



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº.:208/2021 **57ª SESSÃO VIRTUAL ORDINÁRIA:**
20.08.2021

PROCESSO Nº.: 1/3560/2018 **AUTO DE INFRAÇÃO Nº.:** 1/201807441-3
RECORRENTE: WOBLEN WINDPOWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA -
CGF Nº.: 06.674.587-0 e CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

RECORRIDO: AMBOS

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ WILAME FALCÃO DE SOUZA

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração registrada é de vendas de mercadorias com preço inferior ao de aquisição em operações sujeitas a tributação normal. Nulidade suscitada afastada. Multa confiscatória não apreciada à míngua de competência legal do julgador para ingressar nessa seara. Redução do crédito tributário lançado no auto de infração, pois calculado a alíquota de 17%, pois há operações internas e interestaduais que se sujeitam as alíquotas de 12% e 17%, respectivamente. Decisão amparada nos artigos 25, § 8º, 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade aplicada a prevista no artigo 123, I, “d”, da Lei nº 12.670/96. Decisão **PARCIAL PROCEDENTE**.

PALAVRAS-CHAVE: FALTA DE RECOLHIMENTO – OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM PREÇO INFERIOR AO DE AQUISIÇÃO – AJUSTE NO LANÇAMENTO – APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA CONFORME A OPERAÇÃO REGISTRADA (12% e 17%) – PARCIAL PROCEDÊNCIA

RELATÓRIO:

O auto de infração em lide, peça inicial do processo em análise, denuncia o cometimento da infração abaixo reproduzida:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. CONSTATAMOS A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS EM RAZÃO DA EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA DE MERCADORIA COM PREÇO INFERIOR AO DE AQUISIÇÃO, NO EXERCÍCIO DE 2014, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR E RELATÓRIO DE ENTRADA E SAÍDA EM ANEXO AO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.”

O agente fiscal aponta como dispositivos infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97; sugere como penalidade aplicável ao caso a prevista no art. 123, I, c, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03; indica o valor do ICMS e da MULTA, que são em valores iguais de R\$86.097,90.

Nas Informações Complementares (fls. 03 a 06), o agente fiscal informa, em síntese, conforme destacado abaixo:

Que a empresa está inscrita no CNAE 2710401 – Fabricação de Geradores de Correntes Contínua e no Registro de Recolhimento Normal, no entanto, verificou a predominância de saídas de mercadorias sem nenhuma transformação, na verdade, pouco exerceu a atividade de industrialização.

Com base nos dados informados e transmitidos à SEFAZ através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, constatou que o contribuinte promoveu saída de mercadorias, tributadas pelo regime normal de recolhimento, com base de cálculo inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro, nos exercícios de 2014 e 2015, contrariando o disposto no §8º do art. 25 do Decreto 24.569/97.

Que mesmo em transferência de mercadoria para outro estabelecimento do mesmo titular, o contribuinte não poderá usar a base de cálculo inferior ao preço de mercadoria adquirida de terceiro ou ao valor da operação anterior, consoante disposto no art. 3º, inciso I, do Decreto nº 24.569/97.

Ressalta que não encontrou nenhum pedido do contribuinte junto ao seu domicílio fiscal, apoiado em motivo relevante, que justificasse a prática rotineira de saída de mercadorias com base de cálculo inferior ao preço de mercadoria adquirida de terceiros.

Que o preço médio da mercadoria adquirida de terceiros em cada exercício foi obtido a partir da soma do inventário inicial às mercadorias ingressadas no estabelecimento, deduzido o ICMS, PIS e COFINS.

Ao contribuinte foi dada oportunidade para conferência do resultado do trabalho da auditoria, por meio do Termo de Intimação nº 2018.03024 de 20/03/2018, com ciência em 26/03/2018, mas não foi apresentada nenhuma crítica ou sugestão quanto a saída de mercadoria a preço inferior ao da aquisição.

O contribuinte ingressou tempestivamente com defesa (fls. 23 a 34) e apresentou as seguintes razões:

- a) Nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa em razão da falta de especificação dos complementos dos artigos tidos por infringidos, pois não indicado qual inciso, dentre os diversos constantes dos artigos indicados no auto de infração foi infringido (fl.25);

- b) Nulidade do auto de infração por erro da capitulação da infringência, pois foi acusada por saída de mercadoria com preço inferior ao de aquisição, violando o art. 25, § 8º do Decreto nº 24.569/97, mas no auto de infração estão consignados como infringidos os artigos 73 e 74 do mesmo decreto (fl.28);
- c) Nulidade do auto de infração pela aplicação de alíquota incorreta nas saídas das mercadorias – iliquidez da autuação, posto que na tabela anexa à fl. 14 a base de cálculo é R\$506.458,25 sobre a qual foi aplicada a alíquota de 17% (dezessete por cento) resultando ICMS de R\$86.097,90, porém mais da metade das mercadorias são remessas para fora do Estado do Ceará e assim deveria ser aplicada a alíquota de 12% (doze por cento) sobre as mercadorias nessa situação (fl.31).

O processo foi distribuído para julgamento em 1ª instância onde foi proferida decisão de parcial procedência da ação fiscal, nos termos da ementa abaixo (fls. 53 a 57):

“ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Saída abaixo do preço médio de aquisição. Utilização de base de cálculo inferior à devida, o que caracteriza a falta de recolhimento da totalidade do imposto incidente na operação. Mercadorias sujeitas à tributação normal. **Exercício 2014. Rejeitada a nulidade suscitada pela impugnante.** Distinção entre operações internas e interestaduais com a adoção da alíquota respectiva. **Redução do crédito tributário.** Decisão amparada nos artigos 25, §8º, 73 e 74 do Decreto 24.569/97 c/c art. 84, §§6º a 8º da Lei 15.614/14. Penalidade prevista no art. 123, I, c, da Lei 12.670/96 alterado pela Lei 13.418/03. **DEFESA TEMPESTIVA. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. Reexame Necessário.**”

Não concordando com o julgamento singular, a empresa autuada interpõe Recurso Ordinário (fls. 62 a 69) arguindo as questões a seguir expostas:

- a) **Da decisão mandamental que autoriza o não recolhimento da taxa de serviços exigida para a apresentação de recurso ordinário** (fl.63v). Alega a recorrente possuir decisão judicial que lhe autoriza o não recolhimento da taxa de serviço prevista na Lei Estadual nº 15.838/2015.
- b) **Da nulidade do auto de infração por violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório** (fl.64). Alega ser confusa a capitulação da infração fiscal, pois o agente do Fisco indica que a empresa teria infringido o disposto no § 8º do art. 25 do Decreto nº 24.569/97, todavia no auto de infração indica como dispositivos infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97. A presente autuação não guarda qualquer tipo de precisão ou clareza, de modo que não há como se aferir ao certo quais foram as condutas infracionais praticadas pela empresa autuada. A presente

autuação carece da descrição dos elementos fáticos e apresentação de provas para evidenciar que a recorrente cometeu alguma infração;

- c) **Da abusividade da multa imposta** (fl.67v). A multa aplicada incide em elevado percentual sobre o valor do imposto, fato que evidencia a abusividade e confiscatoriedade do valor reclamado;
- d) Por fim, a recorrente pugna pela reforma da decisão recorrida para que seja reconhecida a nulidade do AI pela sua total imprecisão e afronta ao contraditório e à ampla defesa, e subsidiariamente, a multa que foi aplicada com nítido caráter abusivo e confiscatório seja relevada ou reduzida (fl.69).

Às fls. 94 a 98 dos autos consta o Parecer de nº 102/2021, da lavra da Assessoria Processual Tributária, com manifestação pelo conhecimento do Recurso Ordinário e do Reexame Necessário, dando provimento em parte ao recurso ordinário e negando provimento ao reexame necessário no sentido de confirmar a decisão condenatória de 1ª Instância de parcial procedência da presente ação fiscal.

Eis, em síntese, o relatório.

VOTO DO RELATOR

Consta no auto de infração acusação de falta de recolhimento do ICMS em razão da emissão de nota fiscal de saída de mercadorias, tributadas pelo regime normal de recolhimento, com base de cálculo inferior ao preço de aquisição, no exercício de 2014.

Preliminarmente, entendo que deve ser afastada a alegação de cerceamento ao direito de defesa pela falta de especificação dos incisos relativos aos dispositivos apontados como infringidos, posto que a acusação fiscal está clara e precisa, não causando óbice ao exercício de defesa.

A acusação fiscal diz respeito a emissão de nota fiscal com preço inferior ao de aquisição, o que acarretou falta de recolhimento do imposto, não existindo, portanto, prejuízo à defesa quanto a motivação do auto de infração, o que demonstra não ser aceitável o pedido de nulidade, conforme disposto no art. 84, §§ 6º e 8º da Lei nº 15.614/14, senão vejamos:

Art. 84. As irregularidades ou omissões passíveis de correção não serão declaradas nulas.

(...)

§ 6º As incorreções ou omissões do auto de infração e a inobservância de exigências meramente formais que não constituam prejuízo à defesa não

acarretam a nulidade do ato administrativo, desde que haja elementos suficientes e possíveis à determinação do sujeito passivo, a natureza da infração e o montante do crédito tributário.

(...)

§ 8º Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para as partes.

Por sua vez, no que tange à alegação de erro na capitulação da infração, entendo que referida preliminar deve ser afastada, uma vez que existe correlação entre a acusação e a indicação dos dispositivos infringidos, que não acarretam a nulidade do feito, conforme dispõe o art. 84, §7º da Lei nº 15.614/14:

Art. 84. As irregularidades ou omissões passíveis de correção não serão declaradas nulas.

§ 7º Estando o processo administrativo-tributário em fase de julgamento, a ausência ou o erro na indicação dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva penalidade, constantes do auto de infração, serão corrigidos pela autoridade julgadora, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não ensejando a declaração de nulidade do lançamento, quando a infração estiver devidamente determinada.

No tocante ao pedido de nulidade por aplicação de alíquota incorreta, entendo que não é motivo para declaração de nulidade, posto que em situação dessa natureza poderá o julgador efetuar os devidos acertos sem prejuízo para o autuado. Nesse sentido, merece destaque a disposição contida no art. 84, §8º da Lei nº 15.614/14, *in verbis*:

Art. 84. omissis

§ 8º Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para as partes.

Quanto a essa questão, entendo que assiste razão à alegação da impugnante de que o imposto deveria ser calculado com aplicação de alíquotas distintas de acordo com a operação realizada e isto já foi providenciado pela julgadora singular, sendo ratificado em 2ª Instância.

Acerca do caráter confiscatório da multa aplicada, é importante ressaltar que este Contencioso Administrativo Tributário não tem competência para analisar a matéria suscitada, nos termos do §2º, art. 48, da Lei nº 15.614/2014, senão vejamos:

Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art. 121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

§ 2º 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, observado:

No mérito, a acusação de saídas de mercadorias com valores abaixo do preço de aquisição, em face da utilização da base de cálculo inferior à devida, não foi devidamente rechaçada pela recorrente, pois não apresentou nenhuma prova de que o trabalho da auditoria não estava correto. Neste sentido, está patente a infração ao disposto no art. 25, §8º do Decreto nº 24.569/97, que assim dispõe:

Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:

(...)

§ 8º A base de cálculo do imposto não será inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou ao valor da operação anterior, bem como ao custo da mercadoria, quando produzida ou fabricada pelo próprio estabelecimento, salvo motivo relevante, a critério da autoridade fazendária competente do seu domicílio fiscal.

O procedimento denunciado, isto é, a saída de mercadoria com preço abaixo da aquisição resulta em falta de recolhimento do imposto, razão por que a autoridade fiscal registrou no auto de infração como dispositivos infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97.

Vale ressaltar que a julgadora singular efetuou a devida correção quanto a alíquota a ser aplicada, isto é, nas operações internas aplicou a alíquota de 17% (dezessete por cento) e nas interestaduais a alíquota de 12% (doze por cento), alterando, dessa maneira, o valor reclamado no auto de infração, pois neste a agente fiscal aplicou sobre a base de cálculo a alíquota de 17% quando as notas fiscais demonstram que há operações internas e interestaduais.

Quanto a penalidade aplicada, entendo que é cabível a prevista no art. 123, I, "d", da Lei nº 15.614/2014, haja vista que todas as operações foram regularmente declaradas ao Fisco permitindo analisar se estavam ou não corretas. Como havia incorreção foi feito o devido lançamento, sobre o qual cabível a penalidade em tela.

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos interpostos, afastar preliminarmente as nulidades arguidas pela recorrente por imprecisão, falta de clareza e presunção do lançamento fiscal. Voto, ainda, para não apreciar o caráter confiscatório da multa, com fundamento no artigo 48, § 2º da lei 15.614/2014. No mérito, voto para negar provimento ao reexame necessário e dar parcial provimento ao recurso ordinário a fim de confirmar a decisão de parcial procedência proferida no julgamento singular e julgar PARCIAL PROCEDENTE a acusação fiscal, todavia, com aplicação da penalidade inserta no art. 123, inciso I, alínea "d" da Lei nº 12.670/96.

Eis o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS	MULTA
R\$223.989,23	17%	R\$38.078,17	R\$19.039,08
R\$282.469,03	12%	R\$33.896,28	R\$16.948,14
TOTAL		R\$71.974,45	R\$35.987,22

OBS. Multa: art. 123, inciso I, alínea "d" da Lei nº 12.670/96.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **WOBBEN WINDPOWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO** e a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido ambos,

a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer dos recursos interpostos, resolve afastar preliminarmente as nulidades arguidas pela recorrente por imprecisão, falta de clareza e presunção do lançamento fiscal. Preliminares afastadas por decisão unânime com os fundamentos do Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária. Resolve, ainda, não apreciar o caráter confiscatório da multa, com fundamento no artigo 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014. No mérito, decide por maioria de votos, negar provimento ao reexame necessário e dar parcial provimento ao recurso ordinário para confirmar a decisão de parcial procedência proferida no julgamento singular, para julgar **PARCIAL PROCEDENTE** a acusação fiscal, entretanto, com aplicação da penalidade inserta no art. 123, inciso I, alínea "d" da Lei nº 12.670/96, nos termos da manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. A conselheira Mônica Maria Castelo votou pela aplicação da penalidade do art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, conforme os fundamentos contidos no julgamento singular e Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária. Presentes à sessão as representantes legais da parte, as advogadas Luisa Pereira Galvão e Thamires C.Olivetti Albieri da Silva.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de setembro de 2021.

MANOEL MARCELO
AUGUSTO MARQUES
NETO:22171703334

Assinado de forma digital por
MANOEL MARCELO AUGUSTO
MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2021.10.15 15:50:52 -03'00'

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
**Presidente da 1ª Câmara do CRT
Ceará**

MATTEUS VIANA
NETO:15409643372

Assinado de forma digital por
MATTEUS VIANA NETO:15409643372
Dados: 2021.10.27 11:00:32 -03'00'

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado do

JOSE WILAME FALCAO DE
SOUZA:07291892368

Assinado de forma digital por JOSE
WILAME FALCAO DE SOUZA:07291892368
Dados: 2021.10.14 07:34:01 -03'00'

José Wilame Falcão de Souza
Conselheiro relator