



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO N°: 703/2013

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 14/08/2013 (159ª SESSÃO ORDINÁRIA)

PROCESSO DE RECURSO N°: 1/3446/2010 AI N° 1/201005151

RECORRENTE: NESTLÉ BRASIL LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONS.RELATOR: EDILSON IZAIAS DE JESUS JUNIOR

EMENTA: ICMS - LANÇAR CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS.SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PERÍODO FISCALIZADO DE DEZEMBRO DE 2007 A DEZEMBRO DE 2008. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

1. Autuação baseada na impossibilidade de apropriação de crédito de ICMS, haja vista que o presente caso trata sobre substituição tributária nas entradas, tendo o contribuinte se apropriado indevidamente dos referidos créditos.

2. Alegação da defesa pela improcedência do respectivo Auto de Infração, haja vista que, in casu, haveria o direito ao creditamento por parte da empresa autuada.

3. Decisão em primeira instância que atesta a procedência da ação fiscal; rejeitando os argumentos do autuado.

4. Decisão Colegiada da 1ª Câmara, por unanimidade, pela reforma da decisão aforada em primeira instância no sentido de dar pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do feito fiscal, conforme atestado pela PERÍCIA:

UNANIMIDADE DE VOTOS.RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO. DANDO PELO PROVIMENTO PARCIAL DA ACUSAÇÃO. ALTERAÇÃO DA PENALIDADE. REFORMA DA DECISÃO DE 1º GRAU. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AUTUAÇÃO.

RELATÓRIO:

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: “ Lançar crédito indevido decorrente da entrada de mercadorias isentas, não tributadas ou em regime de substituição tributária. O contribuinte creditou-se no período de dezembro de 2007 a dezembro de 2008 o valor de R\$ 330.656,60 originários de entrada de produtos sujeitos a substituição tributária conforme demonstração complementar anexada a este auto de infração.”

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art. 123, inciso II, alínea “a” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

A sociedade empresária efetuou a sua defesa em fls. 18 afirmando que:

- 1) Os créditos provenientes de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária viola a sistemática da não-cumulatividade do ICMS, excepcionada somente em duas hipóteses: não incidência e isenção nos termos do art. 155, §2º, I da Constituição Federal;
- 2) A nulidade da ação fiscal haja vista o cerceamento do direito de defesa pela não apresentação dos anexos do auto de infração, já que a fiscalização afirma ter entregue ao contribuinte um “CD” contendo as planilhas e relatórios WORD do levantamento da auditoria, ocorre que tal “CD” teria informações de outra empresa que não a empresa em questão;
- 3) Os dispositivos legais mencionados pelo agente fiscal não dizem respeito a suposta a infração cometida pelo contribuinte, com exceção do art. 65, VI do RICMS;
- 4) A fiscalização não pode vedar o direito ao aproveitamento do ICMS da referida operação, em prestígio ao princípio da não-cumulatividade.

O Julgamento de 1ª Instância (fls. 91/95) ao analisar o processo afirma que:

- 1) Com relação ao “CD” pertencer a outra empresa, inexistente prova nos autos que possa sustentar os argumentos do contribuinte, e ante a presunção da veracidade dos atos administrativos é necessário prova material para infirmá-lo, o que não ocorre nos autos;
- 2) Na questão que incide sobre a impropriedade da fundamentação legal do auto de infração, as normas descritas dizem respeito à sistemática geral do regime de substituição tributária e estão diretamente relacionadas ao ilícito apontado.

- 3) No mérito a questão se dá de forma bastante simples, no momento do cálculo do imposto devido pelo regime da substituição tributária, os créditos relativos a tais mercadorias já foram levados em conta, ou seja, o valor recolhido pela autuada a título de ICMS já contempla o abatimento do imposto devido na operação anterior, conforme determina o art. 435, do RICMS;
- 4) Com relação a vedação ao aproveitamento do crédito de ICMS, tal procedimento é consequência lógica do próprio recolhimento por substituição tributária, o qual contempla o aproveitamento deste crédito por ocasião do cálculo do imposto quando da entrada das mercadorias em nosso Estado.

Por fim Julga PROCEDENTE o respectivo Auto de Infração.

O Recurso Voluntário denotado pela parte (fls. 97/109), em síntese, reafirma os argumentos já esposados na manifestação anterior.

O Parecer da Consultoria Tributária (fls. 116/120) corrobora a fundamentação trazida pelo Julgamento de 1ª instância, sugerindo a manutenção da PROCEDÊNCIA do feito fiscal.

Quando do julgamento em 2ª Instância, na 110ª sessão ordinária ocorrida no dia 10/06/2011, a 1ª Câmara de Julgamento CONVERTEU O FEITO EM DILIGÊNCIA para que o autuante apresente as planilhas que embasaram a ação fiscal e fosse efetuada a PERÍCIA nos autos.

A PERÍCIA se manifesta em fls. 125/128.

A 1ª Câmara de Julgamento (Ata de fls. 175/176) afastou as preliminares ora alegadas, no mérito CONVERTEU NOVAMENTE O FEITO EM REALIZAÇÃO DE PERÍCIA para que seja refeita a conta gráfica do contribuinte, no intuito da aplicação da minorante do art. 123, §5º da Lei 12.670/97.

O laudo pericial refaz a conta gráfica da empresa em questão e afirma que “observamos que, no período fiscalizado de dezembro/2007 a dezembro/2008, o contribuinte creditou-se indevidamente de R\$ 330.656,60, dos quais aproveitou R\$ 170.790,42, deixando de recolher este valor ao Estado, e a diferença no valor de R\$ 159.866,18 não aproveitou no mesmo período.”

A manifestação da empresa, após tal PERÍCIA, em fls.335/337, CONCORDA COM O LAUDÓ PERICIAL, no sentido de que haja a redução da penalidade.

Eis, o relatório.

VOTO:

A ação fiscal em tela teve como objeto a acusação de creditamento indevido de mercadorias sujeitas a substituição tributária nos períodos de 12/2007 a 12/2008, com penalidade prevista no art. 123, II, "a" da Lei 12.670/96 vejamos.

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

II - com relação ao crédito do ICMS:

a) 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: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;

Vemos inicialmente que o agente atuante procedeu com a análise fiscal através do cotejamento entre os documentos de arrecadação estadual, relatórios provenientes do sistema de informação gerencial, juntamente com as notas fiscais de entrada de mercadorias do contribuinte em tela e o livro de registro de apuração do ICMS.

O agente fiscal constata, quando da análise acima mencionada, que o contribuinte utilizou integralmente os créditos das mercadorias sujeitas à substituição tributária, de forma que houve, segundo o agente atuante, o desrespeito ao art. 65, VI do Decreto n.º 24.569/97, vejamos.

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

I - operação ou prestação beneficiadas com isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;

II - entrada de bem destinado ao uso ou consumo do estabelecimento, bem como os respectivos serviços de transporte, até a data prevista em Lei Complementar.

III - entrada de bem ou mercadoria para ativo permanente ou consumo usado exclusivamente na área administrativa e que não seja necessário nem usual ou normal ao processo industrial, comercial, agropecuário ou na prestação de serviços;

IV - entrada de mercadoria ou a contratação de serviços acobertados com documento fiscal em que seja indicado estabelecimento destinatário diferente do receptor da mercadoria ou do usuário do serviço;

V - entrada de mercadoria e respectivo serviço, quando for o caso, recebida para integrar o processo de industrialização ou de produção rural ou neles ser consumida e cuja ulterior saída do produto dela resultante ocorra sem débito do imposto, sendo esta circunstância conhecida na data da entrada;

VI - entrada de mercadoria e respectivo serviço, quando for o caso, recebida para comercialização, quando sua posterior saída ocorra sem débito do imposto, sendo esta circunstância conhecida na data da entrada;

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;

VIII - quando a operação ou a prestação não estiverem acobertadas pela primeira via do documento fiscal, salvo comprovação do registro da operação ou da prestação no livro Registro de Saídas do contribuinte que as promoveram, ou sendo o documento fiscal inidôneo.

Com relação as preliminares argüidas pela recorrente, temos que pontuar que: 1) o "CD" contendo informações fiscais de uma possível empresa que não tem qualquer relação com o presente feito fiscal, a mesma não impediu o direito de defesa já que toda a documentação probatória consta nos autos e foi realizado perícia, onde se constatou a real base de cálculo para o lançamento do tributo, contribuindo para a busca da verdade real e denotando o amplo exercício de defesa pela empresa atuada.

Já com relação ao argumento de que os dispositivos que fundamentam a acusação não dizem respeito à infração cometida pela recorrente, é digno que se diga que o contribuinte se defende dos fatos a ele alegados e não da capitulação legal atribuída pelo autuante, já que cabe ao Contencioso Administrativo Tributário a análise da legalidade do ato administrativo do Auto de Infração.

O ponto controverso na presente questão se dá exatamente no entendimento da empresa atuada que TERIA direito ao crédito proveniente das operações de substituição tributária elencadas nos autos.

Com relação a tal ponto devemos ressaltar que o direito ao creditamento do ICMS, na sistemática da não-cumulatividade não se mantém inserido numa esfera de direito absoluto, já que a própria Constituição Federal traz exceções para tal direito, explanados dentro do próprio texto constitucional e da legislação infraconstitucional.

Em verdade a Substituição Tributária se insere num contexto de importante política fiscal no sentido de promover a recuperação de receitas do ICMS em setores-chave da economia, sem a elevação da carga tributária.

Na substituição tributária “para frente” temos o contribuinte substituto que efetua o pagamento do tributo por toda a cadeia posterior de movimentação da mercadoria, de modo que em decorrência do imposto já ter sido recolhido até a última operação, não gera créditos ao adquirente das mercadorias nas operações subsequentes (salvo as exceções legais como no caso da exportação).

Desse modo a empresa em questão não poderia ter se apropriado de créditos de ICMS que legalmente não poderia fazê-lo, indo de encontro as normas constitucionais/lais aplicáveis à espécie.

Devemos ressaltar que com o advento da PERÍCIA houve a demonstração da existência de créditos aproveitados e créditos não aproveitados, o que influencia diretamente no enquadramento da penalidade ao caso.

Ao final a própria empresa concorda com os termos da Perícia pugnando pelo acolhimento na integralidade da mesma (fls. 337).

Isto posto, **VOTO** no sentido de:

Que se conheça do Recurso Voluntário, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para que, **REFORMANDO** a decisão prolatada em primeira instância no sentido de aplicar para os créditos não aproveitados a penalidade inserta no art. 123, §5º, I da Lei 12.670/96 e, para os créditos aproveitados o disposto no art. 123, II, “a” do mesmo diploma legal.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO

- 1. Créditos aproveitados R\$ 170.790,42**
Multa: Art. 123, II, “a” R\$ 170.790,42
- 2. Créditos não-aproveitados R\$ 159.866,18**
Multa: Art. 123, §5º, “I” R\$ 31.973,23

Total do valor devido ao Estado
Principal: R\$ 170.790,42
Multa: R\$ 202.763,65
Total: R\$ 373.554,07

É o voto.

DECISÃO:

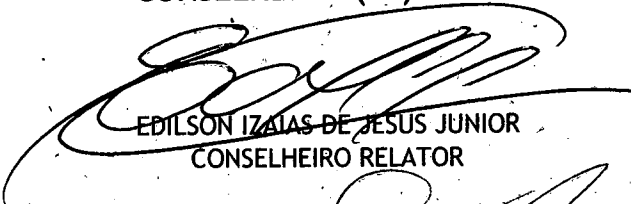
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **NESTLÉ BRASIL LTDA E CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA RESOLVEM**, os membros da Primeira Câmara do Conselho de Recursos Tributários, sob a presidência da Dra. Francisca Marta de Sousa, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão proferida pela 1ª Instância, no sentido de aplicar para os créditos não aproveitados a penalidade inserta no art. 123, §5º, I da Lei 12.670/96 e, para o crédito aproveitado o disposto no art. 123, II, "a" do mesmo diploma legal, nos termos do voto do relator, contrário ao parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de ~~MARÇO~~ de 2014.


Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado

CONSELHEIROS(AS):


EDILSON IZAIAS DE JESUS JUNIOR
CONSELHEIRO RELATOR


ANNELINE MAGALHÃES TORRES
CONSELHEIRA


MARCUS AURELIO BINDA DE QUEIROZ
CONSELHEIRO


VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE
CONSELHEIRO


ANA MONICA FILGUEIRAS MENESCAL
CONSELHEIRO


JOSÉ GONÇALVES FEITOSA
CONSELHEIRO


FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA
CONSELHEIRO


PEDRO ELEUTÉRIO DE ALBUQUERQUE
CONSELHEIRO