



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 83/2019

20ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 23 DE ABRIL DE 2019

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4453/2017 – AI Nº 1/201709113

RECORRENTE: CERVEJARIAS KAISER BRASIL S/A - CGF: 06.973.440-2

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR CONS.: FREDY JOSÉ GOMES DE ALBUQUERQUE

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – FDI – FUNDO DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL – BENEFÍCIO FISCAL – METODOLOGIA DE CÁLCULO DE APURAÇÃO DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE PRODUÇÃO PRÓPRIA – CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE – INADEQUAÇÃO DO MÉTODO DE SEGREGAÇÃO DE OPERAÇÕES – NULIDADE DA AÇÃO FISCAL.

1. A metodologia de cálculo do FDI nas operações industriais deve observar o critério da proporcionalidade entre o ICMS devido em decorrência da produção própria e das demais operações, demonstrando-se inadequado método de cálculo que leve em consideração a segregação das operações (próprias e não próprias) na EFD do contribuinte, conforme orientação do Parecer CECON nº 475/2018 da SEFAZ/CE.
2. Considera-se nula a ação fiscal por inadequação da metodologia aplicada no cômputo do tributo, não se admitindo realização de perícia que modifique a que fora utilizada na autuação, mercê do regramento do parágrafo único do art. 87 da Decreto 32.885/2018.
3. Auto de infração julgado nulo, por maioria de votos, contrariamente à manifestação do representante da Procuradoria Geral do Estado, reformando-se a decisão de procedência de 1ª Instância.

PALAVRAS-CHAVE: TRIBUTÁRIO – ICMS – IMPOSTO – FALTA DE RECOLHIMENTO – FDI – FUNDO DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL – BENEFÍCIO FISCAL – METODOLOGIA DE CÁLCULO DE APURAÇÃO DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE PRODUÇÃO PRÓPRIA – CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE – INADEQUAÇÃO DO MÉTODO DE SEGREGAÇÃO DE OPERAÇÕES – NULIDADE DA AÇÃO FISCAL



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RELATÓRIO:

Trata-se de autuação, tombada sob nº 201709113-9, lavrada em 1 de junho de 2017, referente ao período de 01/2012 a 12/2013, que tem fundamento a pretensa infringência do art. 123, I, "C", da Lei nº 12.670/96, sob a alegação de ter o contribuinte deixado de recolher o ICMS no período fiscalizado, decorrente de equívoco no cálculo de apuração do imposto, por não haver realizado a segregação do imposto objeto do benefício do FDI (Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará), de forma que, para efeito do cálculo que leve ao diferimento do imposto, deveria considerar **SOMENTE AS OPERAÇÕES RELATIVAS À PRODUÇÃO PRÓPRIA**, afastado os itens não produzidos pela mesma.

A Fiscalização analisou o SPED Fiscal da companhia, constando que a mesma não realiza a segregação/separação pelos CFOP's para identificar as operações que lhe dão direito ao uso do benefício (operações próprias) daquelas que não são acobertadas pelo diferimento do imposto, constando dos autos a informação de que o contribuinte certificou tal circunstância, conforme email de fls. 20, onde se lê que, "*no recolhimento do ICMS, não segregamos o que é de terceiro e o que é de operação própria*", fato que contrariaria o art. 17 do Decreto 29.183/2008, que regulamenta o FDI nesses termos:

Art. 17. O percentual de benefício, tendo por base o ICMS relativo às operações da PRODUÇÃO PRÓPRIA gerado pela sociedade empresária beneficiada, na forma prevista na legislação de regência do Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará – FDI, não poderá ultrapassar 75% (setenta e cinco por cento).

Foi realizada apuração considerando apenas as operações de produção própria, atuando o contribuinte por falta de recolhimento do ICMS, acrescido de multa, tendo sido realizada metodologia objetivando levantar sobre quais produtos o benefício incidiria, apontando quais são produzidos na fábrica e quais são adquiridos para comercialização.

Em sua defesa, arguiu o contribuinte PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE DESIGNANTE, sob o entendimento de que o Mandado de Ação Fiscal fora designado por autoridade supostamente incompetente, mercê do art. 821, § 5º, do RICMS/CE, e que o art. 53, §§ 1º e 2º, do Dec. Estadual 25.468/99, considera autoridade incompetente "*aquela a quem a legislação não confere atribuições para a prática do ato*".

Assim, a defesa conclui que o rol taxativo das autoridades com competência para designação de servidor fazendário para promover ação fiscal estão informados no art. 821, § 5º, do RICMS, sendo que o agente que efetivamente designou a deflagração da fiscalização em referência não exerce nenhum dos cargos indicados, tratando-se, apenas, de Orientador da Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos (CESEC), que é submetido ao Coordenador da CATRI.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Ademais, alega o contribuinte, ainda no que pertine à citada preliminar, que a delegação de competência do Orientador do CESEC por Instrução Normativa ou Portaria afrontaria o Princípio da Legalidade. No caso dos autos, a Instrução Normativa nº 7 de 2012, que alterou a IN 49/2011 no seu art. 3º, § 2º, inciso I, informa que o ato designatório poderá ser expedido por uma das autoridades administrativas indicadas, dentre as quais se vê na alínea “b” a indicação dos supervisores da CESEC, porém, argui que não existe autorização legal para que tal matéria seja objeto de delegação por Instrução Normativa.

Também é apontado na peça impugnatória a NULIDADE POR INCORRETA CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO, sob o color de que a Fiscalização enquadra a infração nos artigos 73 e 74 do RICMS, que versam de matéria supostamente diversa (forma e prazos de recolhimento do imposto junto à rede bancária), o que demonstraria um total impropriedade da capitulação legal.

Desta feita, sugere FALTA DE CLAREZA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS, ocasionado na alegada pressa na conclusão dos trabalhos fiscais, e que o auto de infração não contemplaria requisitos de validade, notadamente por não conter “*descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado*” (Dec. 25468/99, art. 33, XI). Outrossim, a incorreta capitulação estaria em confronto com o inciso XIV do citado dispositivo, que determina a obrigação de “*indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos cominam a respectiva pena*”.

A terceira insurgência da defesa inaugural consiste na alegada DECADÊNCIA DO CRÉDITO NO PERÍODO DE JANEIRO A MAIO DE 2012, sob a pretensão da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, com o conseqüente afastamento do art. 173, I, do CTN.

A impugnação também faz referência à INCONSISTÊNCIA DOS CÁLCULOS EFETUADOS (COM SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA), onde informa que existiriam erros nos cálculos realizados, porque teriam sido adotadas premissas equivocadas, com cobrança indevida de valores. Segundo os cálculos da defendente, uma vez realizada conciliação no item 1. DÉBITOS POR SAÍDAS DE MERCADORIAS PELA INDUSTRIALIZAÇÃO PRÓPRIA do trabalho realizado pela administração tributária, chegou a uma divergência de R\$ 349.639,69 (trezentos e quarenta e nove mil, seiscentos e trinta e nove reais e sessenta e nove centavos), conforme cálculo apresentado às fls. 51.

Informa que tal diferença se deve ao fato da Fiscalização haver considerado “*determinadas operações de devolução de materiais de embalagem e demais insumos*”, enquanto a Impugnante não os considerou. Assim, o contribuinte deixou de apropriar tais itens no seu incentivo, porém, a fiscalização os considerou nos cálculos.

Outra divergência consistiria na inclusão indevida pela Fiscalização de itens que foram adquiridos de outra unidade e que não fazem parte da linha de produção da Impugnante, ou seja, não seriam itens de fabricação própria.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Mais: a Fiscalização teria desconsiderado produtos classificados com o CFOP 5910, 5949 e 6910, arguindo serem itens que não são de fabricação própria, porém, segundo alega, tais produtos são produzidos na fábrica, a exemplo: (1) KAISER 600 ML 24 UM, (2) KAISER LT 12 PACK RELAUNCH, e (2) KAISER LT 473 ML 12 PACK RELAUNCH. Ainda em relação a tais CFOPs, informa que a Fiscalização selecionou apenas os itens da linha de produção no montante total de suas movimentações anuais, tendo dividido o valor total do ICMS destas operações em 12 parcelas, encontrando o valor do ICMS mensal que, no entender da administração tributária, poderia ser apropriado pela empresa nas operações com direito ao FDI, tendo identificado que tais valores (divididos em 12 parcelas) foram adicionados mensalmente pela Fiscalização, tanto no ano de 2012, quanto em 2013, resultando em uma adição no cálculo das operações incentivadas pelo FDI. Argui que a Fiscalização, ao computar os citados números, não atentou à necessidade realizar os demais ajustes necessários à operação, sendo que tal ajuste mensal, no montante de R\$ 74.454,95 (setenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e noventa e cinco centavos), para o ano de 2012, fez com que a totalidade das operações incentivadas e não incentivadas extrapolassem a totalidade das operações realizadas e registradas na Escrituração Fiscal Digital da Empresa, que refletiria, segundo alega, em todos os números apresentados no seu Livro de Saída.

É dizer (no entender da defesa): ao realizar o somatório das operações incentivadas e operações não incentivadas, dispostos nos cálculos da Fiscalização, o montante final seria superior à totalidade das operações de saída declaradas mensalmente pelo contribuinte em seus livros fiscais. Neste sentido, argumenta que a autuação não inseriu os valores calculados pela impugnantes na linha "12. DÉBITOS OPERAÇÕES SAÍDAS MERCADORIA DE NÃO INDUSTRIALIZAÇÃO PRÓPRIA", e que, se assim tivesse feito, perceberia que a totalidade das operações de saída diverge da quantidade final calculada.

Para comprovar o equívoco alegado, apresenta planilhas para o ano de 2012 e 2013, indicando significativa diferença entre os valores apontados pela Fiscalização. Ressalta que é perceptível que, ao realizar a reconstituição da apuração do benefício do FDI, a autuação adotou premissas inadequadas, a exemplo de haver realizado um cálculo estimado anual alocando um valor fixo por mês, quando a apuração do ICMS deve ser realizada com base nas operações efetivamente realizadas no mês e não por meras estimativas ou suposições.

Por fim, requesta REDUÇÃO DA MULTA POR SEU CARÁTER CONFISCATÓRIO, mercê da inconstitucionalidade que reclama conhecimento, complementando sua defesa com a apresentação dos seguintes quesitos:

1) Queira o i. Perito esclarecer se a somatória das operações de saídas, compreendendo as operações incentivadas e não incentivadas, adotadas pela Fiscalização em seu cálculo refletem a totalidade das operações de saídas realizadas e registradas nos livros fiscais da Impugnante;

2) Queira o I. Perito informar se todos os produtos da linha de produção da Impugnante foram devidamente computados no cálculo da Fiscalização para o direito ao uso do FDI;



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

3) Queira o i. Perito informar se a Fiscalização desconsiderou no cálculo do FDI as aquisições de produtos de outras unidades, não compreendendo os produtos da linha de produção da Impugnante;

4) Queira o I. Perito esclarecer se os materiais de embalagem e demais insumos devolvidos para os fornecedores foram desconsiderados pela Fiscalização em seus cálculos do FDI, e

5) Queira o I. Perito esclarecer se os cálculos apresentados pela Fiscalização estão de acordo com a metodologia de cálculo disposta no artigo 25 do Decreto nº 29.183 de 2008.

O julgamento singular considerou procedente o autuação, tendo afastado a decadência, por considerar que se aplica à hipótese dos autos o art. 173, I, do CTN, razão pela qual o prazo de 5 (cinco) anos não teria se completado quando do lançamento de ofício.

Da mesma forma, afastou a arguição e nulidade por incompetência da autoridade, por entender que as Instruções Normativas são atos normativos complementares da legislação tributária, podendo administração pública deles se valer no exercício de sua função fiscalizatória, nos termos do art. 100, I, do CTN.

Afastou o argumento de incorreta capitulação legal, por considerar os fatos claramente demonstrados no auto de infração.

No mérito, o julgamento *a quo* decidiu por afastar o pedido de perícia, nos seguintes termos:

“Ora, não faz o menor sentido, do ponto de vista prática, o Sujeito Passivo solicitar perícia ante aos fatos por ele mesmo produzidos. Quer dizer que ele não entende os componentes que ele inseriu na base de cálculo do ICMS quando de sua escrituração fiscal digital?

(...)

À Célula de Perícias Fiscais compete esclarecer e dirimir dúvidas de natureza contábil, fiscal e financeira com vistas a subsidiar o descobrimento da verdade dos fatos.

Numa análise bem didática das planilhas acostadas aos autos pela acusação, não assiste razão para deferimento do pedido de perícias pela defesa, porquanto, todas as perguntas estão respondidas nas informações complementares ao Auto de Infração e nas planilhas anexadas ao CDROM”.

Julgado procedente o auto de infração, o contribuinte apresenta Recurso Ordinário, em que reitera e reescreve as razões impugnatórias, nos mesmos termos até aqui apontados, reiterando a necessidade de realização de perícia.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

O parecer da Assessoria Tributária recomenda a procedência do lançamento, devendo ser mantido o lançamento, nos termos do julgamento singular.

É o relatório, no que importa ao julgamento do feito.

VOTO

Inicialmente, cabe analisar as preliminares aduzidas pela Recorrentes, as quais foram aduzidas, inclusive, nas razões de mérito. Porém, faz-se necessário esgotar toda a discussão das matérias ventiladas, em respeito ao devido processo legal e à ampla defesa que o condiciona.

Importa, antes de tudo, manifestação quanto à matéria sob a qual não é competência deste colegiado conhecer, *in casu*, o alegado CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA, uma vez que “*Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF*” (Lei Estadual 15614/2014, art. 48, § 2º), razão pela qual, sem maiores dificuldades, deixo de conhecer o recurso em relação a esse ponto.

No que concerne à PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE DESIGNANTE, observe-se que a designação da ação fiscal foi contemplada pelas regras dispostas na Instrução Normativa nº 49/2011, que é norma complementar da legislação tributária nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional, de forma que não se vislumbra ilegalidade da autuação por pretensa incompetência da autoridade que assina o Mandado de Ação Fiscal de fls. 8 dos autos.

Sobre esse aspecto, o § 2º, I, do art. 3º da IN 49/2011 é expresso em outorgar ao orientador da Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos (CESEC) competência para lavrar ato designatório de Mandado de Ação Fiscal, de forma que não vislumbro ilegalidade na regulamentação de tal hipótese para adequar a organização administrativa da Fisco (realidade que não se mantém estanque ao longo do tempo) à normas procedimentais que viabilizam a fiscalização, desde que tal medida não traga embaraço ou qualquer tipo de prejuízo efetivo ao contribuinte, hipótese que não vislumbro na argumentação trazida aos autos.

Quanto à alegada NULIDADE POR ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL, entendo igualmente não demonstrada, uma vez que a autuação não se limita a partes específicas, sendo integrada pelas informações fáticas e jurídicas apontadas nas Informações Complementares do auto de infração. No caso em tela, vê-se uma farta indicação dos fatos e fundamentos que ensejaram a autuação, que apontou tratar-se de contribuinte beneficiário do FDI – Fundo de Desenvolvimento Industrial e, para calcular o ICMS devido na operação, deveria levar em consideração somente as operações relativas à produção própria, porém, no entender da fiscalização, não houvera segregação dos demais produtos, tendo sido indicado nas informações complementares a contrariedade ao art. 17 do Decreto 29.183/2008, o



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

qual disciplina que *“O percentual de benefício, tendo por base o ICMS relativo às operações da produção própria gerado pela sociedade empresária beneficiária, na forma prevista na legislação de regência do Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará – FDI, não poderá ultrapassar 75% (setenta e cinco por cento)”*.

A alegada infração levou a administração tributária a indicar a metodologia de toda a ação fiscal, apontando o método de segregação dos produtos industrializados pelo contribuinte (produção própria) daqueles adquiridos para comércio direto (não produção própria), ensejando o lançamento impugnado pela parte.

Sob tais conclusões, a empresa apresentou farta defesa e recurso, inexistindo qualquer tipo de limitação à ampla defesa e ao contraditório, mercê do pleno conhecimento da matéria objeto do lançamento, dos dispositivos da legislação do FDI reportados e, ainda, à penalidade imposta da fiscalização.

O lançamento é ato administrativo complexo, que não se limita à mera indicação dos dispositivos apontados pela recorrente como erroneamente capitulados. A defesa se debruça sobre todo o ato administrativo (lançamento), tendente à constituição do crédito tributário, mediante a verificação da ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributária, cálculo do montante devido, identificação do sujeito passivo e aplicação da penalidade cabível, na acepção do art. 142 do Código Tributário Nacional. Penso que a administração tributária, no caso dos autos, cumpriu o objetivo da norma, inexistindo nulidade a ser sanada nesse aspecto.

Outrossim, a nulidade só deve ser decretada quando houver prejuízo, mercê dos comando normativo contido no § 8º do art. 56 do Decreto 32.885/2018, que assim expressamente determina: *“Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para as partes”*. Tal norma existe porquanto ser o lançamento um ato administrativo, e não apenas simples procedimento, este, sim, anulável por qualquer tipo de inconsistência que não leve em consideração a complexidade do todo. Aliás, calha à fiveleta trazer as lições de Souto Maior Borges, para quem *“...basta uma só observação para demonstrar que o lançamento, mesmo na definição do art. 142, caput, do CTN, não pode ser havido apenas e ingenuamente como um procedimento administrativo. Até uma interpretação pedestremente literal desse dispositivo o evidencia. O lançamento não é só constituído pelo procedimento administrativo, dado que o dispositivo expressamente se refere à função meramente “tendencial”, vale dizer, instrumental, desse procedimento. Noutras palavras, e mais precisamente, o lançamento é procedimento administrativo “tendente” a algo, na formulação literal do art. 142, caput, do CTN. Esse algo nada mais é do que o ato que consiste na verificação da ocorrência do fato jurídico tributário, determinação da base tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e, sendo o caso, propositura da penalidade cabível”* (Lançamento Tributário. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 102).

Pelas razões apontadas, afasta-se a preliminar de nulidade por erro de capitulação legal.

Quanto à PRELIMINAR DE DECADÊNCIA PARCIAL DO CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS, entendo assistir razão à recorrente, porquanto a pretensão fazendária de lançar o créditos relativos aos fatos geradores ocorridos nos meses janeiro a maio





ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

de 2012 já foram fulminados pela decadência quinquenal previsto no art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que se trata de lançamento por homologação, havendo o contribuinte realizado recolhimentos do tributo no período apontado, sem manifestação da administração tributária no prazo de 5 (cinco) anos, razão pela qual não se aplica o art. 173, I, do mesmo diploma.

Assim, reconheço a ocorrência da decadência dos créditos tributários relacionados aos meses de janeiro a maio de 2012, os quais deverão ser excluídos do presente lançamento.

Quanto ao MÉRITO, a matéria em apreço trata do benefício do FDI – Fundo de Desenvolvimento Industrial, relacionado à dedução de até 75% (setenta e cinco por cento) do ICMS a que tem direito a recorrente, por haver firmado convênio com o Estado do Ceará que assegura o diferimento do imposto no que pertine aos itens de produção própria fabricados pela mesma no território cearense.

Na hipótese dos autos, entendeu a administração tributária que o contribuinte realizou o cálculo do ICMS a ser diferido com a inclusão de itens que não representam produção própria, nos seguintes termos:

“Analisando o registro de Apuração de ICMS da empresa (SPED Fiscal), constatamos que o contribuinte não segrega/separa sua apuração mensal, para fins de utilização do benefício, pelos CFOPs (Código Fiscal de Operações e Prestações), de forma a calcular especificamente as operações que lhe dão direito ao uso do fundo daquelas que não lhe permitem fazer tal uso.

A não separação de tais operações foi confirmada para a fiscalização pela empresa por meio de email datado de 11.04.17, que anexamos ao presente auto e informação.

Tal fato contraria o disposto no art. 17, caput, do Decreto 29.183/2008, que regulamenta a legislação do FDI, qual seja:

Art. 17. O percentual de benefício, tendo por base o ICMS relativo às operações da produção própria gerado pela sociedade empresária beneficiária, na forma prevista na legislação de regência do Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará – FDI, não poderá ultrapassar 75% (setenta e cinco por cento).

Vê-se que a alegação da administração tributária consiste na ausência de segregação (separação) dos itens de fabricação própria daqueles que não são de fabricação própria, em clara recomendação de metodologia que leve em consideração registros fiscais separados, para fins de cálculo do diferimento.

É importante registrar o FDI é um fundo que objetiva a promoção do setor industrial, a fim de permitir que empresas venham a se sediar no Estado, criando um mecanismo que permite às mesmas benefícios e incentivos



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

tributários que viabilizem suas operações, sendo regulamentado mais recentemente pela Lei Complementar nº 160/2017 e pelo Convênio CONFAZ 190/2017, no tocante à remissão de créditos já constituídos ou sua reinstituição.

O Estado do Ceará assegurou o benefício a partir da promulgação da Lei nº 10.367/79, que determina os parâmetros para que indústrias o obtenham, condicionado aos requisitos ali previstos e à celebração de termo formal que represente ajuste com o ente público.

A recorrente firmou com Estado do Ceará protocolo de intenções para implantação de uma unidade industrial, passando a ser beneficiária do referido incentivo para toda a sua produção própria, porém, no que pertine às mercadorias por ela comercializados que não sejam de produção própria, cabe o recolhimento integral do imposto.

Não obstante, inexistente regulamentação específica na lei que instituiu o FDI (Lei nº 10.367/79) sobre o critério de apuração do cálculo do ICMS sobre operações próprias e não próprias, pois trata unicamente dos parâmetros de natureza geral relacionados ao benefício (diferimento, crédito presumido e outros), porém, delega ao Poder Executivo toda sua regulamentação, mercê dos seguintes dispositivos legais da referida lei:

Art. 5º São operações do FDI, regulamentadas por Decreto do Chefe do Poder Executivo:

(...)

IV - a concessão de incentivos fiscais relativos ao ICMS, através:

a) da dilação do prazo de pagamento de parcela do saldo devedor mensal do imposto, com dedução de percentual dessa parcela, no caso de liquidação do débito até a data do vencimento da dilação;

b) do diferimento do momento de pagamento total ou parcial do imposto, com dedução de percentual total ou parcial do montante diferido, no caso de liquidação do débito até a data do vencimento do diferimento;

c) da concessão de crédito fiscal presumido e de redução da base de cálculo do imposto.

V - a concessão de incentivos financeiros relacionados ao ICMS, com a concessão de empréstimos, a médio e longo prazos, inclusive com subsídios sobre o principal e encargos financeiros.

(...)

§ 3º Nas operações do FDI de que trata o inciso IV do caput deste artigo o contribuinte do ICMS beneficiário do PROVIN deverá, por ocasião da apuração mensal do imposto, deduzir do saldo devedor apurado o valor correspondente ao incentivo, conforme disposto em regulamento.

Note-se que tanto a norma indicada pela administração tributária (Decreto nº 29.183/2008) quanto o atual Decreto nº 32.438/2017 determinam o mesmo percentual de 75% do benefício sobre a produção própria das indústrias, porém, nenhum dos dois Decretos estipula a obrigatoriedade do contribuinte apurar separadamente as operações de



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

entrada e saída destinadas à produção própria daquelas não destinadas à produção própria, mediante informação em seus registros fiscais.

Com efeito, essa matéria foi objeto de solução de consulta junto à Célula de Consultoria e Normas da Sefaz, tendo sido lavrado o Parecer CECON nº 475, de 10 de setembro de 2018, no qual a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará formalmente informou que o critério de segregação de mercadorias não representa a forma adequada para o cálculo do FDI, conforme se vê da seguinte parte do parecer:

Parecer CECON nº 475

4ª indagação: caso entenda que o FDI somente seja aplicado sobre as operações de produção própria, conforme Decreto nº 29.183/2008, o contribuinte beneficiário poderá apurar em separado as operações de entrada e de saída destinadas à produção própria, evitando com isso as perdas financeiras dos créditos de mercadorias não destinadas às operações de produção própria? Caso seja positivo, como fazer essa apuração em separado, informando isso no SPED Fiscal?

Resposta: O contribuinte beneficiário deve apurar conjuntamente todos os créditos e débitos decorrentes do ICMS e, ao final, constatado o saldo devedor, aplicar o percentual que a ele pertine, relativamente ao FDI, proporcionalmente ao ICMS gerado nas saídas de produção própria. Desta forma, não há que se falar em apuração em separado. Esse é o procedimento, haja vista que não constam na EFD campos próprios que permitam a segregação de todas as operações realizadas pelo contribuinte beneficiário do FDI, de maneira a possibilitar o destino previsto em resolução CEDIN no saldo devedor apurado.

Impende ressaltar, aqui, pois que importante, que a concessão dos benefícios do FDI decorre de pleito dos contribuintes interessados. Uma vez concedidos os benefícios fiscais relativos ao ICMS, é dever dos contribuintes observar as formalidade e condições de apropriação desses benefícios.

A título de exemplo, pode-se indicar uma empresa que teria saldo credor relativo a operações comerciais (que não estão compreendidas no conceito de operação própria) no montante de R\$ 50.000,00. Nessa mesma hipótese, teria um saldo devedor relativo às operações próprias no valor de R\$ 150.000,00. No caso em tela, o saldo devedor, para fins de apuração do ICMS devido seria de R\$ 100.000,00 (saldo devedor de operações próprias – saldo credor de operação enquadrada como própria). Isso seria diferente de se aplicar o benefício diretamente sobre o saldo devedor de R\$ 150.000,00. E aqui, não há que se falar



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

em duas operações, apenas consideração conjunta de todos os créditos e débitos da empresa.

Por fim, do resultado obtido da diferença entre créditos e débitos (aqui considerado como saldo devedor efetivo), deve-se segregar a proporção do ICMS gerado nas saídas decorrentes de produção própria, com o ICMS total gerado pela empresa, chegando-se ao percentual que incidirá sobre a base total e, a seguir, sofrerá a aplicação da alíquota do benefício da empresa". (grifou-se)

Vê-se que a metodologia de cálculo do FDI nas operações industriais – até mesmo por expressa orientação da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará – consiste no critério da proporcionalidade entre o ICMS devido em decorrência da produção própria e das demais operações, não sendo possível realizar metodologia de cálculo que leve em consideração a segregação das operações das operações (próprias e não próprias) na EFD do contribuinte.

Todo o trabalho de fiscalização baseou-se, unicamente, no não recomendado método de segregação, que não encontra amparo legislativo e vai de encontro com a recomendação da própria SEFAZ/CE, a qual recomenda o método da proporcionalidade como o critério adequado para o cálculo do benefício do FDI.

Nesta senda, vislumbra-se a inadequação da metodologia aplicada pela administração tributário no cômputo do imposto devido e, considerando haver o contribuinte calculado o benefício de acordo com o Parecer CECON nº 475/2018, impõe-se a decretação da nulidade da ação fiscal, sobretudo porque não seria possível, nessa fase processual, realizar perícia para correção da metodologia aplicada pela fiscalização, mercê do regramento do parágrafo único do art. 87 da Decreto 32.885/2018.

Isto posto, VOTO por conhecer e dar parcial provimento ao Recurso Ordinário, para que seja reformada a decisão condenatória de 1ª instância, julgando NULO o feito fiscal, contrariando o parecer da Assessoria Processual Tributária, que considerava procedente a autuação, e a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que recomendava a realização de perícia.

É o voto.

Fortaleza, 24 de junho de 2019.


Fredy José Gomes de Albuquerque

CONSELHEIRO RELATOR



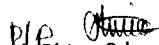
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS


RESOLUÇÃO Nº ____/2019
20ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 23 DE ABRIL DE 2019
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4453/2017 – AI Nº 1/201709113
RECORRENTE: CERVEJARIAS KAISER BRASIL S/A - CGF: 06.973.440-2
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR CONS.: FREDY JOSÉ GOMES DE ALBUQUERQUE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é Recorrente: CERVEJARIAS KAISER BRASIL S/A - CGF: 06.973.440-2 e Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

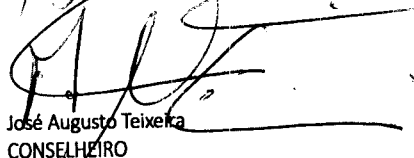
DECISÃO: A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários RESOLVE, com relação ao recurso interposto, deliberar nos seguintes termos: *“Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do Recurso Ordinário, deixando de conhecê-lo na parte referente ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada, em face do disposto no art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/14. Quanto à preliminar de nulidade da autuação em decorrência da incompetência da autoridade designante - Foi afastada por unanimidade de votos, sob o entendimento de que a Ordem de Serviço relativa a ação fiscal em questão foi emitida e assinada por autoridade com plena competência legal, nos termos da Instrução Normativa 49/2011. Com relação à preliminar de nulidade por erro na capitulação legal - Afastada, por unanimidade de votos, sob o entendimento que o auto de infração, bem como as Informações Complementares, são claros quanto à infração denunciada e que o contribuinte não teve dúvida quanto ao fato que lhe é imputado, pois desde o início exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e recurso ordinário atacando os fatos que serviram de fundamento para a autuação, inexistindo, portanto, as hipóteses de nulidade arguidas pela recorrente. Quanto a alegação de que os créditos lançados relativos aos meses janeiro a maio de 2012 foram atingidos pela decadência, com base art. 150, § 4º do CTN – Foi acatada, por maioria de votos, a decadência parcial, relativa ao período de janeiro a maio de 2012, conforme as disposições do artigo 150, §4º, do CTN, vencido o Conselheiro Michel André Bezerra Lima Gradvohl, que votou contrário à decadência, por entender que ao caso em questão se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Com relação à preliminar de nulidade suscitada pelo Conselheiro Fernando Augusto de Melo Falcão, sob o argumento de que não existe instrumento normativo definindo metodologia de apuração do ICMS nas empresas beneficiárias do FDI - Afastada, por maioria de votos. Vencidos os Conselheiros Fernando Augusto de Melo Falcão e Ivete Maurício de Lima. No mérito, 4ª Câmara de Julgamento resolve, por maioria de votos, dar provimento ao recurso interposto, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar NULO o feito fiscal, considerando que a metodologia utilizada pelo Fiscal é inadequada para o cálculo do FDI, e ainda, que a metodologia adotada pelo contribuinte está de acordo com o Parecer Nº 475/2018, da Célula de Consultoria e Normas – CECON/SEFAZ, vencido o Conselheiro Michel André Bezerra Lima Gradvohl, que foi contrário à nulidade, tendo em vista que não considera inadequada a metodologia utilizada no Auto de Infração, uma vez que atende ao desiderato da lei do FDI, e ainda porque o Parecer nº 475/2018 não se refere a uma resposta dada ao sujeito passivo do Auto de Infração. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o pronunciamento do representante da Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pela realização da perícia requerida no Recurso. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Fernando Westin Marcondes Pereira.*


SALA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 25 de junho de 2019.


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

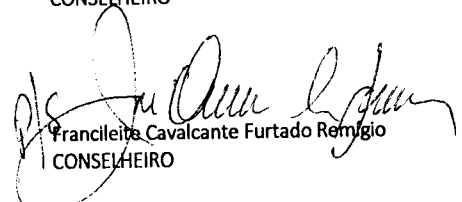

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
CONSELHEIRO

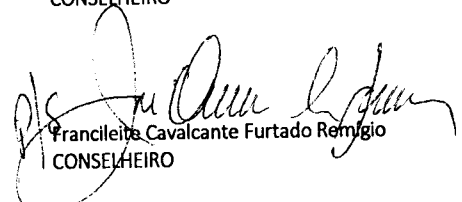

Ivete Maurício de Lima
CONSELHEIRA


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Fredy José Gomes de Albuquerque
CONSELHEIRO RELATOR


Sâmara Lea Fernandes Silva Aguiar
CONSELHEIRO


Francileite Cavalcante Furtado Remigio
CONSELHEIRO