



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

RESOLUÇÃO Nº 226/2006

2ª CÂMARA

SESSÃO DE: 17/04/2006

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/002762/2004

AUTO DE INFRAÇÃO: Nº 1/200405793

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e EMBALAGENS
CEARÁ LTDA.

RECORRIDO: AMBOS

RELATOR ORIGINÁRIO CONS: MARCELO REIS DE ANDRADE SANTOS FILHO.

RELATOR DESIGNADO CONS: JOSÉ MARIA VIEIRA MOTA

EMENTA: ICMS. SUBFATURAMENTO. A fiscalização estadual acusa a empresa de ter vendido mercadorias por preço inferior ao custo apurado dos produtos. Afastadas as preliminares de nulidades suscitadas pela recorrente. Constatada a ofensa ao art. 25, § 8º, do Regulamento do ICMS. Desclassificação do ilícito fiscal apontado para falta de recolhimento do imposto. Aplicação da penalidade prevista do art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03. Ação fiscal parcialmente procedente, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Voto de desempate da presidência. Recursos oficial e voluntário provido em parte.

RELATÓRIO

A peça inicial do presente processo traz no seu relato a seguinte acusação fiscal: "Fraudar livros fiscais para iludir o Fisco e fugir ao pagamento do imposto. Conforme levantamento em anexo, constatou-se que a empresa fiscalizada subfaturou as mercadorias relacionadas em anexo, uma vez que a referida empresa demonstrou o custo dos respectivos produtos abaixo do preço de vendas, conforme relatórios em anexo e respectivo recibo fornecido pela empresa autuada."

O agente autuante indicou como dispositivos legais infringidos os arts. 216 a 220, 225 a 233 do Dec. nº 21.219/91, com penalidade prevista no art. 123, I, "a", da Lei nº 12.670/96.

Nas Informações Complementares, o agente do fisco ao ratificar o feito fiscal, esclarece que de posse dos custos fornecidos pela empresa fez a comparação com cada produto de cada nota fiscal, sendo constatado a ocorrência de subfaturamento em algumas transações realizadas pela autuada.

Constam às fls. 05 a 20 dos autos, a cópia da Ordem de Serviço nº 2004.13738, o Termo de Intimação nº 2004.09111, os Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização, Planilha de Custos fornecidos pela empresa, Quadro Demonstrativo do Subfaturamento das Operações.

A autuada, tempestivamente, apresentou impugnou o feito fiscal às fls. 27 a 39 dos autos.

A julgadora singular não acolheu os argumentos da defesa, decidindo pela parcial procedência do Auto de Infração por entender que não se trata de fraude, mas sim de subfaturamento, cuja penalidade é prevista no art. 123, inciso III, alínea e, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Inconformada com a decisão singular, a autuada dela recorre, renova as preliminares de nulidades sob o fundamento de suposta falha de identificação da autoridade designadora da ação fiscal na Ordem de Serviço, bem como a falta do visto desta mesma autoridade no auto de infração.

No mérito, alega que parte das operações de saída consideradas pela fiscalização como subfaturadas não se tratava de venda de mercadorias, mas de operações não sujeitas a incidência do ICMS, tais como saída de matéria prima para serem beneficiadas; retorno simbólico de material de terceiros recebido para industrialização, por se tratarem de saídas com ICMS diferido.

Acrescentou, ainda, que constam saídas mercadorias para conserto, sucatas, peças de equipamentos e material de manutenção e que algumas notas fiscais são de simples remessa de mercadorias; notas fiscais de complemento e outras; razão pela qual não podem ser enquadradas como subfaturamento.

Sustenta a inexistência de fato que evidencie ato lesivo aos interesses do Estado, não havendo prática intencional do não recolhimento do imposto devido aos cofres do Erário e mesmo que houvesse qualquer diferença nos custos de alguns produtos, ou diferença no levantamento do estoque, a legislação fiscal oferece outros meios de ação que permitem o desenvolvimento efetivo de uma ação fiscal.

Ao final, requer que sejam acolhidas as preliminares de nulidade do Auto de Infração suscitadas, e no mérito, pelos motivos aduzidos, a improcedência do AI por ausência de materialidade da infração.

A Consultoria Tributária emitiu o Parecer nº 57/2006 opinando pela reforma da decisão singular, o qual foi referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata a peça inicial de acusação relativa ao subfaturamento das mercadorias no exercício de 2001 no valor de R\$ 12.674, 15 (doze mil, seiscentos e setenta e quatro reais e quinze centavos), conforme planilha do custo dos respectivos produtos fornecido pela empresa.

A julgadora singular não acolheu as razões de defesa, decidindo pela parcial procedência do Auto de Infração por entender que não se trata de fraude, mas sim de subfaturamento, cuja penalidade é a prevista no art. 123, inciso III, e, da Lei nº. 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Do exame das preliminares de nulidades suscitadas, não vislumbro nestes autos vícios que venha inquinar o lançamento do crédito tributário a ponto de ser declarada sua nulidade.

Nesse tocante, cumpre observar que essas nulidades já foram devidas rejeitadas pela julgadora singular, vejamos:

“No que diz respeito à preliminar de nulidade argüida por considerar que houve violação ao disposto no artigo 31, § 1º do Decreto 25.468/99, esclareça-se aqui à impugnante que o ato foi designado por autoridade competente, qual seja, o Orientador da Célula de Execução”.

“Em relação ao questionamento de que não há identificação do supervisor de célula, esclareça-se que a ação fiscal iniciou-se com a Ordem de Serviço nº 2004.03425 e teve continuidade através da Ordem de Serviço nº 2004.13738. Referido ato apenas convalida e dá continuidade da ação fiscal, não havendo necessidade de conter todos os dados anteriormente já discriminados”.

“Quanto ao argumento de que o ato é nulo em razão de que não consta visto com identificação da autoridade no auto de infração, esclareça-se que o visto da autoridade no corpo do auto de infração não pode ser considerada como norma de direito cogente, portanto, não é de efeito impositivo, uma vez que a ausência de tal elemento em nada prejudica ao processo”.

A recorrente, também, suscitou uma a preliminar de nulidade da ação fiscal sob o fundamento de indicação indevida do dispositivo legal do Dec. nº 21.219/91, e a ausência da base de cálculo, alíquota, motivo da autuação e os dispositivos legais infringidos no Termo de Conclusão, fatos estes que teriam violado o devido processo legal, assim como, a garantia à ampla defesa e do contraditório.

Nesse tocante, cumpre esclarecer que nas Informações Complementares ao Auto de Infração a autoridade fiscal afirma que de posse da planilha de custos fornecidos pela empresa fez a comparação com cada produto de cada nota fiscal, constatando a ocorrência de subfaturamento nas transações realizadas pela autuada, consignando, ao final, os valores da base de cálculo, do imposto devido e da multa, restando claro que o ilícito fiscal detectado é mesmo que está sendo imputado à recorrente no Auto de Infração ora sob exame.

Portanto, ainda que tenha ocorrido alguma falha na indicação de dispositivo legal ou as omissões acima apontadas, não podem dar ensejo à nulidade do lançamento fiscal, porque não resultaram em prejuízo ao direito de defesa da autuada.

Ressalte-se, ainda, que durante todo o trâmite processual a recorrente utilizou-se de todos os meios necessários e suficientes para o exercício pleno do seu direito de defesa, bem como foi assegurado o devido processo legal.

Em análise de mérito, verifica-se que o agente do fisco acusa a empresa da prática de subfaturamento por haver constatado que o preço dos produtos grafados nas notas fiscais de saída era inferior ao custo de fabricação desses produtos.

A autoridade fiscal apresenta como prova da acusação fiscal a Planilha de Custo (fls. 12 a 18) e Relatório de Subfaturamento 2001 (fls. 19 a 20), onde se constata a indicação da notas fiscais de vendas, a descrição dos produtos, o preço unitário de cada produto e o seu custo e, finalizando, a diferença apontada como subfaturamento.

A recorrente aduziu que parte das operações de saída consideradas pela fiscalização como subfaturadas não se referiam à venda de mercadorias, mas de operações não sujeitas a incidência do ICMS, tais como saída de matéria prima para serem beneficiadas; retorno simbólico de material de terceiros recebido para industrialização, por se tratarem de saídas com ICMS diferido. Acrescentou, também, que constavam saídas de mercadorias para conserto, sucatas, peças de equipamentos e material de manutenção, e que algumas notas fiscais são de simples remessa de mercadorias; notas fiscais de complemento e outras; logo, não poderiam ser enquadradas como subfaturamento.

Em relação às alegações acima, verifica-se que a Recorrente nas vezes em que contestou o lançamento do crédito tributário, não apresentou qualquer prova documental do alegado, sendo legítima, pois, a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido sobre a diferença de preço constatada no trabalho fiscal.

No que diz respeito à penalidade aplicável à espécie, em que pese os valiosos argumentos da ilustre julgadora singular, entendo que assiste razão ao ilustre Consultor Tributário quando desclassificou a acusação de subfaturamento para falta de recolhimento do ICMS, ao concluir que a prática do subfaturamento somente se configura quando a mercadoria é negociada por um valor e faturada por outro menor, sendo tal irregularidade comprovada através de documentos.

No presente caso, trouxe à lume o disposto no art. 25, parágrafo 8º do RICMS, que assim se expressa: "a base de calculo 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 domicilio fiscal."

Em seguida, afirma que não há nos autos elementos que levem a concluir que houve subfaturamento, ou a venda de mercadorias sem nota fiscal como entendeu a nobre julgadora singular, porque a saída da mercadoria foi devidamente documentada, porém, comercializada por valor inferior ao mínimo estabelecido na legislação fiscal, no caso, o seu preço de custo, conforme explicitado no dispositivo acima citado.

Ressaltou, também, que existem situações provocadas pelo mercado que obrigam as empresas a vender suas mercadorias com preço inferior ao custo de aquisição, contudo, tal hipótese só será aceita se o motivo que a determinou for de fato aceita como relevante pela autoridade fazendária.

Portanto, compartilho do entendimento acima esposado de que o ilícito fiscal descrito na peça basilar configura uma falta de recolhimento do ICMS, cabendo a reforma em parte a decisão singular, aplicando-se ao caso a penalidade prevista no art. 123, inciso I, c, da Lei nº 12.670/96, que estabelece uma multa equivalente a 01 (uma) vez o valor do imposto.

Isto posto, voto pelo conhecimento dos recursos oficial e voluntário, dando-lhes parcial provimento, decidindo pela parcial procedência da autuação, de acordo com o parecer da douta procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	= R\$ 2.154,61
<u>MULTA</u>	<u>= R\$ 2.154,61</u>
TOTAL	= R\$ 4.309,22

DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que são recorrentes CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E EMBALAGENS CEARÁ LTDA.e recorrido AMBOS.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após rejeitar por unanimidade de votos as preliminares de nulidades suscitada em grau de recurso, resolve, por voto de desempate da presidência, conhecer dos recursos oficial e voluntário, dar-lhes parcial provimento para decidir pela parcial procedência da autuação, nos termos do parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado, no qual se fundamentou o primeiro voto vencedor proferido pelo conselheiro José Maria Vieira Mota, que ficou designado para lavrar a resolução. Votaram pela improcedência os conselheiros Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, relator originário, Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira, Thiago Pereira Fontenelle e Ildebrando Holanda Junior. Presente para sustentação oral do recurso os representantes legais da autuada. Dr. Robson Passos de Castro e Silva e Dra. Andréa Gualberto.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos de junho de 2.006.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRÉSIDENTE


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO RELATOR


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


Sandra Maria Tavares M. de Castro
CONSELHEIRA


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO

Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO