



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

1ª CÂMARA DE JULGAMENTOS

RESOLUÇÃO Nº 021/2013

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

152ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM: 14/09/2012

PROCESSO Nº 1/2243/2010 AI: 1/2010.05153

RECORRENTE: NESTLÉ BRASIL LTDA.

RECORRIDA: CELULA DE JULGAMENTO DE 1.ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: ANDRÉ ARRAES DE AQUINO MARTINS

**EMENTA: CREDITAMENTO INDEVIDO. GLOSA DE CREDITOS.
NULIDADE. CONTRIBUINTE LANÇOU
INDEVIDAMENTE COMO CRÉDITO DE ICMS O
VALOR INTEGRAL DESTACADO NAS NOTAS
FISCAIS RELATIVAS A TRANSFERENCIA DE
MERCADORIAS ORIUNDAS DO ESTADO DA BAHIA,
ONDE A REMETENTE É BENEFICIÁRIA DE
INCENTIVO FISCAL NÃO AMPARADO POR
CONVÊNIO. O AGENTE FISCAL NÃO CONCEDEU O
PRAZO DE 10 (DIAS), PARA O ESTORNO DO
CRÉDITO, PREVISTO NO §1.º, DO ART.1.º, DA
INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 14/2004. AUTO DE
INFRAÇÃO JULGADO NULO.**

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que **NESTLÉ BRASIL LTDA.** teria deixado lançado credito indevido de ICMS, restando assim relatada a infração:

“LANÇAR CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS, EM VIRTUDE DE ENTRADA DE MERCADORIA OU AQUISIÇÃO DE SERVIÇO CUJO IMPOSTO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL DE ORIGEM TIVER SIDO DEVOLVIDO, NO TODO OU EM PARTE PELA ENTIDADE TRIBUTANTE. O CONTRIBUINTE RECEBEU EM TRANSFERENCIA MERCADORIAS DA NESTLE AS SITUADA NA BAHIA COM INCENTIVO FISCAL, DESTA FORMA GLOSAMOS OS CREDITOS CONFORME DEMONSTRAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXADA A ESTE AUTO DE INFRAÇÃO.”

A empresa, devidamente intimada apresenta impugnação na qual defende a IMPROCEDENCIA da autuação, seja pela nulidade ou pela inconstitucionalidade da glosa realizada pela fiscalização.

O auto de infração foi julgado procedente em 1ª Instância Administrativa, afastando as nulidades suscitadas e, no mérito, entendendo que o procedimento fiscal ocorreu nos termos da legislação estadual e que não cabe a este órgão analisar a constitucionalidade dos mesmos.

Intimado da decisão, o Autuado apresenta Recurso Voluntário, onde alega, basicamente, as mesmas razões de defesa:

- a) A autuação é nula, uma vez que ao contrário do que consta no auto de infração, a fiscalização estadual não apresentou à Requerente o “CD contendo as planilhas e relatórios WORD do levantamento da auditoria”, o que impossibilitou de saber precisamente quais são as transferências interestaduais de mercadorias que deram causa à exigência;
- b) Existem apenas duas exceções à regra da não-cumulatividade do ICMS, quais sejam, isenção e não incidência, que simplesmente não se verificam no que diz respeito às remessas de mercadorias pelo estabelecimento da Requerente em Feira de Santana, BA, ao seu centro de distribuição em Fortaleza, CE;
- c) Tais remessas são contempladas com concessão de créditos outorgados, o que faz que o estabelecimento da Requerente em Fortaleza tenha direito de se creditar integralmente do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo seu estabelecimento em Feira de Santana;
- d) Se discorda do teor do artigo 2.º do Decreto n.º 7.799, de 9.05.2000 (Decreto BA 7.799/00), que concedeu os créditos outorgados aproveitados pelo estabelecimento baiano, o Fisco Cearense deveria levar a questão ao Supremo Tribunal Federal (STF), foro competente



para o julgamento de conflitos entre Estados, em lugar de punir a Requerente, sua própria contribuinte; e

- e) O crédito outorgado concedido pelo Decreto BA n.º 7.799/00 equivale a 16,667% sobre o valor do ICMS incidente nas operações interestaduais subsequentes. Isso significa dizer que o crédito outorgado é 16,667% de 12%, ou 2% do valor da operação, ao passo que o ICMS exigido na autuação é 5%. Ou seja, o percentual de créditos estornado pela autuação é muito superior ao crédito outorgado concedido pela BA à unidade de Feira de Santana.

A Consultoria Tributária se manifestou no sentido de conhecer do recurso Voluntário para negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão singular para procedência da autuação.

O processo foi remetido a esta Câmara de Julgamento, que em sessão realizada em 09 de julho de 2011, decidiu, por unanimidade de votas, por converter o curso do processo em diligencia, no sentido de que fosse apresentado planilhas e demais documentos que embasaram a ação fiscal.

Em seu laudo pericial, o ilustre perito informa que foi anexada a este processo planilha que embasou a autuação fiscal.

Em sua manifestação ao Laudo Pericial a empresa informa que as planilhas anexadas pela pericia, são as mesmas constantes no CD e não guardam qualquer relação com a autuação de que se cuida, conforme já teria sido demonstrado nos autos; e que a fiscalização está exigindo da Requerente o estorno de um montante de crédito 3% superior ao incentivo aproveitado pelo seu estabelecimento em Feira de Santana, BA.

É o relatório.

VOTO

Conforme se infere da análise dos presentes autos, trata-se de acusação fiscal de creditamento indevido referente ao período de janeiro a dezembro de 2008.

O contribuinte não teria realizado o estorno do crédito de ICMS, decorrente da transferência de mercadorias de estabelecimento situado na Bahia, possuidor de incentivo fiscal não previsto em convênio, conforme dispõe o § 1.º, do art. 46, da Lei n.º 12.670/96, o art. 65, inciso VII, do Decreto n.º 24.569/97, Instrução Normativa n.º 14/2004 e Normas de Execução n.º 05/2005 e 02/2007, que assim dispõem:



Lei n.º 12.670/96

Art. 46. O ICMS é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado.

§ 1º Não se considera como montante cobrado, para efeito da compensação referida no caput deste artigo, a parcela do ICMS destacado em documento fiscal emitido por contribuinte situado em outra unidade da Federação, correspondente à vantagem econômica resultante da concessão de quaisquer incentivos ou benefícios fiscais em desacordo com o disposto no art. 155, §2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal; [...]

Decreto n.º 24.569/97

Art. 65. Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

VII - entrada de mercadoria ou aquisição de serviço cujo imposto destacado no documento fiscal de origem tiver sido devolvido, no todo ou em parte, pela entidade tributante sob a forma de prêmio ou estímulo, salvo se esse benefício tiver sido concedido nos termos de convênio celebrado com base em lei complementar;

IN 14/2004

Art. 1º O crédito do ICMS correspondente à entrada, a qualquer título, de mercadoria ou serviço, em estabelecimento localizado neste Estado, por estabelecimento que seja beneficiário de incentivo fiscal concedido sem amparo em Convênio celebrado no âmbito do Conselho de Política Fazendária - CONFAZ, só será admitido na mesma proporção em que o imposto tenha sido efetivamente recolhido à Unidade da Federação de origem.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a Coordenadoria de Administração Tributária - CATRI, disponibilizará informações sobre os contribuintes envolvidos nas operações ou prestações interestaduais nas situações definidas nesta Instrução Normativa.

Norma de Execução 05/2005

Art. 1º O crédito do ICMS correspondente às entradas de mercadorias oriundas dos estabelecimentos abaixo indicados, só será admitido até o limite do percentual de 7% (sete por cento):

[...]

Art. 3º na hipótese de o contribuinte não atender ao disposto neste ato normativo, na forma e nos prazos determinados, deverá ser constituído o crédito tributário correspondente na forma disposta na legislação.

Norma de Execução 02/2007



Art. 1º Fica acrescentado ao elenco de estabelecimentos discriminados no art. 1º da Norma de Execução nº 05/2005, os seguintes contribuintes. [...].

De todo modo, em que pese a conduta do contribuinte não ter sido de acordo com o que dispõe a legislação estadual, é importante destacar que a ação fiscal que deu origem ao presente auto de infração contem vício insanável que a torna nula de pleno direito.

A Lei n.º 12.670/97, em seu art. 46, §3, inciso II, dispõe quanto aos procedimentos a serem adotados pela fiscalização. É conferir:

Art. 46. O ICMS é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado.

§ 1º Não se considera como montante cobrado, para efeito da compensação referida no caput deste artigo, a parcela do ICMS destacado em documento fiscal emitido por contribuinte situado em outra unidade da Federação, correspondente à vantagem econômica resultante da concessão de quaisquer incentivos ou benefícios fiscais em desacordo com o disposto no art. 155, §2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal;

[...]

§ 3º A autoridade fiscal que constatar, no exercício de suas atividades, apropriação indevida de crédito fiscal por contribuinte do imposto, na forma do § 1º deste artigo, deverá adotar os seguintes procedimentos:

I – quando da fiscalização no trânsito de mercadorias, caso haja cobrança do ICMS, considerar como crédito fiscal, a ser deduzido do imposto a recolher, o limite estabelecido no §1º deste artigo;

II – quando da fiscalização de estabelecimento, expedir notificação ao contribuinte que se tenha apropriado de crédito fiscal em desacordo com o estabelecido no §1º deste artigo, no sentido de efetuar, de forma espontânea, o estorno do crédito considerado indevido no prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do dia seguinte ao da respectiva ciência, nos termos do art.125. [...].

O art. 2.º, inciso IV, da Norma de Execução n.º 05/2005, por sua vez, assim dispõe:

Art. 2º A autoridade fiscal que constatar, no exercício de suas atividades e após a vigência deste ato, a apropriação, por contribuintes deste Estado, de créditos tributários em desacordo com o artigo 1º deverá adotar os seguintes procedimentos:

I - quando no trânsito de mercadorias, caso haja cobrança do imposto, considerar como crédito de origem apenas o limite estabelecido no art. 1º. Quando o destinatário for credenciado a recolher o imposto em seu domicílio fiscal, apor, no

documento acobertador da operação, a título de esclarecimento ao destinatário, a informação do limite do crédito permitido;

II - quando nos procedimentos de fiscalização, emitir notificação ao contribuinte, que tiver se apropriado de crédito fiscal a que se refere o caput, determinando seu estorno, nos termos do Parágrafo único do artigo 46 da Lei nº 12.670, de 30 de dezembro de 1996;

III - na hipótese do inciso II, oficiar o fato à Coordenadoria de Administração Tributária (CATRI);

IV - o estorno a que se refere o inciso II deverá ser realizado no prazo de dez dias, contados da data da ciência do contribuinte na notificação;

V - o estorno previsto no inciso IV deverá ser realizado mediante o lançamento no Campo 007 - "Estorno de Créditos" - do livro Registro de Apuração do ICMS, do valor do crédito a ser anulado, seguido da indicação do número desta Norma de Execução.

Como se pode observar, tanto a Lei, como a instrução normativa, determinam que sendo constatada a suposta infração praticada pela Autuada se faz necessário a concessão de um prazo de 10 (dez) dias para que o contribuinte realize o estorno dos créditos indevidos.

A Autoridade fiscal, contudo, realizou intimação ao contribuinte concedendo apenas o prazo de 5 (cinco) dias para o contribuinte realizar o estorno, impossibilitando o contribuinte de praticar tal ato de forma espontânea após o 5.º dia da intimação, contrariando o que dispõe a legislação.

Dessa forma, restou preterida a garantia a espontaneidade prevista na legislação estadual acima apresentada e nulo o presente auto de infração, uma vez que decorrente da ação fiscal viciada.

Ora, é importante ressaltar que as autoridades administrativas, no ato de fiscalização, estão vinculadas a lei e a legislação. Se um ato de fiscalização não foi praticado conforme a lei e a legislação, deve o mesmo ser declarado nulo, assim como todos os atos subsequentes, como o auto de infração.

Não vejo como possível para afastar a nulidade aqui arguida, a aplicação do §8.º, do art. 53, do Dec.25.468/1999, uma vez que não se trata de vício em ato processual, mas sim em procedimento fiscalização anterior a fase processual, que tem início com a lavratura do auto de infração.

Em sendo assim, entendo que o presente auto de infração deve ser julgado NULO, motivo pelo qual VOTO para que se conheça do Recurso de Voluntário



interposto, e lhe seja DADO PROVIMENTO, reformando a decisão proferida pela 1ª Instância Administrativa.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **NESTLÉ BRASIL LTDA.** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.** A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, para por maioria de votos e em grau de preliminar declarar a **NULIDADE** da ação fiscal, tendo em vista irregularidades no Termo de Intimação que concedeu 5 (cinco) dias para estorno dos créditos fiscais, quando a norma comanda no sentido de que este prazo seja de 10 dias, nos termos do voto do relator, contrário ao Parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencidos os Conselheiros Marcus Aurélio Bindá, Francisco Ivanildo Almeida França e Francisco José de Oliveira Silva, que fundamentaram seus votos á luz do art. 53, parágrafo 8º da legislação processual. Ausente, justificadamente o Conselheiro José Gonçalves Feitosa. Presente, para apresentação de sustentação oral, o representante legal da atuada, Dr. Marcelo Bez Debatin da Silveira.

SALA DAS SESSÕES, em Fortaleza, aos 14 de 01 de 2013.

Francisca Marta de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Marcus Aurélio Bindá de Queiroz
Conselheiro

Francisco Ivanildo Almeida França
Conselheiro

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado

Anneline Magalhães Torres
Conselheira

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro Relator