



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 068 /2016

23ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 14.9.2016 – 13h 30min

PROCESSO Nº: 1/3145/2015 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2015.15635-1

AUTUANTE: FRANCO COELHO RODRIGUES

RECORRENTE: NESTLÉ BRASIL LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

CONSELHEIRO DESIGNADO: JOSÉ WILAME FALCAO DE SOUZA

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO - Trata o auto de infração acerca de falta de recolhimento do imposto em decorrência de aproveitamento indevido de crédito fiscal, no exercício de 2010, conforme demonstrado em conta gráfica refeita no curso da ação fiscal. Falta de estorno proporcional dos créditos relativos às aquisições de leite em pó, que por figurar da cesta básica tem, por ocasião das saídas, redução de base de cálculo em 58,82% (cinquenta e oito, oitenta e dois por cento). No caso em tela restou comprovado que não houve o estorno proporcional dos créditos, como determina o art. 66, inciso V, do Decreto nº 24.569/97, e por consequência houve falta de recolhimento do ICMS. Sanção aplicável a situação dessa natureza está prevista no art. 123, I, 'c', da Lei nº 12.670/96. Decadência afastada porque no caso em apreço a regra é a do art. 173, I, do CTN. A tese da multa confiscatória não foi apreciada por faltar competência legal ao julgador administrativo para decidir acerca dessa questão. Pedido de perícia negado, com os devidos fundamentos. Recurso Ordinário conhecido, e por maioria de votos não provido, para confirmar a decisão condenatória exarada na 1ª Instância, de acordo com o parecer da Assessoria Processual-Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO:

O auto de infração em lide, peça inicial do processo ora em análise, apresenta a seguinte situação como infração a legislação do ICMS:

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. A EMPRESA DEIXOU DE RECOLHER O ICMS NO VALOR DE R\$2.923.154,30, PROVENIENTE DO APROVEITAMENTO DE CRÉDITO INDEVIDO DO ICMS, CONFORME CONTA GRÁFICA REFEITA DO EXERCÍCIO DE 2010. MOTIVO ESTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. VIDE INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES".

O agente fiscal aponta os dispositivos infringidos: artigos 66, inciso V, 73 e 74, do Decreto nº 24.569/97; sugere a penalidade aplicável ao caso: art. 123, I, 'c', da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03; e os valores do principal e da multa: R\$2.923.154,29, em igual valor, respectivamente.

Nas Informações Complementares, fls.03 a 06, o agente fiscal justifica a acusação registrada no auto de infração utilizando-se dos seguintes posicionamentos:

1. "O estabelecimento fiscalizado tem como CNAE 4639701: Comércio Atacadista de produtos alimentícios em geral, cuja tributação se sujeita às regras do Decreto nº 29.560/2008 – que institui o regime de Substituição Tributária para os atacadistas. Entretanto, o produto LEITE EM PÓ, obedece a regra específica de Substituição Tributária, conforme o Protocolo de ICMS nº 12/96, de 20/09/1996, no qual o Estado do Ceará é signatário"; (fls.04).

2. "Com a análise da EFD detectamos que o contribuinte se creditou indevidamente, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, do valor de R\$5.229.008,76 (cinco milhões, duzentos e vinte e nove mil, oito reais, setenta e seis centavos), valor este, originado pelo não estorno do crédito de ICMS nas entradas do item leite em pó, o qual, por tratar-se de produtos da cesta básica tem redução 58,82% na base de cálculo do ICMS por ocasião das saídas ..."; (fls.04).

3. O leite em pó está sujeito ao instituto da substituição tributária, previsto no art. 532, inciso I, e art. 533, do Decreto 24569/97, no entanto, ao passar num posto fiscal de fronteira por ocasião da entrada no Estado do Ceará, referida mercadoria é enquadrada como normal, amparada pelo protocolo 12/96 – que dispõe do regime de substituição tributária de leite em pó nas operações de transferências para estabelecimento do mesmo titular, hipótese em que a responsabilidade por substituição caberá ao destinatário"; (fls.05).

4. "Ao analisar as operações de vendas do leite em pó lançadas na EFD, constatou-se, conforme previsto na legislação vigente, que os cálculos do ICMS foram efetuados com 58,82% de redução em sua base de cálculo, conforme Notas Fiscais Eletrônicas Emitidas.... Porém, os valores dos ICMS destacados nas notas fiscais de entrada do leite em pó foram lançados integralmente na EFD. Tal procedimento acarretou um saldo credor continuado de ICMS na conta corrente no exercício 2010, conforme Notas Fiscais Eletrônicas Destinadas e Escrituração na EFD (em anexo no CD)"; (fls.05).

5. Diante da tal constatação, foi refeita a conta gráfica do ICMS do ano 2010 (em anexo), inserindo na mesma os valores mensais não estornados do ICMS referente ao leite em pó. Também foi considerado o saldo credor acumulado de dezembro de 2009 no valor de R\$2.133.453,47, transportado e informado pelo contribuinte em janeiro de 2010". (fls.05).

Compõem o processo o Mandado de Ação Fiscal nº 2015.09060 (fls.7), o Termo de Início de Fiscalização nº 2015.08352 (fls.08), o Termo de Intimação 2015.13258 (fls.09), o Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2015.15593 (fls.11), a planilha Conta Gráfica

do ICMS – exercício 2010 (fls. 13), CD contendo o trabalho da fiscalização (fls.14), e o Protocolo de entrega de AI/documentos (fls.5).

Foi lavrado o Termo de Revelia (fls.17), em 30 de novembro de 2015, pela Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos – CESEC e em 04 de dezembro o processo foi encaminhado ao CONAT, mediante despacho (fls.17), para as devidas providências. Todavia, o contribuinte havia ingressado com impugnação no CONAT em 26/11/2015 (fls. 19 a 41), portanto tempestivamente, o que descaracteriza a revelia declarada.

Distribuído o processo no âmbito da Primeira Instância, a julgadora monocrática decide conforme emoldurado na ementa a seguir transcrita (fls.81 a 90):

“ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS em razão da empresa ter lançado indevidamente crédito de ICMS referente a produtos da cesta básica. **Autuação PROCEDENTE.** Infração aos artigos 66, V do RICMS com penalidade inserta no artigo 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96. **DEFESA TEMPESTIVA.**

A empresa autuada ingressa com recurso ordinário (fls. 94 a 117) e na oportunidade apresenta os seguintes argumentos:

1. “A Fiscalização fundamenta a acusação no artigo 66, inciso V, do Regulamento do ICMS do Estado do Ceará, aprovado pelo Decreto nº 24.569 de 31.7.1997 (“RICMS/CE”), que trata da necessidade de estorno proporcional do crédito quando a mercadoria entrada no estabelecimento for revendida posteriormente com redução de base de cálculo”. (fls. 97, item 5);
2. “... essa exigência é absolutamente improcedente, por violar frontalmente a não-cumulatividade do ICMS, pela qual a recorrente está autorizada a se creditar do valor total do imposto cobrado sobre a entrada de mercadorias, o qual será utilizado para abater o montante do imposto pertinente às saídas subsequentes”. (fls. 98, item 10);
3. “...no que tange aos produtos que integram a cesta básica, o Convênio ICMS nº 128, de 20.10.1994 (“Convênio ICMS 128/94”), autoriza os Estados da Federação a estabelecerem carga tributária mínima de 7% (sete por cento) sobre suas operações internas”. (fls. 98, item 11);
4. “O citado Convênio foi ratificado no âmbito do Estado do Ceará pelo artigo 41 do RICMS/CE... Contudo, o artigo 66, inciso V, também do RICMS/CE, restringiu o benefício concedido, de forma a exigir a anulação proporcional do crédito de ICMS, quando a operação subsequente ocorrer com redução de carga tributária”. (fls. 98/99, item 12);
5. “Ademais, com relação aos valores de ICMS decorrentes das operações anteriores a 28.10.2010 exigidos por meio do Auto de Infração, a Recorrente apresentou Impugnação em que comprovou a improcedência da cobrança, uma vez que o direito de constituição desses créditos foi extinto pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN”. (fls. 99, item 15);
6. A recorrente estornou os créditos fiscais referentes as operações oriundas de sua filial na Bahia ocorridas entre 09/2010 e fevereiro/2011, por determinação do § único do art. 1º da Instrução Normativa nº 14/04 e Norma de Execução 01/10. Contudo, o agente ao realizar o cálculo do ICMS não levou em consideração os créditos que já haviam sido estornados e ainda informou que esses créditos não teriam tido influência nos cálculos dos créditos discutidos nesta autuação (fls. 100, itens 17 a 22);

7. "... deve ser realizada diligência para que sejam refeitos os cálculos referentes aos créditos que foram efetivamente aproveitados nas operações com as mercadorias oriundas da filial da recorrente em Feira de Santana, ocorridas entre setembro e dezembro de 2010, reduzindo-se o valor do crédito tributário cobrado pelo Auto de Infração". (fls. 101, item 25);

8. Dentre os princípios que norteiam o Sistema Constitucional Tributário, encontra-se a vedação do tributo com efeito confiscatório, por força do artigo 150, inciso IV, da CF". (fls. 113, item 59);

9. Por fim, a recorrente requer seja julgado totalmente improcedente o auto de infração e extinto o crédito tributário (fls. 116, item 65). Subsidiariamente, reque seja dado parcial provimento ao recurso interposto para que seja julgado parcialmente improcedente o auto de infração em vista da decadência que atinge parte do crédito reclamado e que seja afastada a multa correspondente a 100% (cem por cento) do valor do imposto (fls. 116, item 66). Por último, que seja determinada a realização de diligência fiscal para comprovação dos fatos alegados neste recurso (fls. 116, item 67).

Por meio do Parecer nº 25/2016, fls. 136 a 142, a Assessoria Tributária opinou pelo acolhimento da decisão singular, sugerindo a PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, no que teve o aval do representante da Procuradoria Geral do Estado, conforme despacho de fls. 143.

Este é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata o auto de infração acerca de falta de recolhimento do imposto decorrente de aproveitamento de crédito fiscal indevido do ICMS, conforme conta gráfica refeita no exercício de 2010, no valor de R\$ 2.923.154,30 (dois milhões novecentos e vinte e três mil cento e cinquenta e quatro reais e vinte e nove centavos). Tal situação ocorreu em razão de o contribuinte deixar de estornar proporcionalmente os créditos relativos às aquisições de leite em pó, que por tratar-se de produto da cesta básica tem, por ocasião das saídas, redução de base de cálculo em 58,82% (cinquenta e oito, oitenta e dois por cento).

O montante do ICMS ora reclamado está demonstrado na planilha que repousa às fls. 13 deste processo, que é, na verdade, a conta gráfica do contribuinte relativa ao exercício 2010 refeita no curso da ação fiscal, a partir da documentação disponibilizada pelo contribuinte e todos os dados inseridos no CD anexado às fls. 14.

Quanto ao questionamento de que a exigência ora em debate viola o princípio da não-cumulatividade do ICMS, vale destacar que o direito ao crédito do imposto tem previsão no art. 155, § 2º da CF/88, que ressoa em igual sentido no art. 46 da Lei nº 12.670/96 que diz: "O ICMS é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à 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".



Por outro lado, o art. 66, inciso V, do Decreto nº 24.569/97 determina o estorno dos créditos proporcionalmente à redução conferida nas operações de saídas subsequentes com redução de base de cálculo. Vejamos:

Art. 66. Salvo disposição da legislação em contrário, o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do ICMS de que tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento ou o serviço tomado:

(...)

V – for utilizada como insumo ou objeto de operação ou prestação subsequente com redução de base de cálculo, hipóteses em que o estorno será proporcional à redução.

A inteligência do dispositivo legal supra, de maneira alguma viola o princípio da não-cumulatividade do ICMS, como alega a recorrente. Muito pelo contrário, tal regra guarda consonância com o princípio da não-cumulatividade à medida que equaliza a compensação dos créditos e débitos, pois do contrário o contribuinte permaneceria sempre com créditos maiores em face dos débitos reduzidos por força da redução de base de cálculo.

Ademais, como bem foi dito no parecer da Assessoria Processual-Tributária “A Constituição Federal se refere à isenção e à não incidência tributária como as situações que não geram crédito para compensação nas operações seguintes ou anulam os créditos relativos às operações anteriores. A simples redução de base de cálculo não é citada de forma explícita. Porém, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a isenção e a redução de base de cálculo têm a mesma natureza jurídica, correspondendo esta última a uma isenção parcial. Com informações da Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça (RMS 29.366). (fls. 139).

Diante do arrazoado acima, inaceitável a tese da recorrente de que a lei estadual viola o princípio da não-cumulatividade ao determinar o estorno do crédito relativo às mercadorias que vierem a sair com redução da sua base de cálculo.

Como o caso descrito no auto de infração em apreço e nas informações complementares diz respeito ao tratamento tributário dado pelo contribuinte nas operações com leite em pó, situação que nas operações internas dessa natureza têm redução de base de cálculo de 58,82%, conforme art. 41, inciso I, alínea ‘r’, do Decreto nº 24.569/97, que, na prática, representa a aplicação da alíquota de 7% sobre o valor da operação, então não há dúvida que o contribuinte errou em não proceder ao estorno proporcional dos créditos lançados, fato que se caracteriza como crédito indevido do ICMS.

Quanto ao argumento da recorrente de que o agente fiscal não levou em consideração os estornos já realizados referentes aos créditos fiscais referentes as operações oriundas de sua filial do Estado da Bahia, cumpre dizer tal estorno refere-se à neutralização dos benefícios fiscais obtidos em desacordo com a Lei Complementar nº 24/75, sem repercussão alguma no trabalho realizado pela auditoria fiscal.



Quanto as questões levantadas pela recorrente como prejudiciais ao lançamento gerreado, de antemão vislumbra-se que no caso em apreço a regra aplicável é a prevista no art. 173, inciso I, do CTN, que diz que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em outras palavras, a regra do citado dispositivo pressupõe, em princípio, que tenha havido declaração e pagamento de tributo.

Em não existindo o pagamento, então, a Fazenda Pública terá o prazo de 5 anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao do fato gerador, (prazo previsto no art. 173, I, do CTN), para constituir o crédito por meio de lançamento de ofício.

Em sendo assim, no caso em apreço, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação por parte do sujeito passivo enseja a prática do lançamento de ofício. Desse modo, inaplicável a forma de contagem de prazo disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento, quando houver. Na situação em tablado houve o lançamento de ofício, portanto a regra de contagem de prazo é a prevista no art. 173, inciso I, do CTN.

No processo em análise a questão em discussão é relativa a fato gerador ocorrido no exercício de 2010, com a lavratura do auto de infração realizada no dia 22/10/2015. Como o prazo decadencial conta-se a partir do dia 01/01/2011, então o prazo de cinco (05) anos findaria no mês dezembro de 2015, portanto nenhum dos meses cujos créditos estão sendo reclamados padece de decadência.

Quanto ao efeito confiscatório da multa aplicada, ressaltamos que não será analisada posto que tal questão foge da competência do julgador administrativo, na forma prevista no art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014.

No tocante a realização de perícia, vale dizer que o contribuinte não apontou com a devida precisão erros ou equívocos no trabalho fiscal, fato que impõe negar o requerimento com base no art. 97, inciso III e V, da Lei nº 15.614/2014.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de procedência proferida na 1ª Instância.

PENALIDADE APLICÁVEL

Diante da infração devidamente configurada nos autos, cabível a penalidade embutida no art. 123, inciso I, alínea "c", da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418, de 30/12/03.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$2.923.154,29

MULTA: R\$2.923.154,29



É o voto.

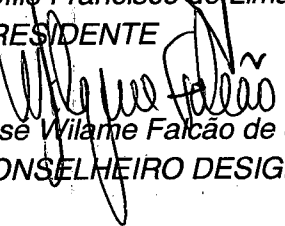
DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE NESTLÉ BRASIL LTDA.** e **RECORRIDO** a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e tomar as seguintes deliberações: **1** – Quanto à decadência arguida pela parte, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 28 de outubro de 2010, foi afastada por unanimidade de votos, uma vez que, conforme consulta realizada nos registros informatizados da Secretaria da Fazenda, no citado período o contribuinte não realizou pagamentos de ICMS referentes ao regime mensal de apuração, não se operando, portanto, a homologação prevista no artigo 150, §4º, do CTN; **2** – Quanto ao argumento de que a multa aplicada tem efeito confiscatório, resolve-se afastá-lo por unanimidade de votos, por entenderem os Senhores Conselheiros tratar-se de matéria afeita ao Poder Judiciário, não sendo competência desta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48 da Lei nº 15.614/2014; **3** – Quanto ao pedido de Perícia formulado pela Recorrente, resolve-se indeferi-lo por voto de desempate do Presidente, com fundamento no artigo 97, incisos III e V, da Lei nº 15.614/2014, entendendo-se que a verificação pericial é prescindível ao deslinde da questão, uma vez que os elementos contidos nos autos são suficientes à formação do convencimento do Colegiado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Alice Gondim Salviano de Macedo, Diogo Morais Almeida Vilar e Rodrigo Portela Oliveira, que se pronunciaram favoravelmente à perícia requerida; **4** - No mérito, resolvem por maioria de votos, negar provimento ao Recurso interposto, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** exarada em 1ª Instância, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro José Wilame Falcão de Souza – o qual fica designado para elaborar a Resolução – e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos quanto ao mérito os dos Conselheiros Alice Gondim Salviano de Macedo e Rodrigo Portela Oliveira, que se manifestaram pela parcial-procedência do lançamento. Esteve presente para sustentação oral o representante legal da Recorrente, Dr. Flávio Basile.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 25 de OUTUBRO de 2016.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE

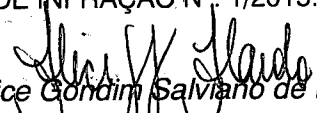

José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO DESIGNADO

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA RELATORA


Diego Moraes Almeida Vilar
CONSELHEIRO