



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho De Recursos Tributários

RESOLUÇÃO Nº 267 / 2007

1ª CÂMARA

SESSÃO DE: 12 / 04 / 2007

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/0803/2004

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200400734

RECORRENTE: MAKRO ATACADISTA LTDA - CGF: 06. 914977-1

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATORA CONS.: CONS. DULCIMEIRE PEREIRA GOMES

EMENTA: – **Aproveitamento indevido de crédito de ICMS. Cesta Básica** – Fato constatado em decorrência da não realização do estorno proporcional à redução da base de cálculo referente a operações com produtos integrantes da cesta básica. Desobediência ao inciso V do art. 66 do Dec. 24.569/97. Infratora sujeita a penalidade do art. 123, inciso II “a”, da Lei 12.670/96. Confirmada, por unanimidade de votos, a decisão da 1ª Instância de **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal.

RELATÓRIO

Acusa a inicial que a empresa autuada, durante o período de janeiro a dezembro de 2001, creditou-se e utilizou indevidamente o ICMS decorrente da não realização de estorno proporcional à redução da base de cálculo de 58,82% (cinquenta e oito inteiros e oitenta e dois centésimos por cento) referente a produtos adquiridos e comercializados componentes da cesta básica, no valor de R\$ 494.126,42 (quatrocentos e noventa e quatro mil, cento e vinte seis reais e quarenta e dois centavos).

Foi considerado infringido o art. 66 do Dec. 24.569/97 e como penalidade foi sugerida a do art. 123 inc. II "a", da Lei 12.670/96.

Complementando a inicial, o Auditor Fiscal ratifica seu teor e anexa demonstrativo do valor a recolher, além de cópias dos seguintes documentos: ordens de serviço designante da ação fiscal, dos termos de início e de conclusão de fiscalização, do livro Registro de Entradas de Mercadorias e do livro Registro de Apuração do ICMS.

Na defesa apresentada, a autuada requer a improcedência do feito sob o argumento que é legítimo o seu direito ao creditamento do montante integral do imposto incidente nas operações anteriores, ainda que o imposto nas operações posteriores seja calculado sobre a base de cálculo reduzida, com fundamento na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96. Ressalta que a Constituição Federal veda o creditamento do valor do imposto cobrado na operação anterior apenas na hipótese de a saída subsequente ser isenta ou não tributada pelo ICMS, casos esses que não podem ser confundidos com a redução da base de cálculo.



Aduz ainda a autuada, que no caso em análise, tendo em vista que as operações com produtos da cesta básica estão beneficiadas com a redução da base de cálculo do ICMS – de tal forma que a carga tributária resulte em 7% (sete pro cento), - e que redução da base de cálculo é diferente da isenção e da não- incidência, a única conclusão a que chega é que essa hipótese não está abrangida pelo art. 155, § 2º da Constituição Federal.

A Lei Estadual nº 12.670/96 que determinou o estorno dos créditos em questão, no entender da autuada, padece de inconstitucionalidade e de ilegalidade. Cita doutrina e jurisprudência que reforçam sua tese. Protesta também no que diz respeito à aplicação da multa, que também no seu entender, revela-se abusiva, chegando às raias do confisco.

O julgador de 1ª Instância fez consignar que não cabe, em julgamento administrativo, discutir a constitucionalidade de lei estadual, e considerando que a infração estava caracterizada, decidiu pela procedência da autuação.

Foi interposto recurso voluntário, no qual os argumentos impugnatórios foram reiterados.

Esta Câmara de Julgamento em sessão realizada em 20 de outubro de 2006, acatando parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, decidiu pela procedência da autuação. Todavia, ao ser detectado a ausência de intimação do representante legal da empresa para proceder a sustentação oral do recurso naquela oportunidade, o feito foi chamado à ordem, tendo sido anulado o julgamento e o processo incluído em pauta para uma nova apreciação por esta Câmara, desta vez, com a intimação do representante da autuada, o qual anexou memorial reforçando as razões já produzidas.



VOTO DA RELATORA

O Auto de Infração sob análise denuncia que a empresa autuada creditou-se e utilizou indevidamente o ICMS decorrente da não realização de estorno proporcional da redução da base de cálculo de 58,82% (cinquenta e oito inteiros e oitenta e dois centésimos por cento) referente a produtos adquiridos e comercializados componentes da cesta básica.

Contra a decisão condenatória de 1ª Instância, a empresa autuada apresentou o recurso voluntário que ora se analisa, no qual solicita a reforma da referida decisão, sob o argumento que, com fundamento na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96, é legítimo o seu direito ao creditamento do montante integral do imposto incidente nas operações anteriores, ainda que o imposto nas operações posteriores seja calculado sobre a base de cálculo reduzida. Ressalta que a Constituição Federal veda o creditamento do valor do imposto cobrado na operação anterior apenas na hipótese de a saída subsequente ser isenta ou não tributada pelo ICMS, casos esses que entende não podem ser confundidos com a hipótese que se cuida, na qual as operações decorrentes de produtos da cesta básica estão beneficiadas com a redução da base de cálculo do ICMS – de tal forma que a carga tributária resulte em 7% (sete pro cento), donde conclui que o caso em apreço não se encontra abrangido pelo art. 155, § 2º da Constituição Federal.

Aduz ainda a autuada que a Lei Estadual nº 12.670/96 que determinou o estorno dos créditos em questão padece de inconstitucionalidade e de ilegalidade. Transcreve doutrina e jurisprudência que entende reforçarem sua tese. Protesta também no que diz respeito à aplicação da multa, que no seu entender revela-se abusiva chegando às raias do confisco. Apresentou também a recorrente, memórias que relatam pareceres jurídicos emanados pelos Professores Sacha Calmon Navarro Coelho, Marco Aurélio Greco e Paulo de Barros Carvalho, os quais, sobre o assunto objeto dessa controvérsia, manifestaram-se favoravelmente ao entendimento da autuada,



Fazendo-se a análise do recurso apresentado, antes de tudo convém esclarecer que não cabe, na esfera administrativa, qualquer questionamento constitucional sobre a legislação do Estado do Ceará, razão pela qual tal argumento não será apreciado neste julgamento.

A propósito, contrapondo-se aos argumentos da recorrente, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, reformulou o entendimento acerca do assunto, e, em vários precedentes, interpreta a redução de base de cálculo como espécie de isenção parcial, de forma a possibilitar o estorno proporcional do crédito. Confirma-se a ementa de recente decisão sobre a questão:

ADI 2320 / SC - SANTA CATARINA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. EROS GRAU

Rel. Acórdão

Min.

Revisor

Min.

Julgamento: 15/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 16-03-2007 PP-00019 EMENT VOL-02268-01 PP-00129

Ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.362, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. CONCESSÃO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO OU DE ISENÇÃO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DO CRÉDITO FISCAL RELATIVO À ENTRADA DE PRODUTOS VENDIDOS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, INCISO II, "a" e "b", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. 1. A norma impugnada, ao assegurar o direito à manutenção do crédito fiscal em casos em que há redução da base de cálculo ou isenção, não afronta o princípio da não-cumulatividade. Ao contrário, viabiliza sua observância, em coerência com o disposto no artigo 32, II, do Convênio ICMS n. 36/92. 2. O artigo 155, § 2º, inciso II, "b" da CF prevê que a isenção ou não-incidência acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores, salvo determinação em contrário. A redução de base de cálculo é, segundo o Plenário deste Tribunal,



espécie de isenção parcial, o que implica benefício fiscal e aplicação do preceito constitucional mencionado. Precedentes. 3. A disciplina aplicada à isenção estende-se às hipóteses de redução da base de cálculo. 4. Visando à manutenção do equilíbrio econômico e a evitar a guerra fiscal, benefícios fiscais serão concedidos e revogados mediante deliberação dos Estados-membros e do Distrito Federal. O ato normativo estadual sujeita-se à lei complementar ou a convênio [artigo 155, § 2º, inciso XII, "f"]. 5. O Convênio ICMS n. 36/92 autoriza, na hipótese dos autos, a manutenção integral do crédito, ainda quando a saída seja sujeita a redução da base de cálculo ou isenção --- § 7º da Cláusula 1ª do Convênio ICMS n. 36/92. 6. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

Também neste sentido podem ser citados outros acórdãos proferidos pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme julgamentos: RE 174478 de 17/03/2005; RE-AgR-ED 154179/SP-São Paulo – Julgamento datado de 28/11/2006 e AgR 44951/RS-Rio Grande do Sul - julgamento datado de 29/06/2006.

Diante da jurisprudência citada, percebe-se que a exigência do estorno proporcional do ICMS que foi creditado quando a mercadoria foi objeto de operação subsequente com redução de base cálculo está em consonância com a Constituição Federal (art. 155, , § 2º inciso II, alínea "b"), conforme consubstanciado no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, não tem pertinência as razões produzidas pela recorrente.

A regra da exigência do estorno é clara, e a própria autuada não nega havê-la descumprido haja vista ter em sua conta que a legislação do Estado do Ceará nesse particular, padece de inconstitucionalidade. Conclui-se, portanto, diante da evidente infração ao art. 66 inciso V do Dec. 24.569/97, e da ausência da declaração de inconstitucionalidade pelo poder competente nos moldes pretendidos pela recorrente, que deve a mesma ser punida de acordo com o que determina o art. 123, II, "a", da Lei 12.760/96.



Vale destacar que não procede também a alegação de aplicação de multa com efeito de confisco, tendo em vista que foi utilizada àquela específica para a infração cometida, ou seja, 123 inciso III, "a", da Lei 12.670/96, cabendo ao agente Fiscal somente cumprir a lei. Não poderia ser outro seu comportamento, pois a matéria desfruta da presunção de legalidade, cabendo somente ao Judiciário contrariar tal presunção.

Por todo o exposto,

VOTO pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário, para que se confirme a decisão recorrida de PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

COMPOSIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$ 494.126,42
MULTA	R\$ 494.126,42
TOTAL	R\$ 988.252,84



DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente MAKRO ATACADISTA LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

Resolvem os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da conselheira relatora e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, por motivo justificado, o conselheiro José Gonçalves Feitosa. Presentes para apresentação de defesa oral, os representantes legais da recorrente, Dr. Fernando Sciascia Cruz e Dr. Marcos Mecq.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 11 de junho de 2.007.

Ana Maria Martins Timbó Holanda
Ana Maria Martins Timbó Holanda
PRESIDENTA

Dulcimeire Pereira Gomes
Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA RELATORA

Frederico Hosanan Pinto de Castro
Frederico Hosanan Pinto de Castro
CONSELHEIRO

Maria Elaine de Silva e Souza
Maria Elaine de Silva e Souza
CONSELHEIRA

Maryana Costa Canamary
CONSELHEIRA

Helena Lúcia Bandeira Farias
Helena Lúcia Bandeira Farias
CONSELHEIRA

José Gonçalves Feitosa
José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO

Magna Vitória de Guadalupe Lima
Magna Vitória de Guadalupe Lima
CONSELHEIRA

Fernanda Rocha Alves do Nascimento
Fernanda Rocha Alves do Nascimento
CONSELHEIRA

Matheus Viana Neto
Matheus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO