

**ESTADO DO CEARÁ**  
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**  
**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**  
**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

**RESOLUÇÃO Nº 761/2013**

**141ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 05.08.2013**

**PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/2244/2010**

**AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2010.05150**

**RECORRENTE: NESTLÉ BRASIL LTDA.**

**RECORRIDO: CEJUL**

**RELATOR: CONSELHEIRO ANDRÉ ARRAES DE AQUINO MARTINS**

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO PROVENIENTE DE REGISTRO NO LIVRO DE R.E.M DE PRODUTOS DA CESTA BÁSICA SEM REDUÇÕ DE BASE CÁLCULO QUANDO A SAÍDA FOR REGISTRADA COM REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO ESTORNO PROPORCIONAL DE CRÉDITO REFERENTE A SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A CESTA BÁSICA. PERÍODO DE 12/2007 A 12/2008. INFRAÇÃO COMPROVADA. AUTUAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE APENAS PARA APLICAR A MINORANTE CONSTANTE DO §5.º, DO ART. 123, SOBRE O MONTANTE DO CRÉDITO INDEVIDO QUE NÃO FOI APROVEITADO. ARTIGOS INFRINGIDOS: 41, §§ 2 E 3 DO RICMS. PENALIDADES: ART. 123, II, A E §5.º DA LEI N.º 12.670/96.**

*AM*<sup>1</sup>

## RELATÓRIO

A peça inicial acusa o contribuinte de utilizar crédito indevido, no valor de R\$ 228.060,96, no período de 2007 e 2008, uma vez que não teria realizado o estorno proporcional do crédito de ICMS referente às suas aquisições de mercadorias integrantes da cesta básica.

O lançamento teve como dispositivo legal infringido o Art. 41, parágrafos 2 e 3 do Decreto nº 24.569/97, e aplicou a penalidade prevista no Art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

O Crédito Tributário apurado foi de ICMS no valor de R\$ 228.060,96 (duzentos e vinte e oito mil, sessenta reais e noventa e seis centavos) e MULTA no mesmo valor.

Nas informações complementares de fls. 04 os agentes fiscais detalharam os procedimentos utilizados na presente ação fiscal.

O contribuinte apresentou tempestivamente impugnação ao feito fiscal, conforme fls. 22 a 41 dos autos, alegando que:

- a) É improcedente o lançamento por afronta ao princípio da não cumulatividade;
- b) O convênio 128/94 que autorizou os Estados a estabelecerem carga tributária de 7% para produtos da cesta básica não determina o estorno proporcional dos créditos;
- c) O art. 155 da CF/88, que trata da não-cumulatividade, somente prevê duas hipóteses nas quais não é admitido o crédito de ICMS (isenção e não incidência);
- d) A redução da base de cálculo, dos produtos da cesta básica, não está entre as limitações de aproveitamento de crédito do ICMS prevista no §2.º do art. 155, da CF/88;
- e) As normas estaduais que determinam o estorno proporcional dos

créditos são inconstitucionais; e

f) A norma estadual que exige o estorno viola o convênio 128/94

Em primeira Instância, o Julgador Singular declarou a **PROCEDENCIA** do Auto de Infração, nos mesmos termos da autuação.

Inconformado com a decisão singular, a Autuada apresentou Recurso Voluntário alegando os mesmos argumentos de impugnação, acrescentando apenas quanto a alegação de nulidade, por cerceamento ao direito de defesa, em razão de supostamente não ter tido acesso as informações anexas ao auto de infração

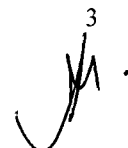
Por meio do Parecer nº. 41/2011, a Consultoria Tributária opinou no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto, devendo ser confirmada a decisão de PROCEDENCIA proferida em primeira instância.

O processo entrou em pauta de julgamento para sessão do dia 09 de junho de 2011, onde a decisão foi a seguinte: *“A 1.ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, para converter o curso do julgamento em realização de diligência, junto ao fiscal autuante para que o mesmo apresente as planilhas que embasaram a ação fiscal...”*

*A diligência foi realizada, onde foram apresentadas as planilhas requeridas.*

O processo, então, entrou novamente em pauta de julgamento para a sessão do dia 14 de setembro de 2012, onde o julgamento foi nos seguintes termos:

*“A 1.ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário. No que atine aos aspectos meritórios, esta egrégia câmara entendeu plenamente caracterizado o ilícito denunciado, ou seja, a configuração agasalhado com a tipificação do crédito indevido. Por imperioso, há de ressaltar-se que na hipótese dos autos, mesmo diante da convicção da infração em debate resolve-se converter o curso do processo em realização de diligência, para que na busca incessante da justiça fiscal, seja refeita a conta gráfica do*

3  


contribuinte, nos termos de despacho exarado pelo relator, considerando as operações objeto da autuação, medida esta imprescindível para a aplicabilidade da minorante constante no art. 123, §5.º, da Lei n.º 12.670/96. Ausente, justificadamente o Conselheiro José Gonçalves Feitosa. Presente para apresentação de sustentação oral o representante legal da autuada, Dr. Marcelo Benz Debatin da Silveira que, por ocasião da sustentação oral declinou da preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, sob alegação de que a parte não teve acesso aos anexos do Auto de Infração, nos quais estão relacionadas as operações que são objeto da autuação”.

O processo, então, foi convertido em perícia que apresentou laudo pericial com a seguinte conclusão:

“Foi elaborada planilha da conta gráfica do período fiscalizado conforme solicitado pelo Conselheiro onde o crédito indevido apurado considerado pela fiscalização é de R\$ 228.060,97, o crédito indevido efetivamente aproveitado no mês de novembro de 2008 é R\$ 56.781,91 e o crédito indevido lançado e não aproveitado no período fiscalizado é de R\$ 171.279,06”.

Intimada sobre o laudo pericial, a Recorrente vem aos autos onde apresenta manifestação do sentido de requerer a aplicação da penalidade prevista no §5.º, do art. 123, da Lei n.º 12.670/96.

É o Relatório.

#### **VOTO DO RELATOR**

Trata-se de Auto de Infração referente à suposto creditamento indevido de ICMS, no valor de R\$ 228.060,96, em razão de suposta ausência de estorno de crédito de ICMS, no ano de 2007 e 2008, em suas aquisições de mercadorias integrantes da cesta básica.

Em que pese a vasta documentação acostada aos autos pela fiscalização, assim como das planilhas elaboradas, o Autuado, em sua Impugnação alega a ausência da infração pretendida.

Inicialmente alega que a forma como procedeu ao creditamento estaria conforme a legislação tributária e ao princípio da não cumulatividade.

Em que pese tais argumentos, vale ressaltar que a legislação estadual, no art. 66, inciso V, do RICMS, prevê expressamente a necessidade do estorno do ICMS de que tiver se creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de operação subsequente com redução de base de cálculo.

Quanto ao princípio da não cumulatividade, por sua vez, destaque-se que não cabe a este conselho a analisar a constitucionalidade de leis ou decretos. Tal competência deve ser realizado pelo poder judiciário.

Sendo assim, não restam dúvidas quanto a configuração da infração objeto do auto de infração de que se cuida.

De todo modo, em que pesa a ocorrência da infração, o ilustre fiscal autuante não aplicou ao caso a penalidade correta.

Conforme ficou demonstrado pela pericia realizada nos autos, do total do crédito tributário indevido de R\$ 228.060,97, o crédito indevido efetivamente aproveitado foi apenas no valor de R\$ 56.781,91, enquanto o crédito indevido lançado e não aproveitado no período fiscalizado foi de R\$ 171.279,06.

Diante de tais informações, como penalidade as infrações, deve-se aplicar a penalidade prevista no art. 123, §5.º, da Lei n.º 12.670/96, para o valor do crédito indevido, de R\$ 171.279,06, e a penalidade prevista no art. 123, II, a, da Lei n.º 12.670/96, para o valor de crédito indevido de R\$ 56.781,91.

**Em sendo assim, entendo que o presente auto de infração deve ser julgado PARCIAL PROCEDENTE, motivo pelo qual VOTO para que se conheça do recurso voluntário interposto e lhe sejam DADO PARCIAL PROVIMENTO,**

reformando a decisão de **PROCEDENCIA**, proferida em primeira instância, para a **PARCIAL PROCEDENCIA**, conforme parecer da procuradoria alterado em sessão.

É o voto.

**APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

ICMS: R\$ 56.781,91

MULTA CREDITO EFETIVAMENTE APROVEITADO: R\$ 56.781,91 ✓

MULTA CRÉDITO NÃO APROVEITADO: R\$ 34.257,81 ✓

---

Total: R\$ 147.821,63

**DECISÃO**

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente a **NESTLÉ BRASIL LTDA.** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1.ª INSTÂNCIA.** A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, com base em laudo pericial, nos termos do voto do Relator, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausentes, para apresentação de defesa oral, os representantes legais da recorrente, Dr. Fernando Sciascia Cruz e Eduardo Martinelle Carvalho.

SALA DAS SESSÕES, em Fortaleza, aos **19** de **11** de 2013.


Francisca Marta de Sousa  
Presidente

Matteus Viana Neto  
Procurador do Estado

  
Alexandre Mendes de Sousa  
Conselheiro

  
Anneline Magalhães Torres  
Conselheira

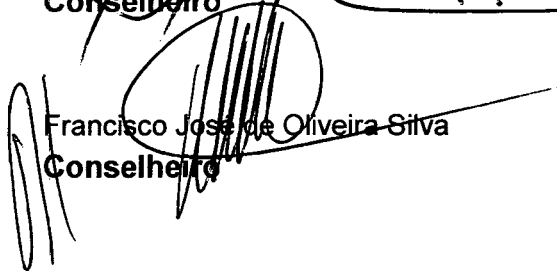
  
Manoel Marcelo Augusto Marques Neto  
Conselheiro

  
Vanessa Albuquerque Valente  
Conselheira

20/11/13  
20%  
total / parcial -  
não apio - 1  
6  
resumo  
parcial  
total / parcial -  
aproveitado



Ana Mónica Aguires Menescal  
Conselheiro



Francisco José de Oliveira Silva  
Conselheiro

11  
  
José Gonçalves Feitosa  
Conselheiro



André Arraês de Aquino Martins  
Conselheiro Relator