



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 136/2013

192ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 09.11.2012

PROCESSO Nº 1/4778/2005 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200518003

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: BIRDEXPRESS TRANSPORTES E MUDANÇAS LTDA

AUTUANTES: FRANCISCO FLÁVIO DE CASTRO

RELATOR: CONS. ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA

EMENTA: ICMS – FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. 1 – Infração apurada mediante utilização da técnica Mark-up. 2 – Apontada Infringência ao Art. 127, 169, 174 e 177, todos do Dec. 24.569/97. 3 – Aplicada a penalidade preceituada no Art. 123, III, “b”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. 4 – Recurso Oficial conhecido e não-provido para confirmar a decisão proferida em 1ª Instância, pela **IMPROCEDÊNCIA** da acusação fiscal, sob o fundamento de que a técnica empregada na fiscalização não se presta a sustentar a acusação imputada, conforme demonstrado em Laudo Pericial. 5 – Preliminar de nulidade não apreciada por força do Art. 53, §11 do Decreto nº 25.468/99. 6 – Decisão por unanimidade de votos em conformidade com a manifestação oral em sessão do representante da Consultoria Tributária.

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:



1





SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

"FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL EM OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO ACOBERTADA POR NOTA FISCAL MODELO 1 OU 1A E/OU SÉRIE "D" E CUPOM FISCAL. A EMPRESA SUPRAMENCIONADA, NO CURSO DO EXERCÍCIO DE 2003, DEIXOU DE APRESENTAR UM FATURAMENTO MÍNIMO DE R\$ 1.227.407,00, EM CONSONÂNCIA COM OS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS; AO REVÉS APRESENTOU R\$ 991.329,00; O QUE LEVA A CONSTATAR UMA DIFERENÇA DE R\$236.078,00; CONSOANTE AS DEMONSTRAÇÕES ANEXAS."

Apontada infringência aos artigos 127, 169, 174 e 177, todos do Dec. 24.569/97, com imposição da penalidade preceituada no Art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03, e conseqüente exigência do seguinte crédito tributário:

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	236.078,00
ICMS (17%)	40.133,26
Multa (30%)	70.823,40
TOTAL	110.956,66

Intimado do lançamento de ofício, o contribuinte apresentou impugnação arguindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, por impedimento do Supervisor de Auditoria Fiscal, que assinou a Ordem de Serviço em nome do Orientador da Célula de Auditoria sem a necessária Portaria de Nomeação para substituí-lo. No mérito, pugna pela improcedência do Auto de Infração, em vista da existência de erros no levantamento realizado, bem como pela ausência de amparo legal para o método e fórmulas empregados em sua elaboração.

A Julgadora de 1ª instância, antes de se pronunciar sobre o feito, encaminhou o processo à Célula de Perícias e Diligências Fiscais para que fosse refeito o levantamento efetuado pelo autuante e corrigidos os equívocos porventura existentes.

Em resposta, a Célula de Perícias e Diligências Fiscais - CEPED apresenta Laudo Pericial às fls. 1.031 a 1.036 dos autos, informando, em síntese que foram identificados alguns equívocos no levantamento fiscal, os quais foram devidamente corrigidos, ficando a diferença apontada no auto de infração reduzida à importância de R\$ 25,88.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Ante as conclusões da Perícia a ilustre Julgadora Monocrática decidiu pela IMPROCEDÊNCIA da acusação fiscal, considerando que a diferença apontada no Laudo Pericial, por insignificante, não pode ser entendida como vendas de mercadorias sem documentos fiscais.

E por ter decidido contrariamente aos interesses da fazenda pública, a insigne Julgadora recorreu de ofício ao Conselho de Recursos Tributários, para o necessário reexame da decisão, como determinam os artigos 65 e 66 do Dec. 25.468/99.

A Consultoria Tributária, em Parecer referendado pelo douto representante da Procuradoria Geral do Estado, diverge da decisão recorrida e sugere que a mesma seja retificada, uma vez que o crédito tributário, por ser indisponível, não pode ser remitado, ainda que tenha valor irrisório. Desse modo opina pelo conhecimento do recurso oficial, para dar-lhe provimento, modificando-se a decisão proferida em 1ª Instância para PARCIAL-PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, em vista da redução do crédito apontada pela Perícia.

É o relatório.

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial interposto pela **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** em face de **BIRDEXPRESS TRANSPORTES E MUDANÇAS LTDA**, relativamente a decisão contrária aos interesses da Fazenda Pública Estadual. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Como visto, a Julgadora de 1ª Instância decidiu pela improcedência da acusação fiscal, considerando que o valor referente à infração apontada na peça inicial não foi confirmado pela Perícia, vez que a diferença indicada no Laudo Pericial foi de apenas R\$25,88, valor insignificante para ser entendido como resultante de vendas de mercadorias sem documentos fiscais.

Examinando os presentes fólios vejo que assiste razão à insigne Julgadora Singular quanto à improcedência do lançamento constante da peça acusatória. No entanto me acosto a esse entendimento com esteio em fundamentos diversos daqueles que sustentaram a decisão recorrida.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Para tanto julgo por bem transcrever parte das explicações dadas pelo Perito que analisou e refez os cálculos do lançamento, em sua resposta ao Quesito 1 do Laudo Pericial às fls. 1.031 e 1.032, conforme segue:

"Analisando o AI em tela juntamente com os dados contidos na Informação Complementar, verificou-se que a Omissão de Saídas apontada na peça basilar foi apurada com base na utilização da técnica de formação de preço de venda conhecida por MARK-UP.

Essa técnica consiste na aplicação de um coeficiente sobre os custos totais de fabricação da empresa. Esse coeficiente é obtido a partir da soma dos percentuais dos impostos incidentes sobre as vendas, no caso, ICMS, PIS e COFINS e da margem de lucro desejada. De posse desses dados a empresa calcula seu preço de venda de modo que seu lucro seja aquele fixado após a dedução das despesas fixas e variáveis.

No caso em tela o agente do Fisco considerando as informações fiscais fornecidas pela empresa, montou o preço de venda da atuada aplicando a técnica de formação de preço MARK-UP.

*Ocorre que no decorrer da elaboração dos cálculos o agente atuante deixou de considerar pontos importantes para a aplicação da técnica MARK-UP, demonstrados abaixo, que ensejou a diferença apontada como Omissão de Saídas no Auto de Infração em análise. Pois, **fazendo da forma como o atuante fez, utilizando os dados fornecidos pela própria empresa** como, compras, custos fixos/despesas e vendas, para montar o preço de venda utilizando a técnica de formação de preço MARK-UP, se não ocorrer nenhum equívoco na elaboração dos cálculos, **não poderá resultar num valor diferente daquele informado pela própria empresa** que serviu de base para os referidos cálculos." Destaquei.*

Veja-se que, de acordo com a informação do ilustre Perito, o levantamento em análise foi realizado com a utilização de uma técnica denominada MARK-UP, a qual, segundo explicita, é uma conhecida técnica de formação de preços usualmente empregada pelas empresas para fins de calcular os preços de venda dos seus produtos ou serviços.

Demais disso, ainda segundo a informação pericial, o uso da técnica MARK-UP com base em dados fornecidos pela própria empresa, como fez o atuante, não tem como produzir resultado diferente daquele já informado pelo contribuinte.

Importantíssimo mencionar, ainda, a abalizada manifestação oral proferida em sessão e reduzida a termo nos autos pelo ilustre Consultor Tributário Dr. Sidney Valente Lima, cuja proficiência na matéria é amplamente conhecida, senão vejamos:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

“Como é sabido, o mark-up é um método utilizado pelas empresas para a formação do preço de venda dos produtos, considerando os seus custos fixos e variáveis, bem como a margem de lucro que deseja trabalhar. Contudo, o método mark-up não se presta para detectar omissão de vendas, pois se destina unicamente a formação do preço de vendas das mercadorias. Por mais que o agente autuante apurasse todos os custos fixos e variáveis da autuada e tivesse conhecimento de sua margem de lucro, chegando a um faturamento projetado superior ao faturamento declarado pela autuada, a diferença entre eles jamais poderia ser considerada omissão de venda, pois existe a possibilidade de que tal diferença, decorrente da inclusão dos custos incorridos no período, tenha sido financiada não pela venda de mercadorias sem nota fiscal, mas com o capital próprio ou de terceiros injetado na empresa por meio de empréstimos obtidos ou aumento de capital, por exemplo. Ademais, se utilizarmos os dados fornecidos pela própria empresa como aquisições, custos fixos e variáveis, para formar o preço de venda, utilizando a técnica mark-up, se não ocorrer nenhum equívoco na elaboração dos cálculos, não poderá resultar num valor diferente daquele informado pela própria empresa, que serviu de base para os referidos cálculos. Por tal motivo, entendo que a ferramenta utilizada pela fiscalização não se presta para comprovar a ocorrência de omissão de vendas, até porque o referido método não está contemplado nas hipóteses previstas no art. 827, § 8º do RICMS, cuja concretização gera a presunção de omissão de receitas.” Ressalte-se que a preliminar de nulidade suscitada na impugnação não foi apreciada por força do art. 53, § 11 do Decreto nº 25.468/99.”

Diante de todo o exposto quedo-me convencido de que a técnica em referência, nos moldes adotados no presente feito, é imprópria para uso em auditoria fiscal, pois que, como restou demonstrado pela Perícia, a acusação imputada da exordial não se sustenta.

Deixo de apreciar a preliminar de nulidade suscitada na impugnação por força do que dispõe o Art. 53, § 11 do Decreto nº 25.468/99, *in verbis*:

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

Ex positis, VOTO no sentido de conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão proferida em 1ª Instância, pela **IMPROCEDÊNCIA** da acusação fiscal, porém com fundamentação diversa, conforme acima demonstrado.

É como VOTO.

5
Abílio Francisco de Lima



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

03 – DECISÃO

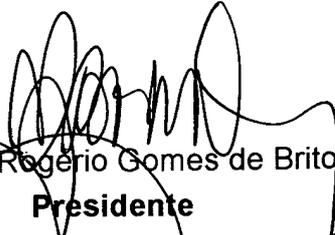
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e Recorrido **BIRDEXPRESS TRANSPORTES E MUDANÇAS LTDA**. **Decisão:** A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão absolutória proferida em 1ª Instância, porém por motivo diverso, qual seja, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com as considerais orais do Consultor Tributário presente à sessão, Dr. Sidney Valente Lima, e reduzido a termo para constar da respectiva Resolução, com o seguinte teor: *“Como é sabido, o mark-up é um método utilizado pelas empresas para a formação do preço de venda dos produtos, considerando os seus custos fixos e variáveis, bem como a margem de lucro que deseja trabalhar. Contudo, o método mark-up não se presta para detectar omissão de vendas, pois se destina unicamente a formação do preço de vendas das mercadorias. Por mais que o agente atuante apurasse todos os custos fixos e variáveis da atuada e tivesse conhecimento de sua margem de lucro, chegando a um faturamento projetado superior ao faturamento declarado pela atuada, a diferença entre eles jamais poderia ser considerada omissão de venda, pois existe a possibilidade de que tal diferença, decorrente da inclusão dos custos incorridos no período, tenha sido financiada não pela venda de mercadorias sem nota fiscal, mas com o capital próprio ou de terceiros injetado na empresa por meio de empréstimos obtidos ou aumento de capital, por exemplo. Ademais, se utilizarmos os dados fornecidos pela própria empresa como aquisições, custos fixos e variáveis, para formar o preço de venda, utilizando a técnica mark-up, se não ocorrer nenhum equívoco na elaboração dos cálculos, não poderá resultar num valor diferente daquele informado pela própria empresa, que serviu de base para os referidos cálculos. Por tal motivo, entendo que a ferramenta utilizada pela*

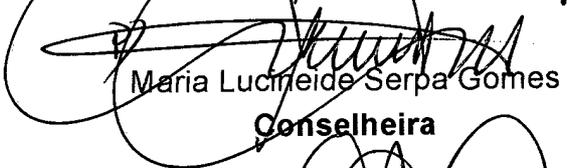


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

fiscalização não se presta para comprovar a ocorrência de omissão de vendas, até porque o referido método não está contemplado nas hipóteses previstas no art. 827, § 8º do RICMS, cuja concretização gera a presunção de omissão de receitas.” Ressalte-se que a preliminar de nulidade suscitada na impugnação não foi apreciada por força do art. 53, § 11 do Decreto nº 25.468/99.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 18 de Fevereiro de 2013.

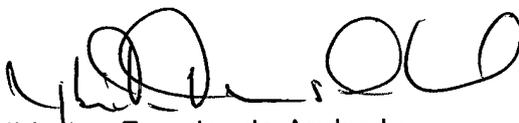

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Presidente


Maria Lucineide Serpa Gomes
Conselheira


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Conselheira


Valter Barbalho Lima
Conselheiro


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro Relator


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro


Ágatha Louise Borges Macedo
Conselheira


Samuel Aragão Silva
Conselheiro