



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

RESOLUÇÃO Nº. 78 /2013
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
85ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 19/11/12
PROCESSO Nº. 1/2834/2009
AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/200903824-8
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: FRANCISCO DE ASSIS COSME
AUTUANTE: José Ireland Menezes de Oliveira
MATRICULA: 00614211
RELATOR: Conselheiro João Rafael de Farias Furtado Nóbrega

EMENTA: ICMS – 1. OMISSÃO DE COMPRAS. 2. Acusação fiscal que denuncia emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao alcançado, na mesma época, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado, no período de janeiro a dezembro/2006 **3.** Recurso de Ofício conhecido e provido. **4.** Auto de infração julgado **IMPROCEDENTE**, por unanimidade de votos, tendo em vista que nas operações realizadas por depósito fechado não há objetivo de mercancia e ainda mais incidência de ICMS, concluindo-se como inadequada a aplicação da penalidade estabelecida pela exordial, assim, efetivamente não materializada a infração.. **4.** Decisão amparada no conjunto probatório dos autos, de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: “emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria na mesma época, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado. O estabelecimento recebeu mercadorias a título de depósito fechado, Quando da saída destas (retorno), os valores dos produtos estavam inferiores ao das entradas, sendo a diferença total em R\$ 374.621,79, conforme inf. anexas”.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.123, inciso III, alínea “e” e o art. 126 da Lei alterada pela Lei 13.418/03.

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:

- Ordem de Serviço nº 2008.27972;
- Ordem de Serviço nº 2009.01481;
- Termo de Início de Fiscalização nº 2008.23521;
- Termo de Início de Fiscalização nº 2009.01635;
- Apuração de Diferença de Valores de Produtos Entradas/Saídas;
- Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2009.06802;
- Recibo de Documentos Fiscais;
- Termo de Juntada e AR referente ao Auto de Infração.

Às fls. 14/20 temos o julgamento monocrático que decide pela **NULIDADE** da ação fiscal.

DO PARECER DA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA:

Através de Parecer de N°544/2012 a Consultoria Tributária sugeriu o conhecimento do recurso oficial, dando-lhe provimento, com o objetivo de reformar a decisão monocrática de nulidade para **IMPROCEDÊNCIA** do feito fiscal.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial interposto pela **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA** em face da recorrida **FRANCISCO DE ASSIS COSME**, objetivando, em síntese, a reforma da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. 1/200903824-8. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente fora autuada por *emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria na mesma época, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado*, detectado através dos



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Relatórios Totalizadores de entrada e saída, no período de janeiro a dezembro/2006, no montante de R\$ 374.621,79.

DO MÉRITO

Em sede de julgamento singular, o julgador declarou a nulidade da ação fiscal, por entender que não há clareza no Auto de Infração e pelo mesmo estar confuso.

Porém, discordo da nulidade, uma vez que embora a acusação imputada refira-se à subfaturamento, os elementos trazidos pelo fiscal autuante não são suficientes para caracterizar a infração em deslinda.

Nesta esfera, merece destacar que em observância ao artigo 53, § 11 do Decreto nº 25.468/99, cabível é, *in casu*, o julgamento do mérito da presente ação fiscal, senão vejamos:

Art. 53. 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

§ 11. Quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite, a autoridade julgadora não pronunciará a nulidade.

Ora, analisando a presente increpação fiscal, nota-se que o agente autuante, ao analisar as operações de entrada e saída entre depósito fechado (autuada) e estabelecimento da mesma empresa, constatou que o retorno de mercadorias depositadas foi realizado com valor inferior ao constante nas notas fiscais recebidas, no mesmo período, muitas vezes no mesmo dia do recebimento, relacionando este fato com a prática de subfaturamento.

Entende-se por subfaturamento a descrição dos aspectos monetários e/ou quantitativos aquém dos efetivamente praticados, fato este que encontra guarida apenas em documentos, uma vez que a operação mercantil tem sua realidade baseada no encontro de vontades que determinam as condições de sua realização. Dessa forma, a operação mercantil subfaturada tem a falsa aparência de perfeita: encontram-se registrados os contratantes (vendedor e comprador), as quantidades, as qualidades, o valor da operação, etc.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Essa prática dá cabimento a que empresas sonquem parte considerável dos montantes tributáveis. Assim, desrespeitando as legislações tributárias e comerciais, bem como os Princípios Fundamentais da Contabilidade, entidades empresariais passam a competir de forma desigual com a economia pautada pela formalidade.

No caso em alume, observa-se que o agente atuante indica que a infração está configurada no fato de que foram realizados vários retornos de mercadorias depositadas com valores inferiores aos da remessa realizada pelo estabelecimento principal.

Entretanto, cabe salientar que um estabelecimento na condição de depósito fechado não pode fazer retornar ao estabelecimento de origem, mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, com agregação (margem de lucro), transferência de crédito fiscal ou com valor de saída (retorno) inferior ao da entrada.

Necessário arazoar que a figura do substabelecimento só existe quando há diferença entre o preço lançado na fatura e aquele efetivamente ajustado, com o objetivo precípua de diminuir a carga tributária. Nesse diapasão, como nas operações realizadas por depósito fechado não há objetivo de mercância e ainda mais incidência de ICMS, conclui-se como inadequada a aplicação da penalidade estabelecida pela exordial, visto que efetivamente não foi materializada a infração.

Indispensável ressaltar que o auditor fazendário poderia ter utilizado outros procedimentos de fiscalização para chegar ao resultado pretendido, como o levantamento quantitativo de estoque de mercadorias. Neste sentido, partimos do princípio de que toda afirmação necessita de uma sustentação, de uma composição probatória para dar crédito à afirmação arguida, e o fiscal atuante não demonstrou tal aparato de provas.

Ademais, a alegativa apresentada pelo atuante de que a empresa tinha a intenção de “enxugar” os preços de aquisição original, perde a consistência quando se sabe que por ocasião da venda efetiva realizada pelo estabelecimento principal, o contribuinte do ICMS deve ter como referência o valor real da compra e não o valor do retorno das mercadorias do depósito fechado.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

DO VOTO

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso oficial, dando-lhe provimento, para modificar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, e julgar **improcedente** a acusação fiscal, de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **FRANCISCO DE ASSIS COSME**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial, dar-lhe provimento, para modificar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, e julgar **improcedente** a acusação fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. O Conselheiro Sebastião Almeida Araújo afirmou não concordar com a nulidade proferida em 1ª Instância, por ser passível de saneamento por meio

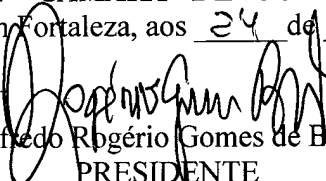


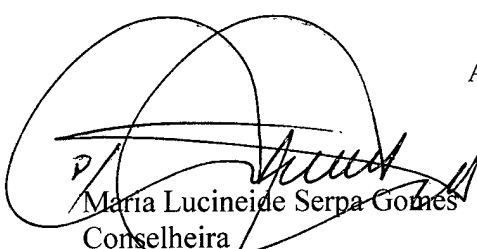
**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

de diligência e fundamentou seu voto com base na interpretação sistemática do art. 4º, inciso X, e art. 25, § 8º, do RICMS, entendendo que como a remessa e o retorno da mercadoria para depósito fechado é caso de não incidência do ICMS, não pode ser aplicado o contido no art. 25, § 8º, uma vez que inexistente base de cálculo do ICMS na operação. Assim, no caso em pauta, não se configura a infração de subfaturamento. Com esteio no previsto no art. 30, do Decreto nº 25.468/99, especialmente o Princípio da Celeridade, Verdade Material, Economia Processual, o da Informalidade e o que dispõe o art. 53, § 11, não se aplicará o art. 84, todos do Decreto citado, ou seja, não retornará o processo à instância singular por entender inexistir a infração de subfaturamento. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Lúcia de Fátima Calou de Araújo e Samuel de Aragão Silva.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de junho de 2013.

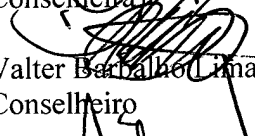

Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE

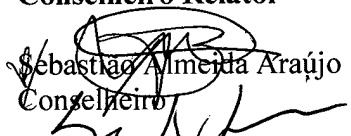

Maria Lucineide Serpa Gomes
Conselheira

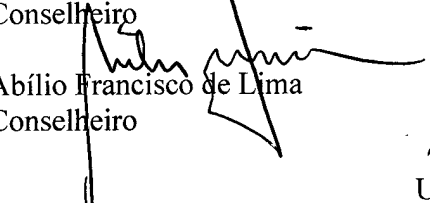

Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro

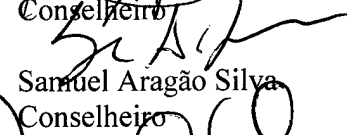

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Conselheira

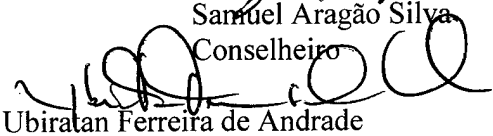

João Rafael de Farias Furtado Nóbrega
Conselheiro Relator


Valter Barbalho Lima
Conselheiro


Sebastião Almeida Araújo
Conselheiro


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro


Samuel Aragão Silva
Conselheiro


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO