



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 528 / 2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 13/03/2015 - 049ª SESSÃO ORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/3571/2010

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201011047

AUTUANTE: JOSÉ WELLINGTON FORTE DE MIRANDA – MAT.: 005.690-1-1.

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E CALÇADOS DO NORDESTE LTDA.

RECORRIDO: AMBOS

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE.

EMENTA: ICMS – SUBFATURAMENTO – FALHA NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – CARÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE. Acusação fiscal relativa à Venda de Mercadorias com preço inferior ao de Aquisição, no exercício de 2008. Processo Administrativo Tributário julgado **NULO**, face à insuficiência de elementos probatórios, acostados pelo Autuante. *In casu*, não consta nos autos os Relatórios Registros de Entradas e Saídas (SLE), elaborado pela Fiscalização. Decisão, por unanimidade de votos, amparada no art. 33, inciso XI, do Dec. nº 25.468/99, e art. 83 da Lei nº 15.614/2014. Recurso Ordinário conhecido e provido, por unanimidade de votos, para reformar a decisão condenatória, proferida em 1ª Instância, e declarar, em grau de preliminar, a **NULIDADE** processual, de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Versa o presente Auto de Infração acerca de *“Emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria, na mesma época, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado”*. Aduz o Agente do Fisco, no Relato da Infração, que o Contribuinte em lide efetuou vendas, no montante de R\$ 21.600,52 (vinte e um mil, seiscentos reais e cinquenta e dois centavos), com preço inferior ao de aquisição, no exercício de 2008.


Infração foi detectada através do Sistema de Levantamento de Estoque – SLE - Subfaturamento.

Indica como dispositivo legal infringido o art. 25/27, 33, I, da Decreto nº 24.569/97. Como penalidade sugere o art. 123, III, E, da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei nº 13.418/03.

Instruindo o presente processo administrativo encontram-se os seguintes documentos: Informações Complementares, Ordem de Serviço nº 2010.09380, Termo de Início de Fiscalização nº 2010.07237, Ordem de Serviço nº 2010.20371, Termo de Início de Fiscalização nº 2010.15836, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2010.18407, Relatório de Subfaturamento, Recibo de devolução de documentos fiscais, protocolo de entrega de AI/Documentos nº 2010.05051, AR referente ao envio do Auto de Infração e documentos, todos colacionados às fls. 03/21.

Devidamente cientificada, a Empresa Autuada, apresenta Impugnação, às fls. 27/34, na qual argumenta, em síntese: I – Que, o lançamento não pode prosperar, posto não permitir ao Contribuinte exercer seu pleno direito de defesa, ante à ausência de fundamentação clara e coerente, notadamente quando à análise e critérios utilizados; II – Nulidade do Auto de Infração, vez que o Agente Autuante se furtou de indicar o valor de mercado dos produtos em questão, isto é, não foram carreadas aos autos quaisquer provas capazes de lastrear o entendimento envergado na autuação; III – Tendo em vista a total ausência de lastro técnico tendente a comprovar o valor de mercado dos bens, que sequer foram individualizados, resta evidente a nulidade do Auto de Infração; IV – Não bastassem as nulidades invocadas, que sugerem a improcedência do lançamento, cabe ainda demonstrar que dentre as mercadorias apontadas no relatório grande parte está sujeita à substituição tributária, o que indica a impertinência da cobrança de ICMS na saída; V – Caso a penalidade seja procedente, esta deve ser equivalente a uma vez o valor do imposto que deixou de ser recolhido, e não 30% do somatório das operações.

Após análise dos autos, o julgador monocrático, encaminha o presente processo à Célula de Perícias e Diligências – CEPED, às fls.



50/51, a fim de serem esclarecidos alguns pontos pertinentes ao levantamento fiscal, em questão.

Laudo Pericial, às fls. 52/56, conclui, ao final, que:

*“Analisando o resultado no Relatório Totalizador do Levantamento Quantitativo de Mercadorias – Subfaturamento apurado após as alterações processadas encontramos uma **Omissão de Saídas de mercadorias sujeitas a substituição tributária com preço deliberadamente inferior ao da compra no montante no montante R\$ 16.483,40 (dezesesseis mil quatrocentos oitenta e três reais e quarenta centavos) e das mercadorias sujeitas a tributação normal com preço deliberadamente inferior ao de compra no montante de R\$ 5.117,12 (cinco mil, cento e dezessete reais e doze centavos).**(g.n)*

Termo de entrega do Laudo Pericial e respectivo AR, Relatório de Subfaturamento, Consulta de contribuinte, Termo de intimação, às fls. 57/93.

O Julgamento de 1ª Instância, fundamentado no Laudo Pericial realizado, decide pela Parcial Procedência do Auto de Infração, às fls. 95/99.

Consulta de contribuinte, Intimação da decisão monocrática e respectivo AR, fls. 100/102.

Inconformada com o “*decisum*”, a Autuada interpõe Recurso Ordinário, às fls. 104/1135, arguindo, em síntese, que: I – “*Se a autuação não se ampara nos preços de mercado*”, como declarou o julgador de 1ª instância, dever-se-ia, então, aplicar multa diversa da prevista na norma sancionatória do art. 123, “e”, da Lei 13.418/03, à medida que essa é a grandeza econômica eleita para figurar no critério quantitativo de seu consequente; II – O RICMS prevê a possibilidade de ser publicada uma tabela de preços de mercado, o que facilitaria sobremaneira a atividade do Fisco, porém, a ausência dessa tabela não exclui a necessidade de se determinar o preço mercadológico dos produtos autuados; III – Não existe dispositivo legal que possibilite o arbitramento do ICMS simplesmente por existirem desconexões entre o preço de entrada de uma mercadoria e o de saída, restando imprescindível que se estipule o respectivo valor de mercado, exceto quando a contabilidade do sujeito passivo não mereça prestígio, o que passa longe dos fatos carreados nos autos. IV – Inconteste o dever do Fisco expressar os valores de mercado, para compor a base de cálculo da infração que entende cabível, que não foram apontadas quaisquer provas capazes de lastrear o entendimento envergado na autuação, mostrando-se deveras temerária a conduta da administração ora verificada; V – Tendo em vista a total ausência de lastro

técnico tendente a comprovar o teórico e hipotético valor de mercado dos bens, que sequer foram individualizados, resta evidente a nulidade do Auto de Infração, bem como a premente necessidade de reforma do julgado. Requer, ao final, a improcedência do Auto de Infração vergastado, diante inexistência dos preços de mercado – base de cálculo estipulada no art. 123 da III, e, da Lei 13.418/03 -, carente, portanto, de qualquer alicerce que lhe de suporte.

A consultoria tributária, mediante Parecer nº 670/2014, às fls. 119/123, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão de Procedência de Primeira Instância, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado, às fls. 124.

É o Relatório.



VOTO DA RELATORA

Conforme relatado, trata-se de Auto de Infração lavrado sob a acusação fiscal de *“Emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria, na mesma época, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado”*. No Relato da Infração, assevera, o Agente Autuante, que *“o Contribuinte em lide efetuou vendas, no montante de R\$ 21.600,52, com preço inferior ao de aquisição, no exercício de 2008”*.

Em sede de 1ª Instância, o Julgador Singular, fundamentado no Laudo Pericial de fls. 52/56, decide pela Parcial Procedência do lançamento.

Em suas razões recursais, alega, preliminarmente, a Autuada, a nulidade do Auto de Infração *“tendo em vista a total ausência de lastro técnico tendente a comprovar o teórico e hipotético valor de mercado dos bens, que sequer foram individualizados”*.

Em princípio, no que concerne a nulidade suscitada, pela Recorrente, mister se faz a análise de preliminar de nulidade referente à real comprovação da materialidade da infração, apontada pelo Agente Fiscal.

No caso em apreço, da análise das peças processuais que substanciam os autos, verifica-se, que não consta nos autos as planilhas e Relatórios Registros de Entradas e Saídas do SLE, elaborados pela Fiscalização, elemento imprescindível para comprovação da infração.

Nesse ponto, cumpre observar, até mesmo o Perito, responsável pelo Laudo Pericial, informou da ausência da referida documentação, às fls. 54 dos autos:

“Analisando os arquivos magnéticos contidos no CD-ROM de posse da Célula de Perícias e Diligências – CEPED constatamos a ausência dos Relatórios de Registros de Entradas e dos Relatórios de Registros de Saídas de Mercadorias do Levantamento de Estoque realizado pela fiscalização”.

“Na tentativa de solucionar o problema enviamos a Comunicação Interna – CI nº 4/2014 a Coordenadoria Administrativa e de Tecnologia/Célula de Informação e Normas (CAT/CENOR) requerendo a lotação do servidor José Wellington Fonte de Miranda, matrícula: 005690-1-1. Em resposta através da CI nº 129/2014 a CAT/CENOR informou que o servidor encontra-se aposentado desde 28/11/2011.”



Na espécie, insta consignar, o Auto de Infração deve ser claro e preciso, não somente quanto à narração dos fatos, mas, também, quanto ao acervo probatório.

Com efeito, em matéria de lançamento tributário a autuação do Agente Fiscal, prioritariamente, consiste em trazer aos autos elementos que de maneira indubitosa apontem para a ocorrência de possível evento infracional por ele constatado.

No caso concreto, considerando que nas Informações Complementares, às fls. 04, o próprio Fiscal Autuante faz menção que *“o valor do montante acima foi resultante do levantamento de todas as notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias, e seus estoques inicial e final, obtendo-se a diferença acima especificado no montante de R\$ 21.600,52”*.

In casu, consoante se observa, a ausência da referida documentação comprometeu a liquidez e certeza do crédito tributário lançado.

Tal falha, a meu ver, configura vício insanável, no presente processo, vez que prejudica a ampla defesa e o contraditório do Contribuinte Autuado, bem como, dissemina dúvidas acerca da autuação.

Ressalte-se, a prova documental é imprescindível no Processo Administrativo Tributário.

Sobre o assunto em tela, explicita Marcos Vinicius Neder¹ em seu artigo “Aspectos Formais e Materiais no Direito Probatório”:

“No processo administrativo fiscal, tem-se como regra que o ônus da prova recai sobre quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o contribuinte aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou a existência de fatores excludentes”.

“Por outro lado, por força do que dispõe o art. 9º do Decreto nº 70.235/72. O Fisco tem o dever de provar o fato constitutivo do seu direito de exigir o crédito tributário. Em nosso ordenamento, não há normas jurídicas que imponham a presunção de legitimidade ao lançamento tributário, no que se refere ao seu conteúdo. A falta de comprovação de fato impositivo acarreta a invalidade do lançamento tributário”.

¹ NEDER, Marcos Vinicius. **Aspectos Formais e Materiais no Direito Probatório**, São Paulo: Dialética, 2010, p. 19-20.

Na presente questão, entendo como insuficientes os elementos probatórios da acusação.

Com efeito, a falta dos relatórios hábeis a comprovar efetivamente a infração denunciada, na peça inicial, acarreta dúvidas e cerceia, por completo, o direito de defesa do Contribuinte, culminando com nulidade toda a ação fiscal.

Sabe-se, muitas são as regras impostas ao ato administrativo de lançamento, dentre outras, a prevista no art. 33, inciso XI, do Dec. nº 25.468/99, *in verbis*:

Art. 33 (...)

XI - descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado e, se necessário à melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos contábeis e fiscais, em anexo ao auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração."

Nesse diapasão, entendo **NULO** o Auto de Infração, em questão, nos termos do art. 83 da Lei nº 15.614/2014, abaixo transcrito:

Art. 83. *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.*

Com essas considerações, **VOTO**, pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão parcialmente condenatória, proferida em 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, conforme com a manifestação oral, em sessão, do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o Voto.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são Recorrente: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e CALÇADOS DO NORDESTE LTDA.**, e Recorrido: AMBOS,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer dos recurso interpostos, por decisão unânime, dar-lhes provimento, para reformar a decisão parcialmente condenatória, proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE**, suscitada pela Conselheira Relatora, por ausência, nos autos, dos relatórios hábeis a comprovar efetivamente a infração denunciada, nos termos do voto da Conselheira Relatora, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro José Gonçalves Feitosa.

SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 48 de julho de 2015.

Francisca Marta de Sousa
Presidente

Anneline Magalhães Torres
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira Relatora

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

02/07/15