



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª. Câmara de Julgamento

Resolução Nº.....014..../2006
Sessão: 201ª Ordinária de 08 de novembro de 2005
Processo de Recurso Nº: 1/0555/2004
Auto de Infração Nº: 1/200315800
Recorrente: SALES E SALES LTDA.
Recorrido: Célula de Julgamento 1ª Instância.
Relator: Frederico Hozanan Pinto de Castro
Relatora Designada: Helena Lúcia Bandeira Farias

EMENTA: ICMS- FALTA DE RECOLHIMENTO- EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL POR PREÇO INFERIOR AO CUSTO DO PRODUTO QUE FOI INVENTARIADO, REDUZINDO O ICMS A RECOLHER. Autuação: PARCIALMENTE ROCEDENTE. Redução da Base de Cálculo (exclusão de brindes). Dispositivos infringidos: Artigos: 25, § 8º do Decreto 24.569/97. Penalidade prevista no artigo nº 123 inciso I alínea "e", da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03. Recurso Voluntário conhecido e não provido. Pedido de Perícia rejeitado. Preliminar de Nulidade Rejeitada. No mérito, Decisão Unânime, mas com divergências quanto ao dispositivo aplicável, voto de desempate da presidência.

RELATÓRIO

Consta do *Auto de Infração*, lavrado contra a empresa: SALES & SALES LTDA:

"Emissão com documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria, na mesma época, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado (subfaturamento)". Observamos que a empresa utilizou nas operações listadas em anexo, preço inferior ao valor de custo do produto que foi inventariado, conforme relatamos nas informações complementares.

BASE DE CÁLCULO: R\$ 80.434,48

ICMS

R\$ 13.673,86

MULTA R\$ 27.347,72

Indica como dispositivos infringidos os artigos: 25/27º, 33, I, do Decreto 24.569/97. e sugere como penalidade à prevista no artigo nº 123 inciso III alínea “e” da Lei nº 12.670/96.

Nas Informações Complementares o autuante ratifica a acusação constante da peça inicial, explicita que no período de janeiro a dezembro de 2002, o contribuinte emitiu Notas Fiscais de Saída com preço inferior ao valor do custo do produto que foi inventariado, conforme demonstrativo anexo.

Formalizado o expediente necessário, o autuado, regularmente intimado, impugna o feito fiscal, alegando, resumidamente:

1 - Que todos os produtos designados nas notas fiscais são codificados, permanecendo tal preceito, até o dia da sua comercialização/venda/troca;

2 - Que os valores de compra, venda e recolhimento de ICMS, jamais hão de fulcrar fraude fiscal, uma vez que os negócios firmados com a venda de mercadorias, (média dos exercícios de 2002 e 2003), superam, percentualmente, as compras em 55%, média discrepante de um contumaz fraudador.

3 - Que no dia 07 de agosto de 2003, a representante legal da empresa comunicou por escrito ao Auditor Fiscal, eventuais imprecisões no controle de estoques, tudo referente aos arquivos eletrônicos disponibilizados em disquetes, pois havia distorções nos softwares. Exemplifica com um item: “Chaveiro Roleta Prata V”.

4 - Que utilizou promoção, liquidação, e que vendeu peça defeituosa com valor bem inferior ao ideal, sem mencionar a rotatividade de estoques. Agiu dentro das regras e possibilidade comerciais, na chamada livre concorrência, firmou negócios com o intuito de desencilhar mercadorias, porém com prévio e necessário recolhimento do ICMS;

5 - Solicita perícia, indica assistente técnico e formula quesitos a serem respondidos.

Na instância singular, a julgadora após análise dos autos, decide pela Procedência do feito fiscal.

Inconformado com a decisão monocrática, o contribuinte interpõe recurso voluntário, reiterando os argumentos apresentados na defesa, enfatizando:

- Que a decisão singular deve se anulada em razão do julgador singular não ter considerado os princípios da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 5º, LV da CF, ao rejeitar ao pedido de perícia.
- Que deve ser provado o subfaturamento e não somente evidenciado de forma indiciaria pelo autuante;

- Que ocorreu a doação de brindes a seus clientes;
- Que determine o cancelamento do Auto de Infração nº 2003.15800-1

O *Parecer* circunstanciado, de lavra do eminente representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão, sugere que o recurso voluntário seja conhecido e não provido, para que seja reformada a decisão proferida na instância de primeiro grau, julgando Parcialmente Procedente a acusação, em virtude da aplicação de penalidade prevista no artigo 123, I "c" da Lei nº 12.670/96.

É o relatório.

Considerações Preliminares

CONSIDERANDO QUE, na 201ª Sessão Ordinária esteve em pauta para julgamento 01 (um) processo, grafando idêntica situação, mudando apenas o período da infração, o qual foi relatado pelo Conselheiro Manoel Marcelo A Marques Neto;

CONSIDERANDO QUE, na aludida Sessão, realizada no dia 08 de novembro de 2005, antecedeu-me em relatar o Conselheiro, Manoel Marcelo A Marques Neto e por ter, o seu processo, a mesma identidade com o que me caberia também efetuar o relato, dado que comporta idêntica situação fática e legal, lanço mão do voto do nominado Conselheiro-Relator, o qual acompanhei, em votar, nos seus respectivos processos, para que seja o voto que proferiu, apresentado em Resolução que lida e aprovada, vai aqui anexado, servindo a este, por ser expressão de minha concordância.

VOTO DO RELATOR

Pelas razões acima expostas, adoto o voto do Conselheiro Manoel Marcelo A Marques Neto para o presente processo, na forma que vai a seguir delineada:

Consta no Auto de Infração e Informações Complementares, que no período de janeiro a dezembro de 2002 a empresa autuada emitiu Notas Fiscais de vendas com preço inferior ao valor do custo do produto que foi inventariado, conforme demonstrativo.

Preliminarmente a análise de mérito, deve ser apreciado o pedido da recorrente pela NULIDADE do julgamento singular. Alega que o julgador monocrático não considerou os princípios da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 5º, LV da CF, ao rejeitar ao pedido de perícia.

Entendo que deve ser afastada a preliminar de nulidade suscitada. Em análise aos autos observa-se que a decisão do julgador singular em não requerer a realização de uma perícia, pelo fato da autuada não apresentar elementos ou dados consistentes que justificassem tal procedimento.

Em sua defesa, argumenta que realizou promoções, liquidações e que vendeu peças defeituosas com valor bem inferior ao ideal, agindo dentro das regras e possibilidade comerciais, na chamada livre concorrência, e que firmou negócios com o intuito de desencilhar mercadorias, porém com prévio e necessário recolhimento do ICMS. A titular da empresa, Sra. Fátima Claudino Sales, com aquiescência do sr. Presidente prestou, ainda, alguns esclarecimentos, afirmando que distribuiu brindes entre seus clientes, indicando o (Chaveiro Rolete Prata V), além de champanhes e vinhos.

Vale ressaltar que inexistente por parte da legislação estadual, empecilho a livre concorrência, nem impedimento a comercialização de produtos com preços promocionais. Entretanto, é clara a legislação quanto à base de cálculo a ser aplicada quando da saída de mercadorias com o intuito comercial.

Nos autos há a comprovação de que os preços praticados pela recorrente foram inferiores aos preços dos produtos inventariados, ferindo o que dispõe o artigo 25, §8º do Decreto nº 24.569/97.

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.

Do preceito acima citado depreende-se que, **salvo motivo relevante**, o Fisco não aceita a comercialização de mercadorias com preço inferior ao da sua aquisição ou ao do custo de fabricação, visto que o objetivo do comércio é o lucro. O procedimento adotado pelo autuado, repercutiu diretamente na falta de recolhimento do ICMS, caracterizando-se como infração. Portanto, deve ser aplicada a penalidade prevista no artigo nº 123 inciso I alínea "c", da Lei nº 12.670/96.

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

(...)

e) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas "d" e "e" deste inciso: multa equivalente a 1 (uma) vez o valor do imposto;

No que se refere à base de cálculo da autuação, somos da opinião de que deva ser reduzida, retirando da mesma os valores referentes aos brindes distribuídos para os clientes, no caso específico o **Chaveiro Rolete Prata V**, considerado como mercadoria pelo autuante.

Neste sentido, a base de cálculo deverá ser calculada com os preços constantes do quadro abaixo:

BASE DE CÁLCULO	Auto de Infração	R\$ 80.434,48
Exclusão do brinde:	Chaveiro Rolete Prata V	R\$ 139,32
BASE DE CÁLCULO	Ajustada	R\$ 80.295,16

Nota: Após análise nos relatórios emitidos pelos agentes fiscais, não constatei os produtos: Vinho e Champanhe.

Pelas razões expostas e considerando que as provas apresentadas no presente Auto de Infração são suficientes para a materialização da infração apontada na inicial pela autoridade competente, é que voto: Preliminarmente, rejeito o pedido de Nulidade do julgamento singular, e o pedido de perícia. Conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para reformar a decisão proferida pela 1ª Instância, julgando Parcial Procedente o Feito Fiscal, em virtude da redução da base de cálculo e pela aplicação da penalidade prevista no artigo 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, nos termos da douda Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO

BASE CÁLCULO	R\$	80.295,16
ICMS	R\$	13.650,17
MULTA	R\$	<u>13.650,17</u>
TOTAL	R\$	27.300,34

É como voto.

DECISÃO

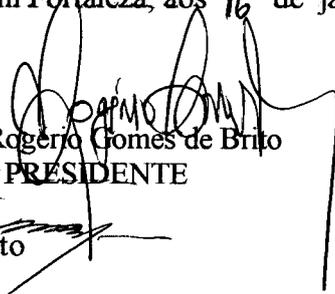
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **SALES E SALES LTDA** e recorrido: **Célula de Julgamento 1ª Instância**.

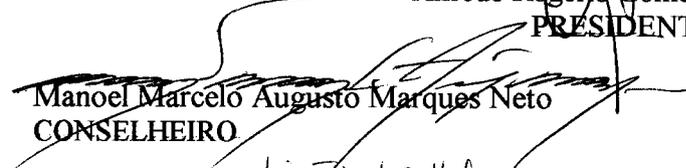
RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, preliminarmente ao Mérito: 1 - Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de anulabilidade do julgamento proferido em 1ª instância, sob o fundamento de prejuízo a ampla defesa e ao contraditório, argüida pela recorrente. 2 - Por voto de desempate da presidência: Rejeitar o pedido de realização de perícia constante do recurso voluntário e aduzido oralmente em sessão pelo recorrente. Manifestaram-se pela providência requerida e foram votos vencidos os dos conselheiros: Vito Simon de Moraes, Fernanda Rocha Alves do Nascimento, José Gonçalves Feitosa e Frederico Hozanan Pinto de Castro. **No Mérito**, por unanimidade de votos, mas com divergências quanto ao dispositivo aplicável, resolve conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a

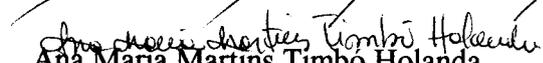


acusação fiscal, os conselheiros: Manoel Marcelo A Marques Neto, Fernando Cezar Caminha A Ximenes, Ana Maria Martins Timbó Holanda, Helena Lúcia Bandeira Farias, em conformidade com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, aplicando a penalidade prevista no artigo 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03, excluindo da base de cálculo os produtos: **Chaveiros, vinho e champanhe**, por que alheios à atividade comercial da recorrente. Votaram pela aplicação do artigo 123, VIII, "d" da Lei nº 12.670/96 os Conselheiros: Vito Simon de Moraes, Fernanda Rocha Alves do Nascimento, José Gonçalves Feitosa e Frederico Hozanan Pinto de Castro. Em voto de desempate, apenas quanto ao dispositivo aplicado o Sr. Presidente proferiu entendimento de que lhe parece ser mais consentâneo à matéria a disposição indicada pela Conselheira Helena Lúcia Bandeira Farias, que por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor, fica designada para lavrar a resolução relativa ao processo. Compareceu à sessão de julgamento o Dr. Ricardo Melo, tendo a titular da empresa, Sra. Fátima Claudino Sales, com aquiescência do sr. Presidente, prestando esclarecimentos.

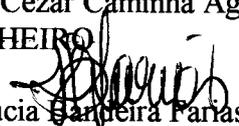
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 16 de janeiro de 2006.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE

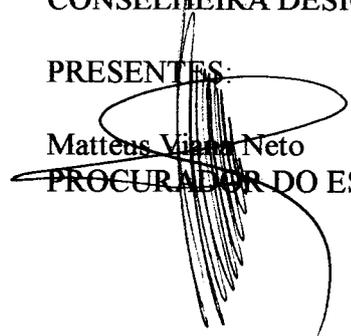

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

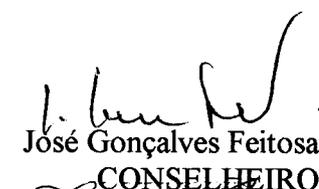

Ana Maria Martins Timbó Holanda.
CONSELHEIRA

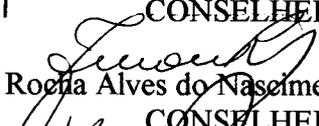
Fernando Cezar Caminha Aguiar Ximenes
CONSELHEIRO

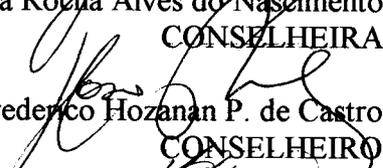

Helena Lúcia Bandeira Farias
CONSELHEIRA DESIGNADA

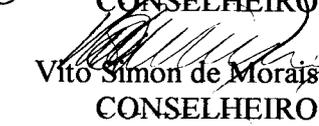
PRESENTES:


Mattens Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Fernanda Rocha Alves do Nascimento
CONSELHEIRA


Frederico Hozanan P. de Castro
CONSELHEIRO


Vito Simon de Moraes
CONSELHEIRO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO