



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

RESOLUÇÃO Nº 85 /2010

2ª CÂMARA

SESSÃO DE 23/02/2010 – 37ª Sessão Ordinária

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5320/2007

AUTO DE INFRAÇÃO: 2/2007/08914

AUTUANTES: PAULO SÉRGIO C. DE ALMADA - MAT. : 107.534-1-4

FRANCISCO DAS CHAGAS DE SOUSA - MAT.: 103.589-1-4

RECORRENTE: BANDEIRANTES COMÉRCIO E RENOVAÇÃO DE PNEUS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONS. RELATOR: JOSÉ MOREIRA SOBRINHO

EMENTA: ICMS – NOTA FISCAL INIDÔNEA – IMPROCEDÊNCIA. Afastamento da preliminar suscitada por extemporaneidade do ato referente à ausência de lavratura do Termo de Retenção. No mérito, uma vez que compete à Administração Fazendária o ônus de provar os fatos suscitados como implicação direta do Princípio da Motivação dos Atos Administrativos e não tendo sido apresentada prova acerca da ocorrência dos fatos, julga-se improcedente a exação fiscal. Decisão amparada no art. 25, inc. I, "a" e no art. 831, §3º, ambos do Decreto nº 24.569/97 e nos Princípios da Verdade Material e da Motivação dos Atos Administrativos. Recurso voluntário conhecido e provido, no mérito e de acordo com manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. Unanimidade de votos.

RELATÓRIO

O relato da infração em apreço acusa a Autuada de remeter mercadoria com documento fiscal inidôneo uma vez que continha declarações inexatas com relação ao preço, posto que inferior ao praticado pelo mercado.

Indica como dispositivos legais infringidos os arts. 127 e 131 do Decreto nº 24.569/97. Como penalidade sugere a inserta no art. 123, III, "a", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Instruem o presente processo os seguintes documentos: Informações prestadas pelo Impetrado no Mandado de Segurança nº 2007.0016.9347-4; Informações Complementares ao Auto de Infração; Certificado de Guarda de Mercadorias nº 178/07; Notas Fiscais emitidas pela Autuada nºs 2483 e 999; Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais; Comprovante de Importação; Extrato da Declaração de Importação nº 07/0787572-7; Conhecimento de Embarque da Companhia de Libra de Navegación Uruguai S.A.; Pedido da Compneus à Cexat da Barra do Ceará da guarda da mercadoria apreendida; Informações do Orientador da CEXAT da Barra do Ceará, Cópia de Notificação Judicial e de Decisão Interlocutória referentes ao Mandado de Segurança nº 2007.0017.9936-1, todos acostados às fls. 03/30.

Não tendo sido apresentada Defesa Administrativa, lavrou-se o competente Termo de Revelia, às fls. 34.

A decisão do insigne Julgador Monocrático, às fls. 37/39, julgou procedente a ação fiscal sob o pálio do disposto no art. 829, caput e art. 131, inc. III do Decreto nº 24.569/97.

Recurso Voluntário, às fls. 59/68, interposto por Compneus – Comércio e Serviço de Recondicionamento de Pneus Ltda., na condição de 3º Interessada, alega em síntese que a nota fiscal nº 2483, considerada inidônea atende todos os requisitos de validade e de eficácia previstos na legislação em vigor e que o valor do produto é explicado pelo fato de tratar-se de pneus usados, na verdade carcaças de pneus, adquiridos de empresa sediada nos EUA, onde este tipo de mercadoria é inconveniente.

Ademais alega que a Autoridade Fiscal sem nenhum amparo legal majorou a base de cálculo em percentual de 115% (cento e quinze por cento).

A título de defesa no que concerne a esse ponto, salienta-se ainda que a Recorrente agiu em consonância com os Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência e que o

ilícito fiscal não é a comercialização de mercadoria por preços inferiores ao de mercado, mas o subfaturamento, que é a emissão de documento fiscal com valores inferiores aos realmente praticados na operação, o que não restou demonstrado. Por fim, invoca o Princípio da Razoabilidade.

A Consultoria Tributária, em Parecer de nº 207/2009, apresentou o seu entendimento, que dormita às fls. 71/73, pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento para confirmar a decisão de procedência da acusação fiscal proferida em sede de Primeira Instância, recebendo a chancela da douta Procuradoria Geral do Estado, às fls. 74.

Eis o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Consoante anteriormente anunciado, o presente processo tem como objeto a acusação de remessa de mercadoria acobertada por documento fiscal inidôneo, uma vez que continha declarações inexatas quanto ao preço dos produtos, já que inferiores aos praticados no mercado.

Em sustentação oral, ademais das razões recursais, o representante legal da Interessada argumentou a existência de nulidade no procedimento fiscal por extemporaneidade do ato de lavratura do auto de infração em comento, dada a ausência de lavratura do Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, em momento anterior.

Todavia, observe-se que a acusação de que os documentos fiscais eram inidôneos tem como fundamento a existência de declarações inexatas quanto ao preço que está inferior ao praticado no mercado.

A priori é importante destacar que é devida a lavratura do Termo de Retenção apenas nos casos em que se constata irregularidades passíveis de reparação, nos termos do art. 831, §3º, do RICMS, erros relativos a elementos formais que, portanto, não implicam em redução ou omissão do pagamento do imposto.

Art 831. (...)

§1º. Configurada a hipótese prevista neste artigo o agente do Fisco emitirá Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, Anexo LXII, notificando o contribuinte ou responsável para que, em 03 (três) dias sane irregularidade, sob pena de, não o fazendo, submeter-se à ação fiscal e aos efeitos dela decorrentes.

§3º Entende-se por passível de reparação a irregularidade que apresente erro resultante de omissão ou indicação indevida de elementos formais que, por sua natureza, não implique falta de recolhimento do imposto.

No caso em comento, observa-se que o fato apontado na inicial é referente ao preço do produto, por conseguinte, tem reflexos no cálculo do imposto, já que consoante disposto no art. 25, inc. I, "a" do Decreto nº 24.569/97, a base de cálculo do ICMS será o valor da operação, da mercadoria, na saída de qualquer estabelecimento do contribuinte.

Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:

I - o valor da operação:

a) na saída, a qualquer título, de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular;

Logo, no caso em apreço, por não se tratar de uma irregularidade passível de reparação não caberia a lavratura do Termo de Retenção com vistas a investigar o preço dos produtos, portanto, se afasta a nulidade suscitada.

No mérito, a princípio vale destacar que, como bem observa a Recorrente, a acusação seria a de subfaturamento, venda por preço inferior ao apostado na nota fiscal e não a venda por preço aquém da média de valor do mercado, uma vez que por força do Princípio da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência o contribuinte tem a liberdade de definir o valor de seus produtos.

Mesmo que a suposta infração fosse uma ou outra (subfaturamento ou venda por preço aquém da média de valor do mercado), não há nos presentes autos provas que dêem sustentabilidade à acusação apontada na inicial.

Os únicos documentos colacionados ao processo são a Nota Fiscal de Saída nº 2483, objeto da fiscalização, a Nota Fiscal de Entrada nº 000999, ambas emitidas pela Autuada e referentes ao mesmo produto, documentos relativos ao transporte da mercadoria dos Estados Unidos ao Brasil, e Documentos Aduaneiros, os quais não têm o condão de demonstrar a infração de venda subfaturada ou de preço inferior a média de mercado), ao contrário, depõem a favor do contribuinte.

Nesse sentido, é importante destacar que a Administração Pública, por força do Princípio da Motivação dos Atos, no exercício da função que lhe é inerente ou no exercício de funções atípicas tem o dever de fundamentar os seus atos. Por conseguinte, o auto de infração deve ser motivado.

Quando a Autoridade Fiscal lavra Auto de Infração deve indicar o fato concreto e individualizado que o motivou a prática do ato acusatório, o que implica a apresentação de prova robusta, convincente de sua ocorrência. O Fisco só pode fazer a exação fiscal mediante a apresentação de prova ainda que indiciária, nos casos definidos em lei da ocorrência do fato gerador.

Conforme lição de Marco Aurélio Greco citado em artigo da autoria de Raquel Cavalcante Ramos Machado:

Não cabe ao contribuinte provar a inoccorrência do fato gerador, incumbe ao fisco, isto sim, demonstrar sua ocorrência.¹

Considerando que o processo administrativo ao contrário do processo comum está regido pelo Princípio da Verdade Real, e considerando ainda que as provas apresentadas não são aptas a provar os fatos alegados, a acusação em apreço é improcedente.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento, a fim de julgar improcedente a acusação fiscal, em razão da ausência de provas, de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o meu VOTO.

¹ MACHADO, Raquel Cavalcante Ramos. "A Prova no Processo Tributário – Presunção de Validade do Ato Administrativo e Ônus da Prova". Revista Dialética de Direito Tributário, nº 96, São Paulo, p. 81.

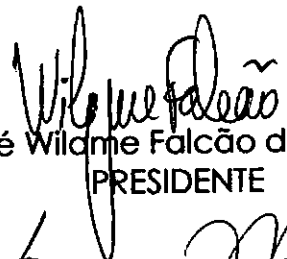
DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **BANDEIRANTES COMÉRCIO E RENOVACÃO DE PNEUS LTDA.** e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA.**

RESOLVEM, os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso voluntário e, por maioria de votos, afastar a preliminar de nulidade suscitada pela parte por ausência do Termo de Retenção, com vistas a investigar o preço declarado na Nota Fiscal apontada como inidônea. Referida preliminar foi afastada sob o entendimento de que em se tratando de preço, que tem repercussão no ICMS, não comporta termo de retenção, conforme a legislação determina. Foi voto vencido, favorável à nulidade, o Conselheiro Marcos Antônio Brasil. No mérito, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve dar provimento ao recurso interposto, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª instância e julgar **improcedente** a acusação fiscal, em razão da ausência de provas, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado, que argumentou que o fiscal autuante não comprovou que as mercadorias transportadas tinham preço inferior ao praticado no mercado. A Conselheira Francisca Marta Sousa ressaltou que o relato do auto de infração faz referência a preço abaixo do mercado,

mas que os autos carecem dessa comprovação. Ausente, justificadamente, Conselheira Sandra Maria Tavares Menezes de Castro. Esteve presente para sustentação oral ao recurso, o representante legal da recorrente, Dr. Ivan Falcão.

**SALA DE SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO
DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 8 de março de 2010.**


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Marcos Antônio Brasil
CONSELHEIRO


Sandra Maria Tavares M. de Castro
CONSELHEIRA

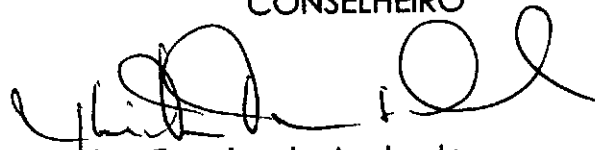

José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO RELATOR


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA


Ana Maria Martins Timbó Holanda
CONSELHEIRA


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO