



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
*Secretaria da Fazenda
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento*

RESOLUÇÃO Nº: 203...../2012.

SESSÃO: 6ª ORDINÁRIA de 11 de janeiro de 2012.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4220/2009

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/200912084.

RECORRENTE: BRF – BRASIL FOODS S/A (PERDIGÃO S/A).

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO.

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO. AUTO DE INFRAÇÃO NULO, sob o juízo de que foi praticado sob flagrante impedimento do agente fiscal diante da ausência de concessão de prazo para o contribuinte regularizar-se espontaneamente, conforme disposto no art. 46, § 3º, da Lei 14.447/2009 e Norma de Execução 04/2009. Recurso voluntário conhecido e provido. Modificada a decisão singular por votação unânime, nos termos do Parecer oral do Representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra a empresa: **BRF – BRASIL FOODS S/A (PERDIGÃO S/A)**.

“Lançar crédito indevido de ICMS, em virtude de 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. A empresa creditou-se indevidamente de parte de ICMS de aquisições interestaduais a título de transferência de filial em 2004, contrariando a legislação em vigor. Segue Informação Complementar e relatórios da infração”.

ICMS R\$ 371.699,69

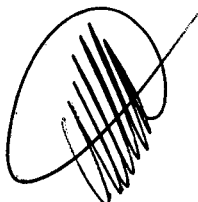
MULTA R\$ 371.699,69

Dispositivos infringidos: Art. 65, VII do Decreto 24.569/97. Penalidade: Art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03.

Esclarece o fiscal nas informações complementares que:

1. Foi feita uma análise na documentação fiscal da empresa no tocante as entradas interestaduais a título de transferência de mercadorias do Estado de Pernambuco para o Estado do Ceará relativo a uma diferença caracterizada como crédito indevido no exercício de 2004;
2. O Decreto nº 21.959/99 regulamentou o Programa de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco – PRODEPE, nos termos da Lei nº 11.675/99, cuja finalidade é atrair e fomentar investimentos na atividade industrial e no comércio atacadista de Pernambuco, mediante a concessão de incentivos fiscais e financeiros. Por sua vez, o Decreto nº 23927/2001 dispõe sobre a fruição do estímulo previsto na lei;
3. A Lei Complementar nº 24/1975 dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias;
4. Pelas razões implícitas na Constituição Federal e na Lei Complementar 24/75, somente foi admitido neste trabalho o imposto correspondente ao montante efetivamente pago na operação, fazendo constar o estorno respectivo do crédito presumido angariado através do incentivo fiscal da PRODESPE. Cita como reforço o art. 65, VII do RICMS;
5. Para a consecução do trabalho houve a necessidade de se extrair do meio magnético original das entradas, enviado pela empresa as operações de transferência interestadual de filial do Estado do Pernambuco, dando ênfase aos itens de produtos, aos valores de saídas e data de entradas como forma de averiguar o estorno do ICMS incentivo fiscal;
6. Disponibilizamos, em anexo, planilha de cálculo de estorno de ICMS incentivo fiscal elaborada através do arquivo original de entradas, da DIF de exercício de 2004, da relação das notas fiscais de aquisição da empresa remetente do Estado do Pernambuco para o devido confronto de entradas dos documentos fiscais no período analisado, com os respectivos aproveitamentos do ICMS creditados e não estornados pela empresa autuada;
7. Para efeito de base de cálculo da infração apontada foram observados nos documentos fiscais de aquisição os produtos estritamente elencados no decreto como beneficiados pelo incentivo fiscal. Não houve necessidade de refazer a Conta Gráfica do ICMS no exercício sob ação fiscal, em face da mesma apresentar saldo devedor no exercício analisado.

O processo foi instruído com Auto de Infração nº 200912084-5 (folha 02); Informações Complementares (folhas 03 à 08); Ordem de Serviço nº 2009.07016 (folha 09); Termo de Início de Fiscalização nº 2009.05106 (folha 10); Ordem de Serviço nº 2009.15973 (folha 11); Termo de Início de Fiscalização nº 2009.13248 (folha 12); Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2009.18134 (folha 13); Planilha do Estorno de Crédito não realizado (folhas 14 à 38); cópias das notas fiscais (folhas 39 à 517).



O contribuinte vem aos autos apresentar defesa, às fls. 546 à 565, nos seguintes termos:

1. Primeiramente, convém registrar que o presente lançamento, em relação ao crédito tomado no período anterior à 15/09/2004, sequer poderia ter sido realizado, dada a preclusão do direito do fisco de constituir-lo, a teor do estatuído pelo § 4º, do art. 150, do CTN, combinado com o parágrafo único do art. 149, do mesmo diploma legal;
2. No Brasil, a regra sobre a compensação é constitucional, ampla e irrestrita. Nenhuma lei, muito menos Regulamento ou Resolução pode impor limitação ao crédito que o Texto Constitucional não tenha fixado;
3. As únicas limitações possíveis do direito ao creditamento do ICMS estão expressamente previstas na Constituição Federal, em seu artigo 155, § 2º, II, alíneas "a" e "b", as quais se referem às entradas de mercadorias ou utilização de serviços

quando a saída ou prestação subseqüentes não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto;

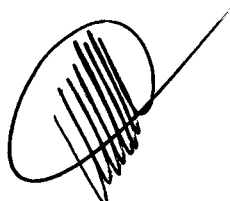
4. O Decreto nº 23.927/2001, do Estado do Pernambuco, enquanto não for declarado inconstitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, perante o ordenamento jurídico o mesmo é válido, vigente e eficaz. Se o Estado do Ceará se sentiu prejudicado pela concessão do aludido crédito presumido, o mesmo deve impugnar a referida norma através dos meios processuais próprios;
5. O art. 8º, I, da Lei Complementar nº 24/75 não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, vez que esta só proíbe o crédito do imposto nos casos de isenção ou de não-incidência. O presumido concedido pelo Estado do Pernambuco em nada se assemelha à isenção ou não-incidência, nem à redução de base de cálculo, na medida em que tal crédito presumido somente altera o valor do ICMS a ser pago ao Estado do Pernambuco, não modificando o valor do imposto devido na operação, como ocorre no caso de redução de base de cálculo;
6. Em sendo declarado nulo o ato que concedera o crédito presumido, eventual diferença não paga na origem passa a ser exigível, confirmando-se a legitimidade do direito ao crédito do destinatário;

O julgador de 1ª instância manifestou-se pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, sob o argumento de que com base no art. 150, § 4º, do CTN e em consonância com a ciência do auto de infração, caduco estava o direito do Fisco para efetuar o lançamento tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 1.1.2004 à 15.9.2004, os quais devem ser excluídos do presente lançamento tributário.

Inconformado com a decisão monocrática, o autuado vem aos autos interpor recurso voluntário, às fls. 483 à 509, reiterando os argumentos defensórios já expostos e argumentando que:

1. A multa em relação aos supostos fatos geradores ocorridos antes de julho de 2009, decorrente do AIIM em questão é, portanto, posterior à sucessão empresarial, não podendo ser exigida da recorrente em razão do disposto nos arts. 132 e 133 do CTN, não havendo que se falar em sua responsabilidade como sucessora;
2. As multas aplicadas em desfavor da recorrente devem ser excluídas de cada infração fiscal, diante da abusividade e confiscatoriedade que lhes são intrínsecas.

É o relatório.



VOTO DO RELATOR

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte acima nominado lançou em sua conta gráfica créditos indevidos no montante de R\$ 371.699,69 (Trezentos e setenta e um mil, seiscentos e noventa e nove reais e sessenta e nove centavos) decorrente da concessão de incentivo fiscal pelo Estado de Pernambuco.

O governo do Estado de Pernambuco visando ao desenvolvimento dos setores industrial, comercial e tecnológico de Pernambuco vem, ao longo do tempo, fazendo uso de incentivos fiscais. O incentivo fiscal pode se consubstanciar sob várias formas como, por exemplo, a redução da base de cálculo sobre a qual o imposto incide a alíquota, o diferimento do prazo de recolhimento do imposto ou a concessão de crédito presumido.

A escolha do tipo de incentivo fiscal que é concedido depende, entre outros fatores, do interesse do Estado no desenvolvimento de determinada atividade industrial ou comercial e da modalidade de incentivo que melhor se adequar a esse setor de atividade econômica.

Assim sendo, o Estado de Pernambuco, por meio do PRODEPE concedeu às Centrais de Distribuição, estabelecimento industrial ou comercial atacadista que promoverem operações de saída de mercadorias, cujo recolhimento do imposto de responsabilidade direta corresponda à média mensal mínima do faturamento no semestre imediatamente anterior ao da habilitação no valor-padrão de 5% (cinco por cento), sem prejuízo da fixação de outros percentuais em decreto do poder Executivo, que serão diferenciados em função da caracterização do produto comercializado e de sua destinação.

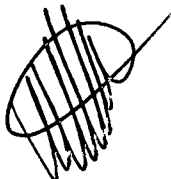
É louvável o esforço do Estado de Pernambuco em alavancar a economia local, contudo, a medida adotada promove a *guerra fiscal* entre os Estados da Federação, posto que faz nascer para contribuinte um crédito fiscal de 5% (cinco por cento), tendo em vista que, originariamente, as operações resultavam em um crédito de 7% (sete por cento), passando para 12% (doze por cento).

Realçamos que os créditos seriam legítimos se o Estado de Pernambuco tivesse celebrado convênio no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

No entanto, unilateralmente, o Estado de Pernambuco promoveu a concessão de incentivos fiscais ao arrepio das normas contidas na Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar nº 24/75 fato que autorizou o Estado do Ceará a adotar procedimentos restritivos dos créditos, a fim de evitar perdas de arrecadação, conforme preceitua o art. 65 do Decreto nº 24.569/97 traz exceções ao princípio da não - cumulatividade, dentre as quais se destaca a previsão constante no inciso VII, *In verbis*:

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;

Nesse contexto, o benefício concedido pelo Estado de Pernambuco encontra-se em desacordo com o Art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal e o art. 1º, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar nº 24/75.

Ainda sobre a referida matéria, o Estado do Ceará por meio do art. 1º da Lei nº 14.447, de 01/09/2009, reenumerou o parágrafo único em § 1º e acrescentou os §§ 2º e 3º ao art. 46 da Lei nº 12.670/96, nos seguintes termos:

Art. 46. O ICMS é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa a circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado.

§ 1º Não se considera como montante cobrado, para efeito da compensação referida no caput deste artigo, a parcela do ICMS destacado em documento fiscal emitido por contribuinte situado em outra unidade da Federação, correspondente à vantagem econômica resultante da concessão de quaisquer incentivos ou benefícios fiscais em desacordo com o disposto no art. 155, §2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se aos contribuintes, atividades econômicas ou produtos, relacionados em ato específico da Secretaria da Fazenda.

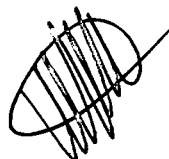
§ 3º A autoridade fiscal que constatar, no exercício de suas atividades, apropriação indevida de crédito fiscal por contribuinte do imposto, na forma do § 1º deste artigo, deverá adotar os seguintes procedimentos:

(...)

II – quando da fiscalização de estabelecimento, expedir notificação ao contribuinte que se tenha apropriado de crédito fiscal em desacordo com o estabelecido no §1º deste artigo, no sentido de efetuar, de forma espontânea, o estorno do crédito considerado indevido no prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do dia seguinte ao da respectiva ciência, nos termos do art.125. (Grifo nosso)

Uma melhor interpretação do referido artigo, percebe-se que no decorrer da fiscalização da empresa autuada o legislador modificou o procedimento a ser adotado pela autoridade fiscal quando constatar a apropriação indevida de crédito fiscal.

Segundo o §3º, inciso II do art. 46 do RICMS, o agente fiscal deverá expedir notificação ao contribuinte que se tenha apropriado de crédito fiscal em desacordo com o



estabelecido do referido artigo, no sentido de efetuar, de forma espontânea, o estorno do crédito considerado indevido no prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do dia seguinte ao da respectiva ciência, nos termos do art.125.

Ao analisar o presente processo, verifica-se que a ação fiscal foi iniciada através da lavratura do Termo de Início de Fiscalização nº 2009.5109 de 09/03/2009 e concluída em 15/09/2009, com a ciência do Auto de Infração nº 2009.12086 e Termo de Conclusão nº 2009.12134 em 15/09/2009.

Segundo, o parágrafo 1º do artigo 144 do Código Tributário Nacional (CTN), aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, **tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização**.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Diante de tais circunstâncias, declaro, em grau de preliminar a **nulidade** do auto de infração sob o entendimento que foi praticado sob flagrante impedimento do agente fiscal diante da ausência de concessão de prazo para o contribuinte espontaneamente regularizar-se, conforme disposto no art. 46, § 3º, da Lei 14.447/2009 e Norma de Execução 04/2009. Vale ressaltar que referida lei foi publicada no DOE em 02/9/2009, ou seja, no curso da ação fiscal, portanto, caberia ao agente fiscal conceder o prazo legal nela previsto para o contribuinte regularizar o fato registrado como infração no processo em apreço.

É como voto.


DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: BRF – BRASIL FOODS S/A (PERDIGÃO S/A) e recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA.

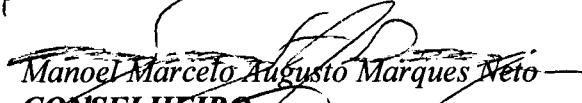
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer de ambos os recursos, dar-lhes provimento, para, em grau de preliminar, declarar a **nulidade** do auto de infração sob o entendimento que foi praticado sob flagrante impedimento do agente fiscal diante da ausência de concessão de prazo para o contribuinte espontaneamente regularizar-se, conforme disposto no art. 46, § 3º, da Lei 14.447/2009 e Norma de Execução 04/2009. O conselheiro Francisco José de Oliveira Silva ressaltou que a lei citada foi publicada no DOE em 02/9/2009, ou seja, no curso da ação fiscal, portanto o agente fiscal teria que conceder o prazo legal nela previsto para o contribuinte regularizar o fato registrado como infração no processo em apreço. Tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator e Parecer oral do Representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23 de março de 2012.


José Wilane Falcão de Souza
PRESIDENTE


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinckar
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Antônio Luiz do Nascimento Neto
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO