



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

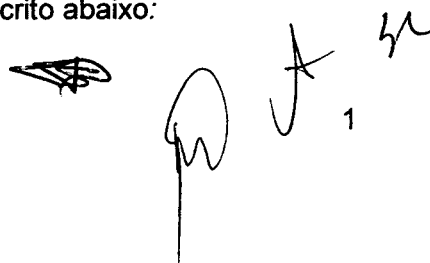
RESOLUÇÃO Nº 034 /2011
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
169ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 08/10/2010
PROCESSO Nº: 1/3607/2006
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/200620513
RECORRENTE: NESTLÉ BRASIL LTDA
RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTES: ANTÔNIO CÉSAR PINHEIRO SILVA e WALMAR PINHEIRO LIMA
MATRÍCULAS: 105.855-1-1 e 006720-1-7
RELATOR: CONSELHEIRO SAMUEL ARAGÃO SILVA

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS. Autoridade fazendária denunciou na peça inaugural a utilização indevida de créditos fiscais. Recurso voluntário conhecido e provido. Ausência de Termo de Intimação para estorno dos créditos apropriados irregularmente, consoante dispõem a Instrução Normativa nº 14/2004 e a Norma de Execução nº 05/2005. Auto de infração julgado NULO, por maioria de votos, em desacordo com o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação acerca da acusação de aproveitamento indevido de crédito fiscal de mercadorias adquiridas com incentivo fiscal do Estado de Pernambuco.

O ilícito fiscal supramencionado originou-se de uma fiscalização ampla no estabelecimento da empresa, resultando na lavratura de diversos autos de infração, instante no qual foi detectada a utilização irregular de créditos fiscais de mercadorias com passagem indireta no Estado de Pernambuco e com expressa vedação da legislação estadual. Auto de infração lavrado em 31/08/06, com fulcro no art. 65, inciso VII do Decreto 24.569/97, transcrito abaixo:


1



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

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

...
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."

O Auto de Infração, em análise, teve como relato da infração, *in verbis*:

"LANCAR CREDITO INDEVIDO DE ICMS, EM VIRTUDE DE ENTRADA DE MERCADORIA OU AQUISICAO DE SERVICO CUJO IMPOSTO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL DE ORIGEM TIVER SIDO DEVOLVIDO, NO TODO OU EM PARTE PELA ENTIDADE TRIBUTANTE,...
CONTRIBUINTE USOU CREDITOS FISCAIS ORIGINARIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO COM INCENTIVO FISCAL NO EXERCICIO DE 2002, CONFORME FAZ PROVA A INFORMACAO COMPLEMENTAR ANEXA A ESTE AUTO DE INFRACAO." (*sic*).

O auditor indicou como penalidade, a preceituada no art. 123, II, alínea "a" da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento do crédito tributário não recolhido e de multa equivalente a 100% do valor dos créditos aproveitados de maneira irregular. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Principal	R\$ 637.448,00
Multa (30%)	R\$ 637.448,00
Total a Pagar	R\$ 1.274.896,00

O processo foi instruído, inicialmente, com o Auto de Infração nº 200620513-7, Ordem de Serviço nº 2006.16453, Termo de Início de Fiscalização nº 2006.14951, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2006.23484, Cópias do Decreto nº 23.079/2001 (instituiu o incentivo à empresa no Estado de Pernambuco) e da inscrição da empresa naquele Estado.

2



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Por meio de despacho exarado pela Célula de Julgamento de 1ª Instância foi determinado aos fiscais autuantes que procedessem a juntada do demonstrativo dos créditos indevidamente aproveitados que deram ensejo ao presente Auto de Infração. Atendida a determinação com a juntada das planilhas de fls. 24 a 35.

A empresa autuada tomou ciência pessoal no próprio auto de infração em 04/09/06. Não obstante a solicitação de prorrogação do prazo para apresentação de defesa, o contribuinte não apresentou as suas razões em primeira instância.

O julgador monocrático concluiu pela **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal e intimou a empresa autuada a recolher aos cofres fazendários, no prazo legal de 20 (vinte) dias, a contar da data da ciência da referida decisão, o valor estipulado pelo agente fiscal, com os devidos acréscimos legais ou interpor recurso em igual prazo (*vide* fls. 36/40).

A decisão proferida em 1ª Instância entendeu ser procedente a autuação em baila, visto que a irregularidade está devidamente caracterizada pela falta de recolhimento do imposto creditado, conforme dispõe o art. 19 da Lei Complementar 87/96 e por ofensa aos arts. 60 do Decreto 24.569/97 e 51 da Lei 12.670/96.

A autuada foi intimada por A.R. em 11/07/2007, do julgamento **PROCEDENTE** da ação fiscal e do prazo de 20 (vinte) dias para recolhimento do crédito tributário ao erário estadual ou interposição de recurso voluntário em igual prazo.

A empresa, irresignada com a decisão singular, interpôs recurso voluntário de fls.70/91, aduzindo em suma a regularidade do creditamento com base no disposto na Lei Complementar 24/75, que a autuação ofende o princípio constitucional da não-cumulatividade e a competência tributária do Estado de Pernambuco, a inaplicabilidade do art. 65, inciso VII do RICMS/CE por ofensa à Carta Magna e ao art. 8º da Lei Complementar 24/75 e excessos no arbitramento da penalidade. Por fim, instou pelo conhecimento e **PROVIMENTO** do recurso, para que fosse reformada a decisão de 1ª Instância com o cancelamento da autuação.

A Consultoria Tributária, através do parecer de fls. 94/96, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado, esclareceu que os benefícios fiscais somente podem ser concedidos por meio de legislação específica de cada unidade da Federação e com validade exclusiva no seu território nos termos do parágrafo 6º do art. 150 da Constituição Federal, para que os benefícios tenham validade em outra unidade federada somente por meio de convênio, consoante o art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea "g" c/c art. 102 do Código Tributário Nacional, que as normas infraconstitucionais podem estabelecer as condições que vedam a

42



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

utilização dos créditos fiscais, entende não ser possível a análise da constitucionalidade das normas em âmbito administrativo e que a penalidade é fixada pelo legislador e que mantém a proporção com a gravidade da infração. Por fim, opinou pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, a fim de que seja confirmada a decisão condenatória proferida na instância monocrática.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer de fls. 94/96, consoante manifestação às fls. 97.

A Egrégia 2ª Câmara de Julgamento converteu o curso do processo em diligência a fim de que fosse anexado aos autos o Termo de Intimação de que trata a Instrução Normativa 14/2004, por se tratar de questão preliminar à análise do mérito da autuação.

Em resposta a autoridade fiscal informa que o contribuinte não estava sujeito ao que dispõe a Instrução Normativa 14/2004 por não estar relacionada na Norma de Execução 05/2005, razão pela qual não há como atender à solicitação da Egrégia 2ª Câmara.

O Ilustre Conselheiro Alexandre Mendes de Souza, após pedido de vistas dos autos, manifesta-se às fls. 140/144 pela nulidade da autuação por verificar que foi realizada em desacordo com a Norma de Execução 05/2005.

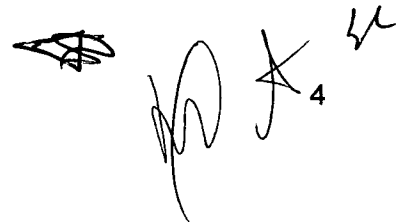
É o relatório.

VOTO DO RELATOR

A presente ação fiscal reclama que a empresa acima identificada aproveitou indevidamente os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de entrada de mercadorias advindas do Estado de Pernambuco, conforme se infere dos demonstrativos de fls. 24/35.

Os referidos créditos fiscais foram considerados indevidos em razão de não ter sido comprovado o correspondente recolhimento do ICMS ao Estado de Pernambuco, decorrência do benefício fiscal instituído naquela unidade federada pelo Decreto nº 23.079/2001, que concedeu o crédito presumido de 3% para a Recorrente nas operações interestaduais.

Sobre a matéria em análise, a Instrução Normativa nº 14/2004, estabelece procedimentos relativos à fiscalização ao comprovar a utilização de créditos fiscais com vedação legal, nos seguintes termos:

 4



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

“Art. 1º - O crédito do ICMS correspondente à entrada, a qualquer título, de mercadoria ou serviço, em estabelecimento localizado neste Estado, por estabelecimento que seja beneficiário de incentivo fiscal concedido sem amparo em Convênio celebrado no âmbito do Conselho de Política Fazendária – CONFAZ, só será admitido na mesma proporção em que o imposto tenha sido efetivamente recolhido à Unidade da Federação de origem.

(...)

Art. 2º - A autoridade administrativa que verificar, no exercício de suas atividades, a apropriação, por contribuintes deste Estado, de créditos tributários em desacordo com o artigo anterior deverá adotar os seguintes procedimentos:

I-omisso

II- quando nos procedimentos de fiscalização, emitir notificação ao contribuinte, que tiver se apropriado de créditos fiscais a que se refere o caput, determinando seu estorno, nos termos do Parágrafo Único do artigo 46 da Lei nº 12.670, de 30 de dezembro de 1996.

III- omissos

§ 1º O estorno a que se refere o inciso II deverá ser realizado no prazo de dez dias, contados da data da ciência do contribuinte na notificação.” (grifos acrescentados)

No presente caso, verificamos que os agentes do Fisco emitiram somente o Termo de Início de Fiscalização nº 2006.14951, solicitando ao sujeito passivo a apresentação dos livros e documentos contábeis e fiscais necessários a consecução da fiscalização.

Acontece que a autuação versa sobre o aproveitamento indevido dos créditos fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias do Estado de Pernambuco concedido por meio de incentivo fiscal sem amparo em Convênio.

Portanto, caberia aos fiscais autuantes, antes da lavratura de qualquer Auto de Infração, a emissão de Termo de Notificação ao contribuinte para que o mesmo, no prazo de 10 dias, procedesse ao estorno dos créditos indevidos em observância ao que dispõe a aludida Instrução Normativa nº 14/2004 e também na Norma de Execução nº 05/2005.



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

Vale ressaltar que houve equívoco da fiscalização ao mencionar que a empresa emitente das Notas Fiscais não estava relacionada na Norma de Execução 05/2005, razão pela qual não se aplicaria as disposições da IN nº 14/2004. Com efeito, observando atentamente a Norma de Execução 05/2005, é possível verificar que a empresa emitente das Notas Fiscais consta efetivamente naquela relação.

Desta forma, entendemos que o Auto de Infração em tela deve ser declarado nulo por inobservância ao devido processo legal, ou seja, por preterição das garantias processuais constitucionais, em decorrência da não lavratura do Termo de Notificação, previsto na supramencionada Instrução Normativa nº 14/2004 e na Norma de Execução nº 05/2005, referente à acusação da inicial.

A declaração de Nulidade tem esteio no artigo 32 da Lei 12.732/97, *in verbis*:

“Art. 32. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.”

Atentamos que, diante da falha processual acima citada se tratar de questão preliminar ao exame de mérito, deixamos de apreciar os argumentos da recorrente.

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, para declarar a NULIDADE do feito fiscal, em razão da inobservância ao inciso II, do art. 2º da Instrução Normativa 14/2004 e do art. 2º, inciso II da Norma de Execução nº 05/2005, em desconformidade com o parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

52



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

DECISÃO

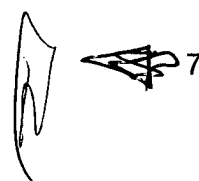
Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **NESTLÉ BRASIL LTDA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. Com relação a proposição de diligência feita pelo Conselheiro Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, para que, considerando que a empresa é alvo de monitoramento pela SEFAZ, seja verificado se por ocasião desse procedimento, a empresa foi notificada a estornar os créditos em questão, nos termos do inciso II, do art. 2º da Norma de Execução 05/2005 – A proposição de diligência foi afastada, por maioria de votos. Foram votos vencidos, favoráveis à diligência, os dos Conselheiros Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, Francisco José de Oliveira Silva e Antonio Gilson Aragão de Carvalho. O Conselheiro Relator manifestou o entendimento de que mesmo havendo a notificação por ocasião do monitoramento deve haver também no decorrer da ação fiscal. O Conselheiro João Carlos Mineiro Moreira foi contrário à diligência, *“tendo em vista que na página 117 deste processo, o próprio fiscal atuante menciona no parágrafo quinto, que tinha conhecimento da Instrução Normativa 05/2005 e que necessitaria do Termo de Intimação, e não o fez no processo”*. Dando sequência ao julgamento, a 2ª Câmara resolve, por maioria de votos, dar provimento ao recurso interposto, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e, em grau de preliminar, declarar a **nulidade do processo**, nos termos do art. 32 da Lei nº 12.732/97, já que restou configurada preterição as garantias processuais constitucionais do contribuinte, sob o entendimento de que a ação fiscal foi realizada em desacordo com o inciso II, do art. 2º, da Norma de Execução 05/2005, e com o art. 1º da Instrução Normativa 14/2005, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Francisco José de Oliveira Silva, Antonio Gilson Aragão de Carvalho e Manoel Marcelo Augusto Marques Neto. O Conselheiro Antonio Gilson Aragão de Carvalho afirmou, por ocasião de seu voto, que conforme o art. 138, parágrafo único do CTN, não há espontaneidade após o início de qualquer procedimento fiscal. Esteve presente apenas para acompanhar o julgamento do processo, a Dra. Mayara Assunção Sousa.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza/CE, aos 13 de janeiro de 2011.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO





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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**


Francisco José de Oliveira Silva

CONSELHEIRO


Antônio Gilson Aragão de Carvalho

CONSELHEIRO


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva

CONSELHEIRO RELATOR


Marcos Antonio Brasil

CONSELHEIRO


Sebastião Almeida de Araújo

CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO