



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº. 433 /2008

86ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 08.07.2008

PROCESSO Nº. 1/001966/2003 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200305190

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: ELEVADORES OTIS LTDA

RELATORA: Conselheira Maria Elineide Silva e Souza

EMENTA: ICMS. Omissão de vendas, apurada em ação fiscal utilizando o método same. Auto de Infração NULO a diversidade de infrações ou fatos típicos apontados na inicial dificultam o exercício do direito de defesa. Decisão ampara no artigo 53, parágrafo 3º do Decreto nº. 25.468/99. Recurso oficial conhecido e provido. Decisão por Unanimidade de votos e conforme Parecer da Doutra procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Trata o presente processo da acusação de promover saídas de mercadorias com base de cálculo inferior ao custo, caracterizando a omissão de receita apurada pelo subfaturamento nas saídas, no valor de R\$ 17.844,53 (dezesete mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e cinquenta e três centavos), referente ao exercício de 2000.

Na informação Complementar ao Auto de Infração o agente do fisco esclarece que:

1. O trabalho foi desenvolvido através do Sistema de Auditoria de Movimentação de Estoque – SAME.
2. Os dados foram importados dos arquivos eletrônicos do contribuinte.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

3. Mencionados arquivos vieram incompletos tendo sido necessário a digitação dos inventários.
4. Antes de lavrados os autos foi oportunizado ao contribuinte o exame prévio do trabalho.
5. A empresa não efetuou alterações.

Constam no processo Ordem de Serviço nº. 2006.04341, Termo de Início de Fiscalização nº. 2003.03560 e Termo de Conclusão nº. 2003.08001 todos emitidos de acordo com determinação da Legislação vigente fls. 5/8, bem como, os relatórios que embasaram a fiscalização fls.11/99.

Inconformado com a autuação, o contribuinte apresentou defesa tempestiva (fls. 116/137) argumentando que:

1. A título de esclarecimento o “levantamento parcial” oferecido para análise pelo agente do fisco antes da autuação foi somente uma planilha contendo “tabela de produtos”, cujo prazo foi exíguo para análise (5 dias).
2. Os autos lavrados são contraditórios.
3. Preliminarmente requer a nulidade do lançamento por desvio de finalidade do ato administrativo, pois como próprio auditor esclarece na informação complementar parte dos dados utilizados no sistema Same foram digitados, portanto não garante a integridade do Sistema.
4. Os trabalhos desenvolvidos pelo Same não foram com base nos arquivos magnéticos fornecidos pela empresa.
5. Argüi ainda a nulidade por cerceamento ao direito de defesa, pois os relatórios emitidos não se coadunam com os registros constantes nas escriturações da empresa tampouco com a documentação fiscal fornecida. Desta forma comprometem o exercício do direito de defesa.
6. Nulidade por falha metodológica de apuração. O fiscal procedeu a um verdadeiro arbitramento, pois ignorou a documentação da empresa.
7. Não ficou demonstrado o subfaturamento cometido pela empresa.
8. O autuado é prestador de serviços e emprega peças na prestação deste serviço.
9. Anexa documentação para demonstrar que não houve subfaturamento. *“O que se depreende desses documentos é que todos os produtos vendidos e apontados pelo Senhor Fiscal como tendo sido com preços abaixo dos praticados pelo mercado foram, na verdade, vendidos com preço equivalente aos praticados pelo mercado e superior ao preço médio indicado pelo fiscal, comprovando-se assim inexistir qualquer espécie de subfaturamento”.*



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

O julgador monocrático considerou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o lançamento fiscal, considera do o reenquadramento da penalidade para a inserta no artigo 123, I “c” pelos seguintes argumentos:

1. A situação apontada na peça inicial não configura subfaturamento, pois este caracteriza por preço inferior ao que foi negociado entre vendedor e comprador, o que não é o caso.
2. A demonstração da infração foi de venda por preço inferior ao custo caracterizando falta de recolhimento do ICMS em razão do descumprimento do estabelecido no artigo 25 §8º do Decreto nº. 24.569/97 que estabelece como preço mínimo de venda o custo de aquisição da mercadoria.
3. Esta regra comporta exceção desde que previamente autorizada pelo fisco, não sendo o presente caso.
4. Recorre de ofício por ser decisão contrária aos interesses do fisco.

O Parecer nº. 49/2008, manifestou-se pela manutenção do julgamento singular, considerando que:

1. A decisão monocrática está em consonância com a legislação vigente, pois a omissão de saída pressupõe a venda sem nota fiscal.
2. *“No presente caso, a saída de mercadoria do estabelecimento foi acobertada com notas fiscais, contudo estas registraram preços de vendas inferiores ao seu custo, levando ao entendimento de que o contribuinte omitira parcelas de valor das mercadorias, recolhendo menos imposto do que o efetivamente devido nas operações. Caracterizou-se assim a falta de recolhimento do ICMS”.*

O representante da Douta Procuradoria Geral do Estado adotou o Parecer da Célula de Consultoria.

É o relatório.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

VOTO DA RELATORA

O presente processo inicia-se com o seguinte relato de infração que para maior compreensão da decisão reproduziremos na íntegra:

*“DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTOS FISCAIS.
O CONTRIBUINTE PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS, TENDO COMO BASE DE CÁLCULO DO ICMS UM VALOR, INFERIOR AO CUSTO DA MERCADORIA, CONFORME CUSTO MÉDIO, CARACTERIZANDO-SE COM ISSO, OMISSÃO DE RECEITAS APURADA PELO SUBFATURAMENTO NAS SAÍDAS, NO MONTANTE DE R\$ 17.844,56, NO PERÍODO DE 01/01/2000 A 31/12/2000.”.*

Na execução dos trabalhos de auditoria fiscal o agente do fisco dispõe de vários métodos para averiguar a regularidade das operações e o recolhimento do imposto. Geralmente, a escolha do método depende do tipo de atividade desenvolvida pelo sujeito passivo. Em alguns casos o levantamento quantitativo das mercadorias é mais eficiente, noutros se revela melhor análise contábil e fiscal.

Escolhida a forma de fiscalizar o agente fiscal traça todo o seu trabalho e desenvolve-o dentro dos princípios legais e contábeis, sempre tendo em mente que o fim maior é verificar se a forma procedida pelo contribuinte está correta ou se o contribuinte está ocasionando de forma voluntária ou não algum dano ao erário.

Neste diapasão é realizada a auditoria fiscal que quando concluída e existindo algum tipo de infração é lançada através do Auto de Infração. O auto de Infração é a peça de lançamento devendo conter, junto com a informação complementar, todos os elementos do lançamento, possibilitando ao sujeito passivo averiguar a infração cometida para poder efetuar o pagamento quando assim concordar ou insurgir-se através da contestação.

Sendo o ponto de partida para apresentação da defesa do contribuinte o Auto de Infração e sua Informação complementar devem conter um relato claro e preciso da infração apontada, de forma a permitir o pleno exercício do Direito de defesa, constitucionalmente protegido no artigo 5º, LV da Carta Magna de 1988.

O Direito de Defesa, tão exaltado atualmente, reflexo do Estado de Democrático, somente materializa-se quando o acusado tem a possibilidade de apresentar uma defesa material e real dos fatos acusados. Podemos assim afirmar que o simples cumprimento da instância não traduz no pleno exercício deste direito.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Portanto, faz-se mister que o acusado saiba exatamente a infração que lhe está sendo imputada. No presente caso, não obstante o bom trabalho desenvolvido pelo agente do fisco, na hora da conclusão, o mesmo cometeu alguns equívocos que impossibilitaram o recorrente de apresentar uma defesa integral, senão vejamos os “fatos típicos” apontados no Auto de infração:

1. Subfaturamento
2. Omissão de Saídas (Omissão de receita)
3. Venda pelo preço inferior ao custo de aquisição.

Essa dificuldade materializou-se de forma visível na elaboração da impugnação por parte do contribuinte que em sua defesa argumenta:

1. Todos os valores recebidos com as vendas estão de acordo com a nota fiscal, inexistindo subfaturamento.
2. As vendas ocorreram com preços superiores à média, portanto não houve omissão de vendas.
3. Juntas ao auto de infração várias notas fiscais, recolhimentos de imposto para demonstrar a alegação.

O próprio julgador monocrático em sua fundamentação argüiu a impossibilidade de configurar omissão de receita pelo subfaturamento, pois os relatórios anexados demonstram falta de recolhimento por venda com preço inferior ao custo de aquisição.

É preciso ainda deixar claro que os relatórios anexados no processo constam como “Relatórios de Movimentação dos Itens Subfaturados na Venda”. Portanto esta multiplicidade de tipos para uma mesma infração dificulta a defesa chegando mesmo a impossibilitar, pois cada infração caracteriza-se por uma atitude típica.

A omissão de receita pode ocorrer pela venda de mercadoria sem notas fiscais, subfaturamento ou venda por preço inferior ao custo. A venda de mercadorias sem notas fiscais é uma infração fácil de ser detectada e comprovada com utilização de métodos de levantamento quantitativos, tais como SLE e o próprio Same utilizado pelo agente do fisco.

O subfaturamento caracteriza-se pela venda num valor superior ao apontado no documento fiscal. É uma infração mais difícil de ser detectada, pois exige a conivência das partes envolvidas no negócio jurídico fornecedor e comprador, sendo necessário para sua



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

comprovação à existência do documento fiscal emitido com valor inferior ao valor efetivamente pago.

Desta simples explanação percebe-se a necessidade de conduta diversa para cada tipo de infração apontada na inicial, bem como a exigência de uma defesa específica para cada tipo infracional, razão pela qual diante da multiplicidade de tipos definidos ficou impossível ao contribuinte exercer plenamente seu direito de defesa, como bem salientou o Douto procurador do Estado em despacho reduzido a termo nos autos fls.620 verso.

Considerando o exposto acima, voto para que o recurso oficial seja conhecido, dar-lhe provimento, para declarar em grau de preliminar a NULIDADE processual, nos termos deste voto e do parecer da Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS


DECISÃO


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA e recorrido ELEVADORES OTIS LTDA, resolve a 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso oficial, dar-lhe provimento, para reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a NULIDADE processual, com base no artigo 53, parágrafo 3º do Decreto nº.25.468/99, nos termos do voto da relatora e manifestação da douda Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão e reduzido a termo nos autos. Ausente, por motivo justificado, a conselheira Jannine Gonçalves Feitosa.

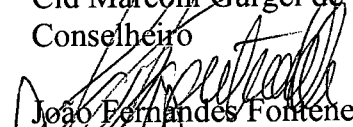
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 21 de outubro de 2008.

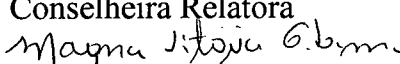

e/ Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE

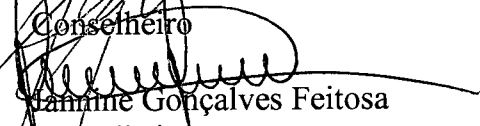

Conselheiro

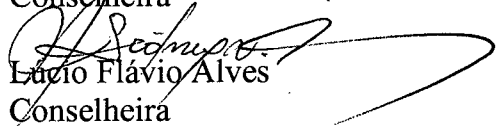

Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro


Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira Relatora


João Fernandes Fontenelle
Conselheiro


Magna Vitória Guadalupe Lima Martins
Conselheira


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Lucio Flávio Alves
Conselheira


Xico Simon de Moraes
Conselheiro


Mattens Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO