



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

RESOLUÇÃO Nº 291/2010  
135ª SESSÃO ORDINÁRIA: 11.08.2010  
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/818/2008  
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2008.00902  
RECORRENTE: NESTLÊ BRASIL LTDA  
RECORRIDO: CELULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA  
RELATOR: MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO.** O contribuinte lançou, em sua conta gráfica, créditos oriundos de operações beneficiadas com crédito presumido concedido pelo Estado de Pernambuco sem anuência do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Preliminar de nulidade e pedido de pericia rejeitados. **AUTUAÇÃO PROCEDENTE.** Inobservância aos Art. 53, IV da Lei nº 12.670/96, 8º da Lei Complementar 24/75 e a Instrução Normativa nº 14/2004. Penalidade: Art. 123, II, “a” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003. Recurso voluntário conhecido e não provido, no sentido de confirmar, por votação unânime, a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, nos termos do parecer da Consultoria Tributária referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

## RELATÓRIO

A peça inicial descreve a seguinte acusação: “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. Constatamos crédito tributário apropriados em desacordo com a legislação, conforme informações complementares, uma vez que o contribuinte apresenta saldo credor no período fiscalizado. Refizemos sua conta gráfica”.

ICMS: R\$ 4.943.203,05

MULTA R\$ 4.943.203,05

Dispositivos infringidos: Art.57 e 65 do Decreto 24.569/97. Penalidade: Art. 123, II, "a" da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

Nas informações complementares (fls. 03 a 06) o agente fiscal esclareceu que o contribuinte aproveitou em sua escrita fiscal, crédito indevido oriundo de outra unidade da federação, que concedia benefícios fiscais – Crédito presumido na ordem de 3% nas operações de transferência através de uma Central de Distribuição no Estado de Pernambuco nas operações destinadas para o Estado do Ceará.

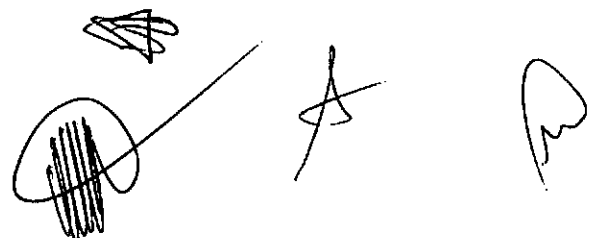
Constam como anexos a informação complementar: Cópias das Ordens de Serviço, Consultas aos sistemas GIM e DIEF, Planilha da Conta Gráfica, Cópias das Notas Fiscais de aquisição, Cópias da I.o Normativa nº 14/2004, Norma de Execução nº 05/2005, CD com o levantamento referente a este Auto de Infração e cópia do protocolo de entrega de documentação ao contribuinte.

O autuado não impugna o feito fiscal, tornando revel, conforme fls. 4406.

O processo foi julgado procedente em 1ª Instância, conforme decisão de fls. 4405 a 4409 dos autos.

O contribuinte inconformado com a decisão condenatória exarada em 1ª Instância interpôs recurso voluntário, conforme fls. 4434 a 4463 dos autos, alegando que:

- 1 – A fiscalização desconsiderou o ICMS destacado a alíquota de 12% das notas fiscais de transferência de mercadorias do Centro de Distribuição da recorrente localizada no estado de Pernambuco;
- 2 – A recorrente possui estabelecimento atacadista no município de Cordeirópolis, localizado em São Paulo e que recebe mercadorias produzidas diretamente das indústrias, para então, remetê-las para diversos Centros de Distribuição. Um deles está localizado no estado de Pernambuco, o qual é responsável pela distribuição das mercadorias para todo o Nordeste. As mercadorias encaminhadas aos Centros de Distribuição da recorrente não atendem pedidos específicos. Ao sair de São Paulo com destino a Pernambuco não se sabe qual o Estado final que consumirá as mercadorias;
- 3 – Ao cobrar a diferença entre 12% cobrados por Pernambuco e os 7% que seriam cobrados pelo estado de São Paulo, a fiscalização ignora por absoluto a passagem das mercadorias pelo Centro de Distribuição daquele estado;
- 4 – Ofende aos princípios da livre iniciativa, da moralidade administrativa e do não confisco, previstos nos artigos 170, 37 e 150, IV da CF/1988, além de ofender a competência do estado de Pernambuco;
- 5 – A Norma de Execução nº 5/2005, limitando o percentual de 7% de crédito para ser aproveitado pela recorrente, não tem força de lei, não pode sobrepor-se aos princípios norteadores da atividade administrativa;
- 6 – O benefício está previsto no artigo 2º, IV do Decreto nº 23.079/2001 e da Lei nº 11.675/1999, artigo 10 § 1º do estado de Pernambuco;
- 7 – O agente fiscal equivocou-se ao entender que todas as mercadorias transferidas do estado de Pernambuco para o Ceará foram adquiridas de estabelecimento fabricante ou produtor e



beneficiadas com o crédito presumido de 3%;

8 – A fiscalização cearense fundamentou parte de sua autuação em legislação pernambucana (Decreto nº 23.079/01) não aplicável ao caso;

9 – Utilizar de presunção para verificar o cometimento de infração por parte da recorrente é ato ilegal tendo em vista que a atividade administrativa norteia-se pela busca da verdade material;

10 – A realização de perícia confirmará ou não a utilização de crédito presumido;

11 – Ofensa aos direitos individuais dos contribuintes, sobretudo a não-cumulatividade do ICMS capitulada no artigo 155, § 2º, inciso I da CF/88, visto que inadmite o creditamento de ICMS destacado regularmente em nota fiscal de transferência de mercadoria pelo simples fato de tal mercadoria ter sido supostamente objeto de incentivo fiscal no estado de origem;

12 – Inaplicabilidade do art. 8º, I da LC 24/75, art. 53, IV da Lei Estadual nº 12.671/96 e art. 1º da L.N 14/2004, por flagrante desrespeito à Constituição de 1988;

13 – Os créditos pretendidos pelo estado do Ceará consubstanciam, em verdade, a assunção de parte do ICMS de competência do estado de Pernambuco para os cofres do estado do Ceará em total desrespeito ao pacto federativo;

14 – A recorrente não deixou de recolher ao estado do Ceará o ICMS que lhe era devido. A fatia correspondente a 1/3 do ICMS incidente nas operações em debate em relação às mercadorias que aqui ficaram; foi devidamente recolhida ao estado e que não sofreu nenhum prejuízo na arrecadação do ICMS;

15 – Se o estado do Ceará sente-se lesado pelo estado de Pernambuco, deve voltar-se ao Poder Judiciário, para exigir que cesse a lesão;

16 – Ofensa a não cumulatividade do ICMS;

17 - A multa imposta no auto de infração não pode ser aplicada na medida em que não houve por parte da autora sonegação, fraude ou aproveitamento econômico de qualquer natureza. Não houve qualquer prejuízo a arrecadação no Estado uma vez que o crédito escriturado não foi aproveitado, representando mera inobservância de obrigação acessória;

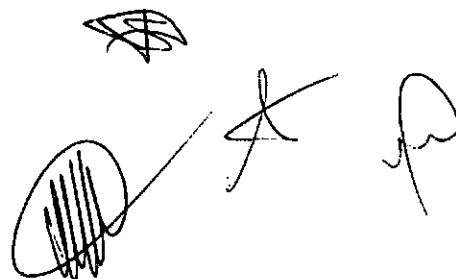
18 – Os juros moratórios consignados no presente AI são abusivos, vez que a autoridade fiscal se valeu da ilegal taxa de juros apurada pelo Sistema Especial de Liquidação de Títulos – SELIC, o que contraria o art. 97 CTN;

19 – Permanece a aplicação do art. 161 § 1º do CTN para definição de juros moratórios.

Requer, ao final, a total insubsistência do auto de infração.

Por meio do Parecer nº. 101/2010, a Consultoria Tributária em conformidade com entendimento do douto representante da Procuradoria Geral do Estado sugeriu: Conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão de procedência proferida em 1ª Instância.

É o relatório.



## **VOTO DO RELATOR**

### Considerações Preliminares

*CONSIDERANDO QUE*, na 135ª Sessão Ordinária de 11 de agosto de 2010, esteve em pauta para julgamento o processo de nº 1/0680/2008, grafando idêntica situação, o qual foi relatado pelo Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva;

*CONSIDERANDO QUE*, na aludida Sessão, referido processo tem, a mesma identidade com o que me coube efetuar o relato, dado que comporta idêntica situação fática e legal, lanço mão do voto do nominado Conselheiro-Relator, para que seja o voto que pronunciou e apresentado em Resolução, vai aqui anexado, servindo a este, por ser expressão de minha concordância.

Pelas razões acima expostas, adoto o voto do Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva para o presente processo, na forma que vai a seguir delineada:

## **VOTO DO RELATOR**

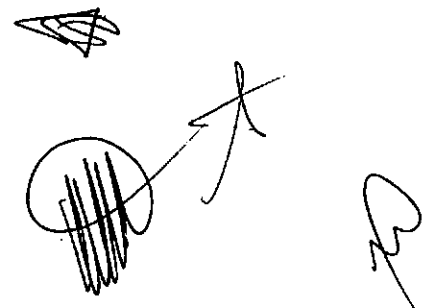
Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte, acima nominado, lançou em sua conta gráfica créditos indevidos no montante de R\$ 4.943.203,05 (quatro milhões, novecentos e quarenta e três mil, duzentos e três reais e cinco centavos) decorrentes da concessão de incentivo fiscal pelo Estado de Pernambuco, 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.

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 redução de 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.

Handwritten signature and initials in black ink, including a circular stamp with vertical lines and a stylized signature.

Convém destacar alguns aspectos relativamente à Central de Distribuição:

1º - só serão incentivados produtos adquiridos diretamente do fabricante ou produtor, salvo na hipótese de transferência;

2º - a concessão e a fruição dos benefícios ficam condicionadas à manutenção da capacidade competitiva das empresas industriais localizadas em Pernambuco;

3º - os benefícios concedidos aplicam-se apenas às operações realizadas pela empresa beneficiária com os produtos relacionados no decreto concessivo.

Os benefícios concedidos pelo Estado de Pernambuco às Centrais de Distribuição são os seguintes:

1. Nas operações de saídas interestaduais, crédito presumido no valor correspondente a 3% (três por cento) do valor total dessas saídas, durante um prazo de 15 (quinze) anos, contados a partir do mês subsequente ao da publicação do decreto concessivo;
2. Nas operações de entrada por transferência de mercadoria de estabelecimento industrial localizado em outra Unidade da Federação, crédito presumido no montante correspondente a 3% (três por cento) do valor total da transferência dos produtos incentivados, limitado ao valor do frete, durante um prazo de 15 (quinze) anos, contados a partir do mês subsequente ao da publicação do decreto concessivo.

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).

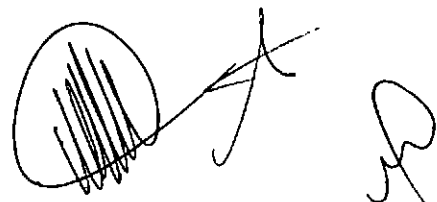
Realçamos que os créditos seriam legítimos se o Estado de Pernambuco tivesse celebrado convênio no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

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.

Quanto à nulidade suscitada pelo recorrente, entendo que não merece prosperar, porquanto se refere à questão de mérito. Ademais, as formalidades inerentes ao lançamento foram cumpridas.

Com relação ao pedido de perícia entendo que não prospera, em razão da recorrente não ter apresentando motivos que justifiquem a sua realização e por ser uma providência desnecessária, diante das provas já constantes dos autos.

Desse modo, restou comprovada a materialidade da infração à legislação fiscal, razão pela qual se deve aplicar a penalidade gizada pela Autoridade Fiscal, introduzida no art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.



*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;*

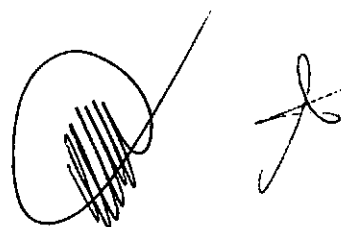
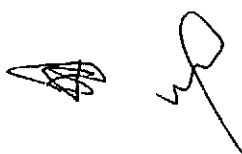
De acordo com autos do processo, o crédito lançado indevidamente na conta gráfica do contribuinte totaliza: R\$ 6.629.435,99. Entretanto, ao ser refeita a sua conta gráfica, constatou-se o aproveitamento de ICMS no valor de R\$ 4.943.203,05, incidindo uma multa de igual valor, conforme planilhas acostadas aos autos às fls. 82, 84 e 85.

Neste sentido, **VOTO** pelo conhecimento do recurso voluntário para confirmar a procedência da decisão proferida em 1ª Instância, de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

#### **DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

ICMS:	R\$	4.943.203,05
MULTA:	<u>R\$</u>	<u>4.943.203,05</u>
<b>TOTAL:</b>	<b>R\$</b>	<b>9.886.406,10</b>

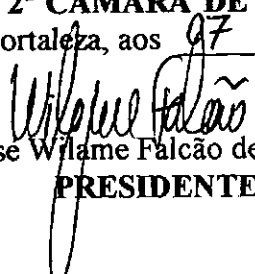


## DECISÃO

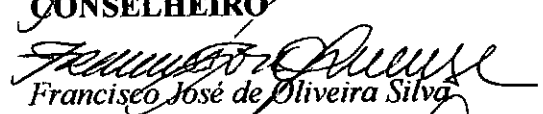
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **NESTLÉ BRASIL LTDA** e recorrido: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhece do Recurso Voluntário. Com relação à preliminar de nulidade suscitada no recurso, a 2ª Câmara resolve afastá-la, por unanimidade de votos, considerando que se refere a questões de mérito e que as formalidades inerentes ao lançamento foram cumpridas. Com relação ao pedido de perícia constante do recurso – afastado, por unanimidade de votos, em razão da recorrente não ter apresentando motivos que justifiquem a realização de perícia e por ser uma providência desnecessária, diante das provas já constantes dos autos. No mérito, também por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

**SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 07 de outubro de 2010.

  
José Wilame Falcão de Souza  
**PRESIDENTE**

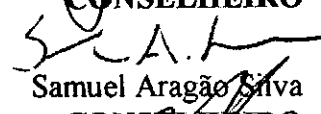
  
Alexandre Mendes de Sousa  
**CONSELHEIRO**

  
Francisco José de Oliveira Silva  
**CONSELHEIRO**

  
Sílvia Carvalho Lima Petelinkar  
**CONSELHEIRA**

  
Manoel Marcelo Augusto Marques Neto  
**CONSELHEIRO RELATOR**

  
João Carlos Mineiro Moreira  
**CONSELHEIRO**

  
Samuel Aragão Silva  
**CONSELHEIRO**

  
Marcos Antonio Brasil  
**CONSELHEIRO**

  
Sebastião Almeida Araújo  
**CONSELHEIRO**

Ubiratan Ferreira de Andrade  
**PROCURADOR DO ESTADO**