



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº 185 /2018

Sessão: 050ª Sessão Ordinária de 17 de setembro de 2018

Processo Nº 1/3163/2015

Auto de Infração Nº: 1/201515323

Recorrente: ANIGER – CALÇADOS, SUPRIM. E EMPREEND. LTDA - 066954410

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Conselheiro Relator: Leilson Oliveira Cunha

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO FISCAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS SOB REGIME DE DIFERIMENTO. DIFERENÇA A MENOR ENTRE PREÇO MÉDIO DE OPERAÇÕES DE REMESSAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO/BENEFICIAMENTO E PREÇO MÉDIO DE ENTRADAS DAS MERCADORIAS. METODOLOGIA NÃO CABÍVEL NOS TERMOS DO ART. 691 DO RICMS.

1. OPERAÇÕES DE REMESSA DE MERCADORIAS PARA BENEFICIAMENTO/INDUSTRIALIZAÇÃO GOZAM DO INSTITUTO DE DIFERIMENTO CONFORME ART. 687 DO RICMS. 2. VALOR DA BASE DE CÁLCULO ATRIBUÍVEL NAS REFERIDAS OPERAÇÕES DE SAÍDA DIFERIDAS SE CINGE NAQUELE CONSTANTE DA CONTABILIDADE DO CONTRIBUINTE, OU NA SUA FALTA, O VALOR DE AQUISIÇÃO, PELO QUE DISPÕE O ART. 691 DO RICMS. 3. LEVANTAMENTO FISCAL A SER REALIZADO SE FIXA NA METODOLOGIA DE COMPARAÇÃO ENTRE O VALOR LANÇADO NA CONTABILIDADE E AQUELE PRATICADO NAS SAÍDAS DAS DITAS OPERAÇÕES DIFERIDAS. 4. METODOLOGIA FISCAL REALIZADA DESCONFORME COM O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. 5. VEDAÇÃO LEGAL AO LEVANTAMENTO FISCAL ENSEJADO DE SORTE A CONFIGURAR AUTORIDADE IMPEDIDA NOS TERMOS DO ART. 53, § 2º, III DO DEC. 25.468/98. 6. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. 7. AUTO DE INFRAÇÃO **NULO** POR UNANIMIDADE CONFORME VOTO DO RELATOR E PARECER DA ASSESSORIA PROCESSUAL TRIBUTÁRIA ACOLHIDO PELO REPRESENTANTE DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, CONTRÁRIO À DECISÃO SINGULAR.

PALAVRA CHAVE: ICMS. OPERAÇÕES COM DIFERIMENTO. VALOR CONSTANTE NA CONTABILIDADE. VALOR DE AQUISIÇÃO. METODOLOGIA FISCAL. COMPARATIVO.

RELATÓRIO

A acusação fiscal tem o seguinte relato de infração:

AS INFRAÇÕES DECORRENTES DE OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS AMPARADOS POR NÃO-INCIDÊNCIA OU CONTEMPLADAS COM ISENÇÃO INCONDICIONADA.

CONSTATAMOS, ATRAVÉS DA ANÁLISE DOS REGISTROS DE ENTRADAS E SAÍDAS INFORMADOS NO SPED DIFERENÇAS ENTRE PREÇOS MÉDIOS DE ENTRADAS E SAÍDAS DE ITENS UTILIZADOS NA PRODUÇÃO, EXERC. 2010, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR.

A infração ocorrida no período 05/12 a 12/10, cobrando-se e multa na quantia de R\$ 28.016,45 (vinte e oito mil, dezesseis reais e quarenta e cinco centavos). Base de Cálculo em R\$ 280.164,55 (duzentos e oitenta mil, cento e sessenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos). Artigos 4º, 5º e 6º do Dec. 24.569/97 com penalidade fixada nos termos do art. 126 da Lei 12.670/96 por se tratarem operações sujeitas ao diferimento.

Nas informações complementares a autoridade fiscal expõe que, após análise dos registros fiscais das operações apresentadas eletronicamente pelo contribuinte através do sistema Público de Escrituração Fiscal Digital - SPED, e considerando as entradas e saídas de diversos códigos do componente utilizado na produção do estabelecimento, denominado "Sintético", constatou que a autuada promoveu saídas dos referidos itens com valores abaixo do preço médio de entradas dos mesmos, conforme demonstrado nos arquivos e relatórios em anexo. Aduz, ainda, que o levantamento utilizou, para constituição do preço médio, em relação às entradas, as aquisições interestaduais (CFOP 2101), as transferências recebidas, importações e outras entradas, além do estoque inicial de cada item. Nas operações de saídas foram consideradas as transferências expedidas (CFOP 5152, p.ex.), as remessas para industrialização (CFOP 5901) e outras saídas. O comparativo entre os preços foi realizado mensalmente, sendo que a base de cálculo encontrada e o resultado da multiplicação da quantidade de saída, de cada item, no mês, pela diferença a maior do preço médio de entrada em relação ao preço médio de saída. Situa exemplo da forma de apuração o produto de código 11230300087, relativo a dezembro de 2010: $24.656,44 \times R\$ 0,7822 = R\$ 19.286,27$. Informa, ademais, que há um decréscimo gradativo nos preços praticados nas diversas operações registradas -pelos respectivos CFOP, indicando que a diferença não se restringe apenas ao valor de aquisição interestadual (2,101) e a transferência expedida (5.152), mas é replicada entre esta última e a transferência recebida (1.151), sendo que o hiato aumenta ainda mais quando se trata de remessa para industrialização (5.901), conforme valores, em reais, da coluna "preço unitário": R\$21,07; R\$17,65; R\$14,65 e R\$12,16. Consolida relatório de levantamento quantitativo financeiro mensal, nominados no mesmo como "Saída abaixo do custo", o montante de R\$ 588.641,42, e para efeito de constituição da base de cálculo para cobrança do imposto e multa recorreu a proporcionalidade, nas saídas, de operações tributadas (transferências, por exemplo) e operações com diferimento do ICMS (caso das remessas para industrialização), portanto não tributadas.

Com amparo no art. 25, I, §§ 8º e 9º do RICMS realiza o presente lançamento de ofício em face de operações não tributadas (remessas para industrialização sujeitas ao diferimento) atribuindo o montante de R\$ 280.164,55 representando 47,60% do total das diferenças verificadas.

O contribuinte autuado interpõe tempestiva impugnação ao feito fiscal em que resumidamente consigna:

- a) Suscita preliminar de decadência com base no art. 150, § 4º do CTN. O direito da fiscalização lançar os créditos tributários está parcialmente atingido pelo instituto da decadência, uma vez que parte dos fatos geradores do caso em tela ocorreram antes de novembro, período de 01 a 10 de 2015, data da ciência do auto infracional;
- b) Preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa. Verifica-se que em nenhum momento do processo existe qualquer solicitação de esclarecimento, intimação ou qualquer outro documento o qual formaliza ação do auditor em buscar a verdade material, a não ser o ato da autuação de forma descabida;
- c) O contribuinte formalizou e externou toda sua necessidade para que não fosse prejudicado pelas presunções ou interpretações equivocadas da fiscalização, mesmo na maioria dos casos não tenha sido acatado. O contribuinte não pode nem fundamentar os esclarecimentos sobre as alegações do fiscal pois não teve acesso formal a nenhum dos levantamentos do mesmo. Assim, aduz como poderia se defender formalmente de um ato que não lhe foi dado o direito de acesso devido ao processo?;
- d) O agente fiscal não apontou qual dos incisos foram infringidos, faltando com a clareza e precisão da acusação resultando no cerceamento de direito de defesa;
- e) Que a atividade de fabricação de calçados não estava listada no Decreto 29.041/2007, o qual institui obrigatoriedade de uso de EFD a partir de 2008 para alguns contribuintes listados no Protocolo ICMS nº 10/2007;
- f) A obrigação de uso de EFD para o contribuinte se deu com a Instrução Normativa 50/2011, em cujo anexo I (Relação dos CGF's) consta o CGF do contribuinte, fixando a obrigação de entrega de dados em EFD a partir de 2012;
- g) Que a empresa autuada não realizou a comunicação prevista na Cláusula Terceira, parágrafo 2º do Ajuste Sinief nº 2/2009 de deixar de apresentar os dados no formato estadual para apresenta-los no formato EFD;
- h) Improcedência da autuação tendo em vista que não se trata da hipótese prevista no § 10º do art. 276-A do RICMS Decreto (24.569/97), onde retrata a situação de contribuintes que eram obrigados a entregar os dois tipos de informações;
- i) A IN 37/2014 aplica-se no caso da hipótese de contribuinte obrigado a entrega dos dois formatos;
- j) O contribuinte autuado não estava obrigado até o advento da IN 50/2011 de 29/12/11;
- k) Que há uma enorme confusão por parte do autuante quando não observou a obrigatoriedade de forma que para esse caso não se aplica a obrigatoriedade

de entrega da EFD, pelo que não há consequências jurídicas sobre a inconsistência de dados na identificação de itens;

- l) A suposta omissão de receitas em metodologia inédita e inadequada;
- m) Se tratando de operações entre estabelecimentos da mesma empresa, há uma regra - a qual foi fielmente seguida pelo contribuinte - no art. 25, § 6º, II do RICMS;
- n) O ICMS, PIS e COFINS das aquisições dos insumos são créditos tributários a serem compensados com os débitos de ICMS, PIS e COFINS sobre as vendas, e tais créditos não são custos, pois são recuperáveis, tendo o contribuinte atendido o § 2º do art. 2º da IN 46/2013 quanto ao método de avaliação de estoques em que determina que o custo dos impostos recuperáveis através de créditos na escrita fiscal;
- o) Não há lesão aos cofres do estado;
- p) Requer o envio do feito à célula de perícia;
- q) Ao final requer nulidade da autuação por restrição à ampla defesa e não observância do devido processo legal e no mérito requer a improcedência.

Em primeira instância a julgadora monocrática julga pela procedência do feito fiscal e inicialmente afasta a preliminar da decadência aventada com esteio no art. 173, I do Código Tributário Nacional (CTN). Ato contínuo, também afasta a preliminar de cerceamento de defesa em razão de não apresentação do levantamento para análise do contribuinte, esclarecendo que processo administrativo tributário somente se instaura com a interposição da impugnação nos termos do art. 61 da Lei 15.614/14, inexistindo, portanto, antes da relação contenciosa não havendo que se falar em direito de defesa. Aduz que, mesmo tendo o auditor fiscal se equivocado ao apontar os dispositivos no auto de infração, há que se observar que foram descritos de forma clara e precisa o relato da infração, a legislação infringida e a metodologia fiscal aplicada. Informa que a metodologia aplicada é conhecida e adequada nos termos do art. 25, I, § 8º do RICMS. Não acolhe o argumento de não obrigação de entrega da EFD no exercício fiscalizado tendo em vista que esta obrigação é distinta da obrigação cujo descumprimento ensejou a autuação. Quanto ao pedido de perícia, não o acolhe razão de solicitação genérica. Ao final, julga o auto de infração procedente nos termos da autuação.

O contribuinte interpõe tempestivo recurso ordinário em face da decisão monocrática reafirmando as argumentações trazidas na peça impugnatória, com acréscimo do exposto abaixo:

- a) A Julgadora, em fase de julgamento da defesa do Contribuinte, busca imputar como infringido um novo dispositivo legal, quando indica o Art. 25, I, "a", parágrafo 8º do Decreto nº 24.569/97, onde essa nova disposição de infringência não está acatada pela autuação lavrada, criando novo lançamento de ofício, alterando-se o indicado pelo auditor do fisco;
- b) Não pode a autoridade administrativa, no uso do seu poder discricionário tornar invalido o poder de defesa do contribuinte, já que pretende admitir que o erro do auto com relação aos artigos que tipificaria

- a infração, o qual dar causa a penalidade, trata-se de um "erro corrigível" durante o processo administrativo;
- c) Que o inciso III, do §1º, do Art. 822, do Decreto 24.569/1997, como também o inciso XIV, do Art. 33, do Decreto nº 25.468/1999, não foram cumpridos pelo Auditor Fiscal, quando do preenchimento do Auto de Infração em questão;
 - d) Que é direito assegurado ao contribuinte, nos termos do inciso XIX do art. 4º da LC 130/2014, Código de Defesa do Contribuinte, obter esclarecimentos, quando julgar necessário, sobre os resultados apurados pela autoridade fazendária no decorrer da ação fiscal e de igual modo, garantia assegurada a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa e do duplo grau de instância no Contencioso Administrativo Tributário.
 - e) Ao final ratifica os pedidos: de decadência parcial; de nulidade em razão do cerceamento de defesa, pelo Contribuinte não poder fundamentar os esclarecimentos sobre as alegações do fiscal razão de não ter tido acesso formal a nenhum dos levantamentos do Auditor; de nulidade pela indicação errada dos dispositivos infringidos; de nulidade por exigências de obrigações acessórias indevidas (apresentação da EFD dos exercícios de 2010 e 2011); de impropriedade razão da metodologia utilizada e indicação errônea dos dispositivos infringidos e de parcial procedência nos termos do § 1º do art. 126 da Lei 12.670/96 razão de as operações estarem escrituradas nos livros fiscais e terem sido transmitidas nas EFD's mensais do contribuinte.

A Assessoria Processual Tributária opina pela nulidade da autuação consignando que o agente fiscal, diferentemente do que fez nos autos de infração de nºs 2015.14107-1 e 2015.14109-5, lavrados na mesma ação fiscal, não denunciou no presente caso a ocorrência de omissão de receitas nem de falta de recolhimento do ICMS pela irregularidade observada no preço das mercadorias remetidas para beneficiamento. Simplesmente considerou que o prego consignado nas referidas operações não correspondia aquele determinado no art. 25, §§ 8º e 9º do Dec. nº 24.569/97 e aplicou a penalidade inserta no art. 126, caput, da Lei nº 12.670/96, por se tratar de operação com diferimento do ICMS. Aduz que nos autos de infração citados a irregularidade se deu nas operações de transferência de mercadoria, mas a metodologia adotada foi a mesma. Delineia que as operações de remessa de mercadorias para beneficiamento devem ser efetuadas com base no valor registrado na contabilidade e não no valor médio das aquisições promovidas no período fiscalizado, e que somente será utilizado este caso não haja escrita contábil, conforme previsto nos art. 687 (diferimento nas operações internas de remessas para conserto, reparo, beneficiamento ou industrialização) e 691 (valor constante da contabilidade do remetente) do RICMS. Nessa linha de ideias, afirma que na situação em lide não consta informação acerca da contabilidade da empresa, não tendo como se apontar infringência ao art. 691 do Dec. nº 24.569/97, prejudicando a análise do mérito da acusação fiscal e considerando que as provas juntadas ao processo impossibilitam averiguar a ocorrência da infração denunciada, opina pela NULIDADE do lançamento fiscal, em razão das provas serem insuficientes para a comprovação do ilícito denunciado.

O parecer seguiu acolhido pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Em apertada síntese, é o que se relata.

VOTO DO RELATOR

Conforme se extrai da acusação fiscal, a presente autuação decorre de constatação que a autuada promoveu saídas com valores abaixo do preço médio de entradas, considerando as entradas e saídas de diversos códigos do componente utilizado na produção do estabelecimento, denominado "Sintético". Para tanto, a autoridade fiscal utilizou metodologia de comparativo entre os preços realizados mensalmente, sendo que a base de cálculo encontrada se configura no resultado da multiplicação da quantidade de saída, de cada item, no mês, pela diferença a maior do preço médio de entrada em relação ao preço médio de saída. Ressalta o auditor fiscal, ainda, que o levantamento utilizou, para constituição do preço médio, em relação às entradas, as aquisições interestaduais (CFOP 2101), as transferências recebidas, importações e outras entradas, além do estoque inicial de cada item. Nas operações de saídas foram consideradas as transferências expedidas (CFOP 5152, p.ex.), as remessas para industrialização (CFOP 5901) e outras saídas.

Importa ressaltar que na presente autuação o comparativo entres os preços médios de entrada e os preços médios de saídas se dera em razão das operações de remessas para industrialização visto que, cristaliname, apontado como sanção na autuação o art.126 da Lei 12.670/96. Impende, ademais, evidenciar a autoridade autuante não haver acusado, no caso que se cuida, da ocorrência de omissão de receitas nem de falta de recolhimento do ICMS pela irregularidade observada no preço das mercadorias remetidas para beneficiamento.

Antes de se adentrar o mérito na resolução do litígio fiscal, convém tecer análises acerca das preliminares aventadas pela recorrente de decadência parcial; de nulidade em razão do cerceamento de defesa razão do contribuinte de não ter tido acesso formal a nenhum dos levantamentos do Auditor; de nulidade pela indicação errada dos dispositivos infringidos e, ao final, de nulidade por exigências de obrigações acessórias indevidas (apresentação da EFD dos exercícios de 2010 e 2011).

Pertinente à decadência aventada, vê-se que atribuição equivocada de preços de mercadorias em operações de remessa para beneficiamento, operações estas que gozam de diferimento do imposto nos termos do art. 687 do RICMS daí não havendo falar em dever de recolher ICMS, se enfeixam em descumprimento de observância às normas prescritas na legislação nesse sentido. Vale dizer que, inobservância às regras estipuladas, no caso concreto, no art. 691 do RICMS, e dado a não incidência de imposto em tais operações, não há que se falar em possibilidade de homologação de imposto de sorte a atrair o prazo decadencial fixado no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN). O que se vem a dizer é que se trata, assim mesmo, de inobservância de regra legal na forma de atribuição de preço de mercadorias sujeitas à remessa para beneficiamento, atraindo assim a aplicação do prazo decadencial nos termos do art. 173, I do CTN. Assim considerado, deva ser afastada a preliminar requerida pela recorrente.



Quanto à possível nulidade em face de indicação errada dos dispositivos infringidos, como se vê o teor da infração narrada na peça acusatória juntamente às informações complementares anexadas evidenciam todos os elementos necessários para a compreensão pelo contribuinte do que se lhe está sendo imputado, não havendo, portanto, prejuízo algum ao recorrente de sorte a sustentar a nulidade requerida. Tenha-se presente que ao se defender de uma infração tributária lhe imputada o contribuinte autuado defende-se de fatos e condutas tidas como infratoras, não se protege de dispositivos legais sugeridos de infração. A sugestão de dispositivos tidos como violados pela autoridade fiscal se dá para que a autoridade julgadora verifique a exata simetria da conduta qualificada como infratora aos comandos legais objeto da violação, daí que se o julgador entender que não houve prática tida como infratora não há que se falar em dispositivo legal inobservado. Nessa linha de ideias, dá-se por igual quando o julgador entender que aquela conduta infratora se enfeixa em outro dispositivo legal, realizando assim a subsunção do caso concreto à norma realmente violada, se a conduta infratora estiver devidamente determinada, reenquadrando-se o comportamento infrator em outra sanção prevista em norma. Aliás, nesse sentido, opera a autorização dada pelos §§ 6º e 7º do art. 84 da Lei 15.614/14. Ante o exposto, entendo observado o disposto no Art. 33 do Decreto nº 25.468/1999, e desta forma também não acolho tal preliminar requerida pela recorrente.

Cabe, de mais a mais, afastar o requerimento de nulidade em razão de o contribuinte de não ter tido acesso formal a nenhum dos levantamentos do Auditor Fiscal. De forma sucinta é deveras antever que no iter tributário se afiguram três fases distintas e autônomas. Deflui a fase procedimental, dos procedimentos fiscais que se formata em fase inquisitorial na qual a autoridade fiscal tem acesso aos livros e documentos fiscais, contábeis e comerciais (arts. 194, 195 e 197 do CTN c/c arts. 80, 81 e 82 da Lei 12.670/96) com o fito de se averiguar a regularidade no cumprimento de obrigações tributárias, quer sejam principais quer sejam acessórias. É fase executória, por assim dizer, desenvolvimento da ação fiscalizatória.

A seu turno, o lançamento é ato jurídico-administrativo, nos termos do art. 142 do CTN, e se molda em norma concreta individual, valendo dizer autônoma em relação a fase procedimental, se operando na constituição do crédito tributário e tal constituição se efetiva em consequência de irregularidades verificadas no procedimento fiscalizatório, ou ainda, de forma direta prescindindo-se de ação fiscal a exemplo de lançamento de cobrança de IPTU, IPVA, ITCD, dentre alguns tributos. Reforce-se, nessa linha de raciocínio, a ocorrência, inclusive, de ações fiscais concluídas sem a presença de lançamentos, daí pelo anteriormente exposto se afirmar a autonomia do lançamento em si em face do procedimento fiscal.

Ora, outra também não pode ser a compreensão de que a fase litigável, vale dizer do processo administrativo-tributário litigioso, somente se materializa quando da impugnação ao crédito tributário lançado em total autonomia em face do procedimento fiscal e do ato jurídico de lançamento nos termos do art. 61 da Lei 15.614/14 e art. 51, III do CTN, instaurando o processo em si, cabendo, pois, somente nesta fase fazer alusão à cerceamento ao direito de defesa e contraditório.

É certo que, conforme previsto no inciso XIX do art. 4º da LC 130/2014 (Código de Defesa do Contribuinte), ao sujeito passivo é deferida possibilidade de obter

esclarecimentos, quando julgar necessário, sobre os resultados apurados pela autoridade fazendária no decorrer da ação fiscal, no entanto, tal dispositivo há de ser compreendido sistematicamente com dispositivos que norteiam à atividade de fiscalização inerentes aos prazos para desempenho da ação fiscal fixados no Dec. 24.569/97 (art. 821, § 2º) e Instrução Normativa 49/2011 (art. 1º e art. 5º) em simetria ao plasmado no caput do art. 196 do CTN, posto que também é de previsão legal imposição de cumprimento de prazos, a bem dos princípios legalidade e da eficiência encartados na Constituição de 1988. Note-se que nesta fase, por ser investigatória, não se fixa obrigatoriedade aos auditores fiscais de solicitar esclarecimentos ou informações, se da apuração fiscal efetuada aquela autoridade fiscal detiver todos elementos necessários de materialidade e convicção para configuração de possível infração praticada.

É portanto, da discricionariedade do auditor fiscal, como titular da ação fiscal, a busca de dados, esclarecimentos de situações postas sob sua análise, cabendo-lhes, pois, certa conveniência e/ou oportunidade de agir consequência de sua compreensão do fato jurídico, da situação fática em face da legislação e, ademais, de sua vinculariedade ao prazo estipulado para expirar o procedimento fiscal, ou seja dos limites estabelecidos em lei para o término da ação fiscal. Ainda, a esclarecer que na fase inquisitorial, investigava possíveis informações prestadas poderão não ser acatadas pela autoridade fiscal se de seu convencimento elas não justificarem o possível ilícito praticado, cabendo à fase contenciosa, no gozo de seu pleno exercício de direito de defesa e do contraditório, o sujeito passivo trazer à colação os argumentos, a título de desconstituição de infração, não acatados pela autoridade autuante. Nessa quadra é que se mostra de plausibilidade jurídica as contraditas ao levantamento fiscal efetuado tecendo os comentários, lastreados em provas lícitas e suficientes, para a invalidade jurídica da autuação levada a efeito.

De outra sorte, não que falar em nulidade por exigências de obrigações acessórias indevidas decorrente apresentação da EFD (Escrituração Fiscal Digital) dos exercícios de 2010 e 2011, os quais o contribuinte não era obrigado a enviar ao fisco estadual, visto que o próprio contribuinte de forma voluntária fê-lo nos citados períodos fiscais apresentando mensalmente suas informações de SPED fiscal. Veja-se que o fato da não obrigatoriedade de envio não invalida as declarações fiscais realizadas pelo próprio contribuinte, sendo que tais informações encontram-se qualificadas de legitimidade e legalidade para uso nas averiguações fiscais. Ademais, não se olvide que de próprio punho, conforme constante nos autos, o recorrente fez opção, em termo legal, pela fiscalização com base nas informações apresentadas em sua EFD. Assim pois, não há que ser acolhida tal preliminar.

Afastadas as preliminares aventadas, passa-se ao mérito.

Parece-nos que o cerne da questão no presente caso é saber se a metodologia fiscal realizada pela autoridade fiscal se mostrava adequada à verificação de diferenças de preços médios de saídas de mercadorias em remessas para industrialização cotejados com os preços médios de entradas das sobreditas mercadorias.

De fato, no presente levantamento fiscal, as operações de saídas que tiveram seus preços cotejados com os preços médios de entradas são alcançadas pelo art. 687 do RICMS, que assim expõe:

Art. 687. Nas operações internas de remessa e retorno de mercadoria para conserto, reparo, beneficiamento ou industrialização, fica diferido o pagamento do ICMS, independente de prévia solicitação, desde que: (GN)

I - a mercadoria retorne ao estabelecimento remetente no prazo de 90 (noventa) dias contados da data da saída, prorrogável por igual período, a critério do órgão local da circunscrição fiscal do contribuinte;

II - encerrada a fase do diferimento, o imposto será recolhido:

a) nos prazos fixados na legislação, no mês subsequente ao da saída dos produtos do estabelecimento encomendante;

b) nos prazos fixados na legislação, no mês subsequente ao da remessa da mercadoria, quando não ocorrer o seu retorno.

§ 1º Considerar-se-á encerrada a fase do diferimento quando da saída subsequente ou expirado o prazo de que trata o inciso I deste artigo.

§ 2º A responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido, inclusive o relativo às mercadorias empregadas e aos serviços prestados, fica atribuída ao remetente originário, quando encerrada a fase do diferimento, ainda que a operação posterior não esteja sujeita ao pagamento do imposto.

Do arcabouço legal acima posto, vê-se que o diferimento se pronuncia como adiamento para fase posterior de imposto devido na operação diferida, não se confundindo com hipótese de dispensa, isenção do tributo em espécie. Assim posto, tenha-se claro que no valor atribuído às mercadorias referente às operações de saídas sujeitas ao diferimento, o ICMS faz parte da própria base de cálculo daquelas operações, e de igual modo, também os demais tributos sobre faturamento tais e quais PIS e COFINS, dado que estes fazem parte da base de cálculo do ICMS, porquanto aqueles tributos federais compõem o valor da operação (art. 13, I da LC 87/96 e art. 28, I Da Lei 12.670/96).

Por outro lado, para operações com diferimento, é da dicção do art. 691 que a atribuição de valor das mercadorias tem método de mensuração própria que foge àqueles tipificados no art. 25 do RICMS. Quis, destarte, o legislador especializar os valores das bases de cálculos para as sobreditas operações de diferimento. Vejamos.

Art. 691. As remessas de que trata esta Seção serão efetuadas pelo valor constante da contabilidade do remetente, ou na sua falta, pelo valor de aquisição. (GN)

O comando legal supra se entremostra claro, indubitado que para as operações de remessa de mercadorias para beneficiamento, qualificadas pelo adiamento do recolhimento do imposto, impõe-se atribuição de valor por aquele constante na

contabilidade do remetente, e, somente na sua falta, o valor de aquisição. No caso concreto, pela empresa ser industrial e, portanto, possuidora de escrita contábil, hesitações não restam de que o valor lançado na contabilidade do contribuinte é que deva ser objeto de cotejo com os valores praticados nas saídas sob as ditas operações pelo contribuinte, não havendo que comparar preços médios de saídas com preços médios de entradas. Daí que se verificada diferença entre o valor constante na base de cálculo das notas fiscais de saídas das operações de remessa para beneficiamento/industrialização em quantificação menor que o valor lançado na contabilidade do contribuinte, é que se estaria diante de concreção de infração praticada pelo contribuinte. De igual modo, somente para efeito de argumentação já que o auditor do fisco não trouxe informação aos autos de que o autuado não possuía escrita contábil, poderia ainda se materializar a infração apontada em decorrência de valores praticados nas saída diferidas abaixo do preço de aquisição.

Do exposto, vê-se de forma indubitosa que a metodologia utilizada pela autoridade fiscal não se presta a materializar a infração apontada na inicial, não havendo simetria legal ao previsto no citado art. 691, sendo que sob esse aspecto se afirma implícita vedação legal ao levantamento fiscal realizado decorrendo impedimento legal ao atuante nos termos do art. 53, § 2º, III do Dec. 25.458/99, tendo-se a invalidade do lançamento efetuado. *Verbis*.

Art. 53. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

(...)

§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:

(...)

III – pratique ato extemporâneo ou com vedação legal.

(GN)

No tocante ao pedido formulado de perícia, o afastamento com espeque no art. 97, I e III da Lei nº 15.614/14 dada sua formulação genérica e de minha compreensão do contido no bojo do presente processo me serem suficientes à formação de meu convencimento na solução da contenda fiscal.

Ante ao exposto, conheço do Recurso Ordinário para lhe dar provimento e reformar a decisão de primeira instância, para declarar **NULO** o presente feito fiscal.

É como voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: ANIGER – CALÇADOS, SUPRIM. E EMPREEND. LTDA – 066954410 e Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

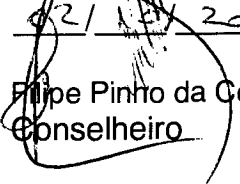
A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve inicialmente, em relação às preliminares arguidas pela recorrente, quais sejam: **1.** extinção parcial do auto de infração, em razão de decadência, para os meses de janeiro a outubro de 2010 (dois mil e dez), observando a regra estabelecida no §4º do art. 150 do CTN: Preliminar afastada, por unanimidade de votos, em razão do disposto no art. 173, I, do CTN e Súmula 555 do STJ; **2.** nulidades em razão de cerceamento do direito de defesa – I. Alega que o contribuinte não teve acesso formal ao levantamento fiscal para esclarecer dúvidas, ferindo o princípio da verdade real; II. Exigência de obrigação acessória indevida, no caso, apresentação de EFD's dos exercícios de 2010 e 2011; III - erro na indicação dos dispositivos legais infringidos; Preliminares afastadas, por unanimidade de votos, nos termos dos fundamentos contidos no parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta PGE. **3.** pedido de realização de perícia para produção de provas. Pedido de perícia afastado, por decisão unânime, com base no art. 97, I da Lei nº 15.614/14. Preliminarmente ao mérito, resolvem os membros da 1ª Câmara de Julgamento, por decisão unânime, dar provimento ao recurso interposto, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, nos termos do voto do Conselheiro Relator e parecer da Assessoria Processual Tributária, combinado com o disposto no art. 53, §2º, III do Decreto nº 25.468/99 (vedação legal), adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado, Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro José Gonçalves Feitosa. Presentes, para apresentação de sustentação oral, os representantes legais da autuada, Dra. Silvia Solange Marinho e Dr. João Vicente Leitão, acompanhados da Dra. Sabrina Cavalcante Coêlho e Dra. Mariana de Araújo Valdevino Freitas.

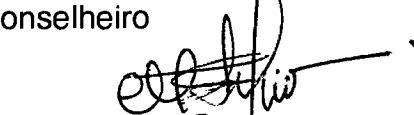
SALA DA SESSOES DA 1ª CAMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 02 de 10 de 2018.

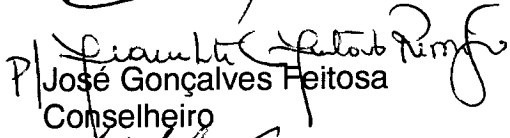

Manoel Marcelo Augusto Marques
Presidente


Mateus Viana Neto
Procurador do Estado



Valter Barbalho Lima
Conselheiro


Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro


Maria Elinéide Silva e Sousa
Conselheira


José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro


Matheus Fernandes Menezes
Conselheiro