



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

RESOLUÇÃO Nº 021 /2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

78ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 24/10/2019

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E MAGNESIUM DO BRASIL S/A

RECORRIDO: AMBOS

PROCESSO Nº: 1/3734/2016 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016.17168-3

CONSELHEIRA RELATORA: MARIA ELINEIDE SILVA E SOUZA

EMENTA: ICMS. Omissão de Receita apurada por meio do comparativo entre os valores constates nas notas fiscais emitidas e o valor do custo médio apurado. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE, em razão do reenquadramento da penalidade. Recurso Ordinário e Reexame Necessário conhecidos e não providos. Decisão por unanimidade de votos e conforme Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da douto Procuradoria Geral do Estado. Preliminar de decadência afastada por voto de desempate do presidente com fundamento no 173, I do CTN. Decisão amparada no art. 92, § 8º da Lei nº 12.670/96. Penalidade prevista no art. 123, I, “d” da Lei nº 12.670/1996, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Palavra-chave: ICMS - Omissão de Receitas – Saída Inferior ao Preço de Custo.

RELATO

O presente processo trata da acusação de omissão de receitas identificada por meio do levantamento de estoques com apuração dos quantitativos e custos médio dos itens “diesel” e “casca da castanha do caju”, onde constatou que ocorreram saídas com preço abaixo do custo médio apurado.

Na informação complementar ao auto de infração o agente do fisco esclarece que:

1. a empresa é cadastrado no Regime de Recolhimento Normal e enquadrada no CNAE – 2399199 – Fabricação de outros produtos de minerais não metálicos;
2. ao realizar o controle de estoque, com base nas notas fiscais de entrada e saída e inventários declarados no Sped Fiscal constatou uma omissão de receita dos produtos “óleo diesel” e “casca da castanha do caju”;



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

3.o art. 92, § 8º, IV considera omissão de receita a saída do produto com valor inferior ao valor de custo médio;

4. aplicou a penalidade prevista no art. 123, III, “b” da Lei nº 12.670/1996.

Constam no processo o Mandado de Ação Fiscal nº. 2016.00713, Termo de Início nº. 2016.00967, Termo de Conclusão nº 2017.12193 e AR, Anexo Único da Instrução Normativa 37/2014, planilhas e CD contendo todas as provas produzidas.

Contribuinte apresenta defesa tempestiva, fls.29/43, alegando:

1. inicialmente a ocorrência da decadência do direito de lançar o crédito tributário relativo aos meses de janeiro a agosto de 2011, nos termos do arts. 150, § 4º do CTN e 156 do CTN;
2. inexistência da relação jurídico tributário que enseje o pagamento do ICMS, pois a impugnante tem matriz sediada na cidade de Fortaleza/Ce e filial no município de Jucás/Ce, ocorre que na transferência de insumos para fabricação de produtos pela filial não ocorre circulação jurídica de mercadoria com transferência de propriedade;
3. desproporcionalidade da multa aplicada

O julgador monocrático decide pela parcial procedência do lançamento, fls53/60, em razão do reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/1996, sob os seguintes fundamentos:

1. afasta a arguição de decadência com base na Súmula 555 do STJ combinado com art. 173, II do CTN;
2. a legislação prevê o que levantamento fiscal poderá ser realizado de várias maneiras, dentre as quais o método da DRM, no qual o custo vendido é calculado com base nos valores de estoque inicial, compras e estoque final ($CMV = EI + C - EF$);
3. na apuração do custo da mercadoria vendida deve contabilmente excluir o ICMS das operações de entradas e saídas porque não integra o custo de venda, pois a empresa recupera o valor correspondente ao imposto por meio de crédito e débito na escrita fiscal, em observância o princípio da não cumulatividade;
4. a planilha fiscal mostra a ocorrência de dois tipos de infrações de omissão de receita, uma com origem na “subavaliação do estoque” (AI nº 2016.17163-3) e outra na “saída de produtos abaixo do custo” (AI nº 2016.17168-3);
5. no caso a empresa não fabrica castanha de caju e óleo diesel de acordo com seus CNAEs, e, como ela admite tratam-se de produtos adquiridos de terceiros utilizados como insumos, portanto, o preço unitário em suas transferências deve corresponder à entrada mais recente da mercadoria e, não pode ser inferior ao preço de aquisição nos termos do art. 25, § 8º do Dec. nº 24.569/1997;



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

Voto da Relatora:

O presente processo trata da infração de omissão de receitas identificada por meio do levantamento de estoques com apuração dos quantitativos e custos médio dos itens “diesel” e “casca da castanha do caju”, onde constatou que ocorreram saídas com preço abaixo do custo médio apurado no exercício de 2011.

Preliminarmente, quanto ao pedido de extinção parcial do crédito tributário relativamente às operações ocorridas de 03/01/2011 a 11/08/2011 em razão da decadência, afastamos essa preliminar com fundamento no art. 149, IV combinado com art. 173, I do CTN, cujo entendimento encontra-se corporificado na Súmula 555 do STJ, que determina que o débito não declarado ao Fisco atrai, para efeitos de contagem do prazo decadencial, a regra prevista no art. 173, I do CTN.

Ainda em sede de preliminar, afastamos à alegação de caráter confiscatório da multa aplicada, pois não compete ao órgão de julgamento administrativo efetuar o controle de constitucionalidade da norma, conforme estabelece o art.48, § 2º da Lei nº 15.614/2014, abaixo reproduzido.

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 fiscal refere-se a omissão de venda decorrente de saída abaixo do custo médio nos termos do art. 92, § 8º, IV da Lei nº 12.670/1996, em seguida transcrito:

In Verbis:

Art. 92. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil, em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.

(...)

§ 8º Caracteriza-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos:

(...)



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

IV - montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos, ao custo da mercadoria vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado;

Nesse aspecto não procede o argumento da recorrente de existência de erro no levantamento fiscal em razão da exclusão do ICMS no cálculo do preço médio das mercadorias comercializadas, pois os impostos recuperáveis (IPI, ICMS) devem ser excluídos do cálculo do custo da mercadoria, uma vez que como o próprio nome indica, tais impostos não são suportados pela empresa, eles serão, posteriormente, recuperados mediante a escrita fiscal do contribuinte. Desta forma, correto o levantamento do agente fiscal quando excluiu mencionados valores do cálculo do custo médio.

Por último, o art. 25, § 8º do Decreto nº 24.569/1997 determina que a base de cálculo do imposto não poderá ter como base de cálculo valor inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou ao valor da operação anterior, salvo motivo relevante, a critério da autoridade fazendária.

In Verbis:

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.

Como ressaltado pela julgadora monocrática “...a empresa não fabrica castanha de caju e óleo diesel de acordo com seus CNAE's, e, como admite tratam-se de produtos adquiridos de terceiros para servirem como insumos, portanto, o preço unitário em suas transferências deve corresponder à entrada mais recente da mercadoria e, não pode ser inferior ao preço de aquisição nos termos do art. 12, § 8º do Decreto nº 24.569/1997”, fl.57.

Neste diapasão, considerando que não foi apresentada nenhuma justificativa para ocorrência das transferências em valor inferior ao custo da mercadoria, não se pode admitir a alegação de que se tratam de operações de transferências entre a matriz e a filial de um mesmo contribuinte.

Considerando que a infração apontada na peça inicial, omissão de receita, foi apurada a partir do Levantamento Quantitativo de Estoques -SLE (notas fiscais de entrada e saída), com a comparação dos preços praticados nas saídas e o custo médio, configura-se a infração de falta de recolhimento do imposto relativamente às diferenças de preços praticados, conforme sugerido no julgamento de primeira instância, cuja penalidade encontra-se inserta no art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/1996.



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

Diante dos fatos acima relatados, voto pelo conhecimento de ambos os recursos, negar-lhes provimento e confirmar a decisão Parcialmente Condenatória de primeira instância, nos termos deste voto e conforme o parecer da Célula de Assessoria processual Tributária adotado pelo Representante da Doutra Procuradoria Geral do Estado.

Este é o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO	R\$ 106.718,73
ICMS	R\$ 18.142,18
MULTA	R\$ 18.142,18
TOTAL	R\$ 36.284,36



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

DECISÃO:

Vistos relatados e discutidos os autos onde recorrente Célula de Julgamento de 1ª Instância e MAGNESIUM DO BRASIL S/A e recorrido Ambos, resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário e do Recurso Ordinário para deliberar nos seguintes termos: 1. Com relação ao pedido de decadência parcial, relativamente às operações ocorridas de 03/01/2011 a 11/08/2011, nos moldes do art. 150, §4º, do CTN – Foi afastada por voto de desempate do Presidente, com base no art. 173, I, combinado com o art. 149, ambos do CTN. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Alice Gondim Salviano de Macedo, Wander Araújo de Magalhães Uchôa e Marcus Mota de Paula Cavalcante, que acataram o pedido da parte. 2. Quanto à alegação de caráter confiscatório da multa aplicada, foi rejeitada por unanimidade de votos, considerando tratar-se de matéria constitucional, sendo o presente órgão incompetente para sua análise, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014. 3. No mérito, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento aos recursos interpostos, para confirmar a decisão parcialmente condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Registre-se a ausência do representante legal da Recorrente, apesar de regularmente intimado para apresentação de sustentação oral, conforme solicitado nos autos.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 27 de janeiro de 2020.


Francisco José Oliveira Silva
Presidente


Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira


Leilson de Veiga Cunha
Conselheiro


Henrique José Leal Jereissati
conselheiro


Marcus Mota de Paula Cavalcante
Conselheiro


Wander Araújo de Magalhães Uchôa
Conselheiro


Alice Gondim Salviano de Macedo
Conselheira


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

Ciente: 27/01/2020