devem ser estornados os créditos relativos às operações anteriores, apenas na hipótese de a saída posterior ser isenta ou não tributada, portanto, a exceção feita a esses casos é inconstitucional.

III. Natureza impositiva do Convênio ICMS 128/94 (fl.76).

Argumenta que a exigência da fiscalização fere a Cláusula Primeira, § 1º, do Convênio ICMS 128/94, o qual dispõe que os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a deixar de exigir o estorno proporcional dos créditos relacionados a operações sujeitas à redução da carga tributária.

IV. Abusividade da penalidade aplicada (fl.79).

Questiona que a multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto é abusiva e contraria o art. 150, IV da Constituição Federal.

O processo foi submetido a julgamento em 1ª instância onde foi proferida a decisão de procedência do auto de infração (fls. 100 a 103v), conforme estampada na ementa a seguir transcrita:

“ICMS. Crédito Indevido lançado e aproveitado em decorrência do não estorno de créditos oriundos de produtos da cesta básica. Exercício: 2015. O agente considerou infringido o art. 41, I, 'r' c/c art. 66, V, ambos do Dec. n. 24.569/97 com penalidade prevista no art. 123 II 'a' da Lei 12.670/96 alterada pela Lei 13.418/03. Auto de Infração Procedente. Defesa Tempestiva.”

Inconformada com a decisão singular, a empresa atuada interpõe Recurso Ordinário (fls. 111 a 121) onde ratifica as razões apresentadas na peça impugnatória e no final requer: - seja o auto de infração julgado improcedente; - subsidiariamente, pleiteia que seja dado parcial provimento ao recurso interposto para afastar a multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto, por ser abusiva e confiscatória.

Às fls. 130 a 134 dos autos consta o Parecer de nº 90/2021, da lavra da Assessoria Processual Tributária, com manifestação pela procedência do feito fiscal, em virtude de constatação de crédito indevido.

Eis o relatório.

VOTO DO RELATOR

Consta do auto de infração em lide que a empresa autuada realizou operações e prestações de serviços com mercadorias sujeitas a redução de base de cálculo em 58,82% e não efetuou o estorno proporcional dos créditos lançados na entrada, ocasionando uma falta de recolhimento do imposto no valor de R\$1.153.608,27.

Por força do disposto no artigo 43, inciso I, alínea 's' da Lei nº 12.670/96 e artigo 41, inciso I, alínea 'r', do Decreto nº 24.569/97, nas operações internas e de importação com produtos da cesta básica, a base de cálculo do ICMS será reduzida em 58,82%.

Nesses casos, o contribuinte é obrigado a estornar proporcionalmente o crédito, conforme estabelecido no artigo 66, inciso V, do Decreto nº 24.569/97, que assim dispõe:

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 subsequente com redução de base de cálculo, hipóteses em que o estorno será proporcional à redução.

Vale ressaltar que a jurisprudência dos tribunais já é pacífica no sentido de que essa obrigação imposta ao contribuinte não viola o princípio da não cumulatividade do ICMS, ao contrário do que defende a parte.

Contudo, a recorrente se defende da acusação fiscal sob o argumento que não promoveu o estorno proporcional dos créditos de ICMS, referente às operações com produtos da cesta básica, porque, praticamente, sobre a totalidade das aquisições de leite em pó incidiu a alíquota igual ou menor que 7% do valor das operações.

Porém, esse procedimento adotado pela empresa contraria o disposto no artigo 66, inciso V, do RICMS que determina o estorno do crédito lançado na entrada na mesma proporção da redução da base de cálculo do imposto nas saídas. Ou seja, o dispositivo regulamentar citado acima não faz nenhuma referência à carga tributária (alíquota sobre a qual foi calculado o crédito fiscal lançado), mas tão somente a redução de base de cálculo.

No tocante ao argumento de inconstitucionalidade do artigo 66, inciso V, do Decreto nº 24.569/97 e do efeito confiscatório da multa aplicada, temos que ressaltar que tratam-se de questões que fogem à competência legal dos julgadores administrativos, conforme disciplina o art. 48, da Lei nº 15.614/2014. Vejamos:

Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art. 121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º. Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, observado: (...).

Quanto ao argumento que a exigência da fiscalização fere a Cláusula Primeira, § 1º, do Convênio ICMS 128/94, que tem caráter impositivo ao dispor que os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a deixar de exigir o estorno proporcional dos créditos relacionados a operações sujeitas à redução da carga tributária, nosso entendimento é que o caráter alegado não é impositivo, ou seja, de obrigar os entes federados a 'deixar de exigir o estorno do crédito', mas de 'autorizar' os entes federados a não exigir o estorno.

Esta situação demonstra que os estados Federados tinham o poder de tomar a decisão e no caso do Estado do Ceará a decisão foi pela exigência do estorno do crédito proporcionalmente, no caso de a saída da mercadoria ocorrer com redução de base de cálculo.

Diante desses fatos, não resta dúvida da procedência da acusação fiscal, pois o quadro demonstrativo da reconstituição da conta-corrente de ICMS, constante à fl.31, demonstra com clareza que houve em face dos créditos não estornados uma falta de recolhimento do imposto.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso Ordinário interposto, negar-lhe provimento para confirmar o julgamento singular, ratificando a PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

Eis o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO

ICMS: R\$1.153.608,27

MULTA: R\$1.153.608,27

TOTAL: R\$2.307.216,54

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **NESTLÉ BRASIL LTDA** e recorrida a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, decide, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão de procedência proferida em 1ª Instância, para julgar **PROCEDENTE** o auto de infração, nos termos do voto do conselheiro relator e Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, adotado em sessão pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Quanto ao argumento do caráter confiscatório da multa, este Contencioso não tem competência de apreciar referida matéria, nos termos do art. 48, §2º da Lei nº 15.614/2014. Presente à sessão, realizando a sustentação oral, a representante legal da parte, a Dra. Vitória Medeiros de Melo Caballero Chagas.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 08 de outubro de 2021.

MANOEL MARCELO Assinado de forma digital por
AUGUSTO MARQUES MANOEL MARCELO AUGUSTO
NETO:22171703334 MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2021.10.15 18:46:56 -03'00'

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Presidente da 1ª Câmara de Julgamento

MATTEUS VIANA Assinado de forma digital por
NETO:15409643372 MATTEUS VIANA
NETO:15409643372 NETO:15409643372
Dados: 2021.11.01 12:01:05 -03'00'

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado do Ceará

JOSE WILAME FALCAO Assinado de forma digital por
DE SOUZA:07291892368 JOSE WILAME FALCAO DE
SOUZA:07291892368 DE SOUZA:07291892368
Dados: 2021.10.14 07:40:10 -03'00'

José Wilame Falcão de Souza
Conselheiro relator