



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
Conselho de Recursos Tributários - CRT
1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 649 /2014

110ª SESSÃO ORDINÁRIA DE: 24/09/2014

PROCESSO Nº 1/3395/2011 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2011.09683

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: CASSIO AUGUSTO DE ANDRADE LIMA

CONSELHEIRO RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO.

Constatação de registro indevido na conta gráfica do contribuinte de crédito de ICMS relativo à aquisição de produtos integrantes da cesta básica sem a realização do estorno previsto na legislação tributária de forma proporcional à redução de base de cálculo. Preliminar de nulidade por imprecisão dos dispositivos legais infringidos, afastada. No mérito por unanimidade de votos Recurso Voluntário conhecido e parcialmente provido – reforma do julgamento de 1ª Instância motivo da **PARCIAL PROCEDÊNCIA**. Decisão amparada nos artigos 54, inciso V, do RICMS. Penalidade prevista no art. 123, II “a”, c/c art. 123, parágrafo 5º da Lei nº 12.670/1996, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.418/2003, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O Auto de Infração descreve a seguinte acusação fiscal:

“Crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na contábil do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação. A empresa deixou de realizar o estorno do crédito de ICMS relativo a redução da base de cálculo do produto leite em pó que está incluso na cesta básica, montante do crédito R\$ 362.436,53 vide informação complementar anexa.”

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos: Art. 57, 65 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, II, "a" Lei nº 12.670/96.

Tempestivamente contribuinte comparece ao autos impugnando o feito fiscal, fls.48/67, alegando o seguinte, em síntese:

- Absoluta imprecisão dos dispositivos legais infringidos. Diz que a acusação não poderia estar sustentada no artigo 65 do RICMS/CE, mas no artigo 66 do RICMS/CE;
- O auto de infração tal como lavrado fere frontalmente a CF, uma vez que o direito ao crédito de ICMS somente pode ser limitado quando as saídas posteriores são isentas ou não tributadas. Como a redução da base de cálculo não se confunde com essas figuras, não se pode pretender obstar o direito ao crédito neste caso, sob risco de se ofender a CF e a LC 87/96;
- A exigência da fiscalização Estadual fere a Cláusula Primeira, §5 1º, do Convênio ICMS 128/94, que dispõe que os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a deixar de exigir o estorno proporcional dos créditos relacionados à operação sujeitas à redução da carga tributária;
- Colaciona decisões do STF. Afirma que a exigência do estorno proporcional dos créditos relativos às aquisições de produtos da cesta básica pela legislação cearense é indevida, até mesmo sob a ótica do STF.
- Por fim requer a improcedência do Auto de Infração e a integral extinção do crédito tributário.

Após afastar a preliminar de nulidade suscitada o julgador monocrático, no mérito declarou o feito fiscal procedente. Segundo o julgador, o contribuinte deixou de realizar o estorno de ICMS referente a crédito de ICMS de

mercadoria (leite em pó) em face da saída desse produto ser tributada com redução de base de cálculo de 58,82%, por ser produto integrante da cesta básica. Caracterizada infringência ao art. 54, V, do RICMS.

Insatisfeito com a decisão condenatória proferida em Primeira Instância o contribuinte interpõe recurso voluntario fazendo as seguintes considerações:

- a) Alega total imprecisão dos dispositivos legais suscitados como fundamento legal da acusação contida no auto de infração. Entende a defesa que os dispositivos indicados são absolutamente genéricos para sustentar o lançamento tributário, os quais não guardam relação com a infração tida como cometida.
- b) Que o Convênio ICMS 128/94 não determina o estorno proporcional desses créditos;
- c) Que a decisão singular de maneira absolutamente genérica manteve a autuação;
- d) Aduz que a norma cearense viola o princípio da não cumulatividade do ICMS prevista na Constituição Federal, art. 155, parágrafo 2, inciso I. Que as únicas hipóteses em que não é admitido o crédito de ICMS estão previstas no art. 155, parágrafo 2, inciso II, alíneas "a" e "b" da CF/88;
- e) Que a recorrente apurou saldo credor em determinados meses tais como: setembro, novembro e dezembro de 2010. A penalidade a ser aplicada deve ser a recapitulada para o art. 123, § 5º da Lei 12.670/96;
- f) O direito a manutenção integral dos créditos nas operações com produtos da cesta básica decorre do princípio da não cumulatividade do ICMS previsto no art. 155, § 2º inciso I da CF/88;
- g) O benefício dado às operações com a cesta básica por meio de redução de base de cálculo não estão abrangido pelo art. 155, § 2º inciso II da CF/88, razão pela qual não se falar em estorno de crédito;
- h) Os arts. 41, § 6º e 66, inciso V do RICMS/CE afrontam o princípio constitucional da não cumulatividade;
- i) Colaciona decisões do STF e STJ cuja vedação ao crédito é admitida apenas nos casos de isenção ou não isenção.
- j) Ao final requer a declaração de improcedência do auto de infração. Caso assim não seja o entendimento, pleiteia subsidiariamente a exclusão dos créditos tributários dos valores correspondentes ao crédito que foram escriturados e não aproveitados nos meses que o estabelecimento apurou saldo credor do imposto. Aplicando o art. 123, § 5º da Lei nº 12.670/96.

Consultoria Tributária através do Parecer nº 651/2011, após afastar as nulidades suscitadas, no mérito opina pelo conhecimento do recurso oficial,

negando-lhe provimento no sentido de confirmar a decisão Condenatória proferida em primeira Instância.

O representante da douta Procuradoria emite despacho as fls.217 dos autos confirmando o Parecer da consultoria tributária.

Em síntese é o Relatório.

VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração, ora em julgamento, fora lavrado sob o fundamento de que o contribuinte acima identificado lançou em sua conta gráfica e aproveitou créditos de ICMS indevidos no período de dezembro/2009 a dezembro de 2010, provenientes de operações interestaduais de entradas de mercadorias integrantes da Cesta Básica (leite em pó), não efetuando o estorno proporcional do crédito relativo à redução de base de cálculo previsto no art. 41, § 2º e 3º do Decreto nº 24.569/97.

No Recurso Voluntário interposto contra a decisão singular o contribuinte inicia sua defesa alegando preliminar de nulidade por entender que os dispositivos indicados pelo autuante são absolutamente genéricos para sustentar o lançamento tributário, os quais não guardam relação com a infração tida como cometida.

A referida liminar deve ser afastada. Compulsando a peça inicial e as informações complementares, verifico que os artigos indicados no corpo do auto de infração guardam total compatibilidade com a infração apontada, coadunando-se com os documentos comprobatórios anexos, dando ao contribuinte total entendimento da infração. Tanto é verdade que vem aos autos insurgindo-se contra os fatos relatados na imputação.

Outro fato que merece ser ressaltado é de que, mesmo que os dispositivos infringidos estivessem errados ainda assim não seria nulo o auto de infração, visto que o relato do auto de infração descreve de forma clara e precisa a conduta infracional praticada pela autuada, qual seja, crédito indevido de produtos da cesta básica cuja base de cálculo é reduzida em 58,82% nas saídas subsequentes nos termos do art. 41 § 2º do Decreto nº 24.569/97, sem estorno dos créditos. E o contribuinte se defende do fato típico narrado na inicial.

Quanto ao mérito dúvidas não persistem. Nas informações complementares ao auto de infração o agente fiscal explicou que ao analisar os livros Registros de Entrada e Apuração do ICMS e as notas fiscais de entrada do contribuinte,

constatou que no período de dezembro de 2009 a dezembro de 2010 a empresa deixou de efetuar o estorno dos créditos de ICMS proporcional à redução da base de cálculo no percentual de 48,83% do produto "leite em pó" no total de R\$ 436.697,92, nos termos previsto no art. 41 § 2º do Decreto nº 24.569/97, in verbis:

Art. 41. Nas operações internas e de importação com os produtos da cesta básica, a base de cálculo do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS será reduzida em:

*I - 58,82% (cinquenta e oito vírgula oitenta e dois por cento), para os seguintes produtos:
(...)*

r) leite em pó;

§2º Na hipótese da redução de base de cálculo de que trata este artigo, o estabelecimento vendedor grafará, no documento que acobertar a operação, a declaração "Produto da cesta básica, seguido da indicação do percentual de redução do ICMS correspondente", exceto para os estabelecimentos usuários de Emissor Cupom Fiscal - ECF.

Além disso, pela regra do art. 66, V do RICMS-CE o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do ICMS de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento for utilizada como insumo ou objeto de operação subsequente com redução de base de cálculo, hipóteses em que o estorno será proporcional à redução.

*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.

Portanto, a empresa adquirente não poderia lançar como crédito fiscal, sem o devido estorno do ICMS integral incidente sobre a aquisição de produtos integrantes da lista da cesta básica, elencadas na legislação tributária.

Desse modo, restou comprovada a materialidade da infração à legislação fiscal, configurada pelo aproveitamento indevido de crédito fiscal, relativo à aquisição interestadual de produtos da cesta básica sem a realização do estorno proporcional à redução de base de cálculo concedida pela legislação tributária estadual, no percentual de 58,82%.

Compulsando detidamente os autos, precisamente conta corrente da empresa autuada, verificamos que em alguns meses a empresa teve debito do imposto, o que pressupõe que o crédito nestes meses não foi apropriado. Desse modo deve-se considerar o que estabelece o inciso I § 5º do artigo 123 da Lei nº 12.670/96, que prevê a aplicação de multa de 20% (vinte por cento) quando o crédito não tiver sido aproveitado, no todo ou em parte. Refazendo a conta gráfica encontramos as seguintes informações para efeito do cálculo do imposto: Total de crédito não aproveitado no período R\$ 398.115,37 (meses de dezembro/2009 a outubro 2010 e dezembro de 2010) e aproveitado R\$ 38.582,55 (somente o mês de novembro de 2010).

Desta forma auto de infração deve-se reconhecer a ocorrência da infração à legislação tributária indicada pelo autuante que culminou com a lavratura do presente em decorrência da não realização do estorno exigido pela legislação tributária no período de dezembro de 2009 a dezembro de 2010, uma vez que restou comprovado o aproveitamento indevido dos créditos fiscais nas operações com produtos da cesta básica (leite em pó).

Ante ao exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação fiscal, nos termos da presente resolução e manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente por motivo justificado o Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque. Presente, para apresentação de defesa oral a representante legal da autuada, Dra. Rachel Ajami Holcman.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Crédito não aproveitado no	R\$ 398.115,37	20%	
Periodo	ICMS	Multa	Total

Dez/2009	a	0,00	R\$ 79.623,07	R\$ 79.623,07
Outubro 2010	e			
Dezembro de 2010				
Crédito aproveitado		ICMS E MULTA		
Período		ICMS	Multa	Total
Novembro de 2010		R\$ 19.524,62	R\$ 19.524,62	R\$ 39.049,24
Total	Crédito	R\$ 19.524,62	R\$ 99.147,69	R\$ 118.672,31
Tributário				

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **NESTLE BRASIL LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA**, resolvem:

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, resolve preliminarmente, por decisão unânime, afastar a preliminar de nulidade por imprecisão dos dispositivos legais infringidos. No mérito, por decisão unânime, resolve dar parcial provimento ao recurso, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, aplicando para o período em que não houve saldo credor a minorante do art. 123, parágrafo 5º da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator e manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque. Presente para apresentação de defesa oral, a representante legal da autuada, Dra. Rachel Ajami Holcman.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 05 de 12 de 2014.

Francisca Marta de Sousa
 Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
 Conselheiro Relator

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
 Conselheiro

Ana Mônica Aguiaras Menezes
 Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva
 Conselheiro

Matheus Lima Neto
 Procurador do Estado

Anelina Magalhães Torres
 Conselheira

José Gonçalves Feitosa
 Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
 Conselheira

Pedro Eleutério de Albuquerque
 Conselheiro