



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

RESOLUÇÃO Nº.:269/2021

78ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL: 12.11.2021

PROCESSO Nº.: 1/2860/2019 AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/201904790-0

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA. CGF Nº.: 06.311.022-9

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: CARLOS CÉSAR QUADROS PIERRE

CONSELHEIRO DESIGNADO: 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

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, DE 01/2016 A 08/2017, DEIXOU DE RECOLHER ICMS NO VALOR DE R\$2.698.754,54, EM FACE DE TER LANÇADO INDEVIDAMENTE CRED FISCAIS POR OPERAÇÕES E PREST. COM PROD SUJ A RED DA BC (58,82%) E SUJ AO DEC 29560/2008.”

O agente fiscal aponta como dispositivo infringido a alínea “R” do inciso I, do art. 41, caput e incisos I e V do art. 65 e caput e inciso V do art. 66, todos do Decreto 24.569/97 c/c o Decreto 29.560/2008; 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.

Nas Informações Complementares (fls. 03 a 08), o agente fiscal informa, em síntese:

“Nos trabalhos de auditoria realizados detectamos que a empresa, nos exercícios de 2016 e 2017, lançou em sua escrita fiscal, no respectivo Livro Registro de Apuração do ICMS, contido em sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), créditos fiscais indevidos oriundos de entradas de mercadorias sujeitas ao Protocolo ICMS nº 12/96 (leite em pó), mercadorias estas com tributação do ICMS NORMAL E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA pelas saídas, com redução da base de cálculo em 58,82%, bem como deixou de estornar créditos fiscais lançados pelas prestações de serviços de transporte destas mesmas mercadorias (estorno proporcional de 58,82%) e mercadorias sujeitas a tributação com base no Decreto 29.560/2008 (vedação imposta no artigo 8º em seu inciso III), no montante de R\$3.221.179,83 (três milhões, duzentos e vinte e um mil, cento e setenta e nove reais e oitenta e três centavos), valores estes objetos de inserção para reconstituição da conta corrente de ICMS.

A falta de estorno de crédito supramencionado aliado aos créditos fiscais indevidamente lançados, geraram uma falta de recolhimento de ICMS, no período de janeiro/2016 a agosto/2017, no montante de R\$2.698.754,54 (dois milhões, seiscentos e noventa e oito mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e quatro centavos), conforme abaixo demonstraremos: (...).

Diante do exposto e considerando que o contribuinte lançou créditos fiscais oriundos da entrada de leite em pó que tem uma saída com redução da base de cálculo em 58,82% sem efetuar os estornos devidos, bem como deixou de estornar créditos fiscais referente à prestação de serviços de transporte destas mesmas mercadorias, proporcional a 58,82%, e outras sujeitas ao regime de substituição tributária pelas entradas, nos exercícios de 2016 e 2017, lavramos o presente Auto de Infração que, pelos seus fundamentos legais, deve ser considerado procedente e que o autuado venha a recolher o que é devido ao erário.”

Às fls. 19 a 24 repousam as planilhas que deram azo à lavratura do auto de infração. Às fls. 25 a 48 constam vários documentos atinentes a ação fiscal e à fl. 49 o CD que contém o material produzido no processo de fiscalização.

O contribuinte ingressou tempestivamente com defesa (fls. 57 a 79) e apresentou as seguintes razões:

I. Da aplicação de alíquota efetiva do ICMS igual ou menor a 7% nas operações autuadas (fl.61):

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.64):

Arquenta 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.70):

Arquenta 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. Direito ao crédito de ICMS decorrente da tomada de serviços de transporte (fl.72):

Defende o direito ao crédito do ICMS sobre o serviço de transporte pago na transferência/venda das mercadorias, não se aplicando ao caso o art.65, inciso VI, do Decreto nº 24.569/97, pois este veda o crédito do imposto quando da entrada de mercadoria e respectivo serviço, quando for o caso, recebida para comercialização, quando a saída posterior ocorra sem débito do imposto.

V. Abusividade da penalidade aplicada (fl.75):

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 distribuído para julgamento em 1ª instância onde foi proferida decisão de procedência da ação fiscal, nos termos da ementa abaixo transcrita (fls. 101 a 104):

“CRÉDITO INDEVIDO. O contribuinte se creditou indevidamente de imposto, relativo a operações e prestações com produtos sujeitos à redução da base de cálculo e ao Decreto nº 29.560/2008, no período de janeiro/2016 a agosto/2017. Ação fiscal julgada **PROCEDENTE**. Decisão baseada no disposto nos artigos 41, *caput*, inciso I, alínea “r”, 63, *caput*, incisos I e II, 65, *caput*, inciso I e VI e 66, *caput* e inciso V do Decreto nº 24.569/97-RICMS. Aplicação da penalidade prevista no artigo 123, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003. Defesa tempestiva.”

Não concordando com o julgamento singular, a empresa autuada interpõe Recurso Ordinário (fls. 110 a 122) ratificando os mesmos argumentos apresentados na peça impugnatória. Pleiteia seja dado integral provimento ao recurso para seja julgado improcedente o auto de infração.

Às fls. 132 a 136 dos autos consta o Parecer de nº 130/2021, da lavra da Assessoria Processual Tributária, com manifestação pelo conhecimento do

Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento, a fim de que seja mantida a decisão singular de procedência do auto de infração.

Eis, em síntese, 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 sujeitas ao Decreto nº 29.560/2008 e não efetuou o estorno proporcional dos créditos lançados na entrada, ocasionando uma falta de recolhimento do imposto no valor de R\$2.698.754,54.

De acordo com o estabelecido 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, portanto, ao contrário do alegado pela recorrente.

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.

Todavia, o 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, isto é, o dispositivo regulamentar 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 se trata de questões que fogem à competência legal dos julgadores administrativos adentrar nestas questões, 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, mormente quando a reconstituição da conta corrente de ICMS referente à Prestação de Serviços de Transporte, constante às fls.13/14, demonstra com clareza que houve em face dos créditos não estornados uma falta de recolhimento do imposto no valor de R\$2.698.754,54.

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 TRIBUTÁRIO:

ICMS: R\$2.698.754,54

MULTA: R\$2.698.754,54

TOTAL: R\$5.397.509,08

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **NESTLE 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 voto de desempate da presidência, negar provimento ao recurso interposto para confirmar a decisão de procedência proferida em 1ª Instância e julgar **PROCEDENTE** o auto de infração, nos termos do voto do conselheiro designado José Wilame Falcão de Souza, por ter proferido o primeiro voto

divergente e vencedor. Decisão em conformidade com o parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária. Os conselheiros Carlos César Quadros Pierre (conselheiro original), Pedro Jorge Medeiros e Fernando André Martins Teixeira acompanharam o entendimento do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em manifestação oral, que sugeriu a aplicação da penalidade inserta no artigo 123, I "d" da Lei nº 12.670/96. Quanto ao argumento do caráter confiscatório da multa, este Contencioso não tem competência legal para apreciar referida matéria, nos termos do art. 48, §2º da Lei nº 15.614/2014 Presente à sessão, para sustentação oral, a representante legal da parte, a Dra. Cintia Yoshe Muto Giordino.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de dezembro de 2021.

Assinado de forma digital por MANOEL
MANOEL MARCELO AUGUSTO MARCELO AUGUSTO MARQUES
MARQUES NETO:22171703334 NETO:22171703334
Dados: 2022.01.27 20:03:56 -03'00'

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

Assinado de forma digital por
MATTEUS VIANA
NETO:15409643372 NETO:15409643372
Dados: 2022.02.02 20:57:10 -03'00'

**Matteus Viana Neto
Procurador do Estado do Ceará**

Assinado de forma digital por JOSE WILAME
FALCAO DE SOUZA:07291892368 JOSE WILAME
FALCAO DE SOUZA:07291892368
Dados: 2022.01.27 13:24:10 -03'00'

**José Wilame Falcão de Souza
Conselheiro relator**