



GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO N° 278/2010

SESSÃO: 28ª Sessão Extraordinária do dia 21 de junho de 2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRT

PROCESSO N° 1/3602/2006 AUTO DE INFRAÇÃO N° 2006.20133

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA

RECORRIDO: CELULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: ANTONIO CESAR PINHEIRO SILVA

CONSELHEIRO RELATOR: SAMUEL ARAGÃO SILVA


CONSELEHRIO DESIGNADO: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

**EMENTA:** SUBFATURAMENTO - EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS COM PREÇOS INFERIORES AO DE AQUISIÇÃO - Foi constatado pela fiscalização que a empresa emitia documento fiscal nas operações de vendas com preço inferior ao de aquisição. Infringência ao art. 25, inciso I, alínea "a", § 8º do Decreto 24.569/97, com penalidade inserta no art. 123, inciso III, "e", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. Recurso Voluntário conhecido e não provido. Ação fiscal julgada PROCEDENTE por voto de desempate do Presidente.

**RELATÓRIO**

Trata o presente auto de infração lavrado contra a empresa NESTLE DO BRASIL LTDA, sob acusação de venda de mercadorias com preço inferior aos de aquisição.

O Processo foi instruído com os seguintes documentos:

- Auto de infração nº 2006.20133;
- Informações Complementares; 

- Ordem de Serviço nº 2006.16453;
- Termo de Início e de Conclusão de Fiscalização;
- Termo de Revelia;
- Solicitação de Dilatação de Prazo;
- Despacho e CD ROM com dados do Levantamento Fiscal..

O autuante indicou como infringidos os arts. 25, 27 e 33, inciso I do Decreto nº 24.569/97 e penalidade inserta no art. 123, inciso III, "e", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares o autuante esclarece que o levantamento fiscal foi realizado nos exercícios de 2002 e 2003, onde constatou saídas de mercadorias com valores inferiores aos de entradas, procedimento que contraria a legislação tributaria, precisamente em seu art. 25, inciso I, alínea "a", § 8º do Regulamento do ICMS.

Informa ainda que a Base de Calculo foi levantada de acordo com os relatórios de saídas inferior as entradas referente aos exercícios de 2002 e 2003 e sobre o valor a menor aplicou a alíquota de 17% e como não foi comprovadamente demonstrado em suas escritas qualquer motivo relevante aceito pelo Fisco Estadual e como não houve estorno do credito fiscal por parte da empresa em valor superior a entrada, cobrou-se o ICMS relativo a saídas inferior as entradas mais recente, conforme demonstrado nos relatórios de Analise Fiscal em arquivos eletrônicos anexados a Informação Complementar.

A empresa solicitou dilatação de prazo, no entanto, deixou o feito fiscal correr a revelia.

A julgadora Singular por sua vez requisita ao Núcleo Setorial de Alimentos da CEAUD a inclusão nos autos do CD ROM contendo o levantamento de saída com o valores inferiores as entradas, onde se constata o valor da base de calculo no montante de R\$ 579.974,43 (quinhentos e setenta e nove mil novecentos e setenta e quatro reais e quarenta e três centavos), bem como as Planilhas do Livro de Entrada das Mercadorias Originais provenientes do Estado de Pernambuco.

Após apreciar todos os documentos que deram ensejo a atuação a nobre singular expressa entendimento no sentido de declarar o feito fiscal procedente.

Insatisfeita com a decisão condenatória de 1º grau a empresa, através de seus advogados devidamente constituídos, interpõe recurso voluntário aduzindo em sua defesa o seguinte:



- 1 - Que nada impede que a recorrente venda ou pratique descontos de preços nos referidos produtos;
- 2 - Que inexistente, caso o preço final do produto venha ser menor que o custo deste em virtude de desconto;
- 3 - As mercadorias são de rápido perecimento, motivo pelo qual são concedidos descontos, diminuindo o preço, facilitando a sua rápida circulação;
- 4 - A multa aplicada revela-se absolutamente ilícita, como confiscatória e desproporcional, ferindo os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, bem como os ditames do art. 112 do CTN
- 5 - Por fim requer que se julgue improcedente o auto de infração.

A Consultoria rebate os argumentos apresentados no recurso, afirmando que a venda de produtos abaixo do preço de venda é permitido pela legislação, desde que seja apresentada as devidas justificativas e seja autorizado pelo Fisco, fato este não cumprido pela recorrente.

Quanto a desproporcionalidade da multa e efeito confiscatório, afirma o consultor que o órgão do Poder Executivo não tem competência para declarar a multa confiscatória, em decorrência do princípio da legalidade, que o ato de lançamento é vinculado, e somente o Poder Judiciário teria poder para declarar esse efeito.

Conclui o Parecer confirmando o julgamento singular quanto a declarando a procedência do lançamento fiscal.

O representante da douta Procuradoria adota o Parecer da Consultoria em todos os seus termos.

O Processo foi colocado em pauta de julgamento na 47ª Sessão Extraordinária, oportunidade em que a Conselheira Relatora sugeriu a conversão do curso do processo em realização de Diligência para que fosse feita a leitura do CD ROM anexo a fls. 19 dos autos, bem como a impressão de seu conteúdo e anexa aos autos.

As fls. 79 dos autos consta Termo de Entrega de Laudo Pericial para manifestação da parte conforme art. 26, § 5º da Lei nº 12.732/97.

A empresa contesta o laudo pericial nos seguintes termos:

- 1 - Que a diferença entre o valor unitário de venda das mercadorias objetos da autuação e o menor valor encontrado pela fiscalização, para a mesma mercadoria à época do fato gerador é ínfimo;



2 - Alega que o motivo da venda com valor inferior ao preço de mercado, como já declarado na impugnação quanto no recurso, se deu por razões estritamente comerciais, onde grande parte dos produtos encontrava-se com o prazo de validade exíguo, motivo pelo qual era preferível vendê-los por preço menor a perder todo o estoque;

3 - Outro motivo alegado foi à redução do estoque e razões concorrenciais;

4 - Que os motivos da requerente encontram-se plenamente justificados e as operações foram realizadas nos termos da Lei, não podendo prosperar o auto de infração em questão.

É o relatório.



## VOTO DO RELATOR

Trata do auto de infração em que o contribuinte é acusado de vender mercadorias com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria, na mesma época no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado, no montante de R\$ 98.595,67 (noventa e oito mil quinhentos e noventa e cinco reais e sessenta e sete centavos).

Inicialmente convém ressaltar que as operações relativas a venda de mercadorias abaixo do custo de aquisição por parte dos contribuintes do ICMS, encontra-se disciplinada no art. 25, inciso I, alínea "a", § 8º do Decreto 24.569/97, onde o intuito do legislador foi dar equilíbrio as transações comerciais e evitar a concorrência desleal, senão vejamos:

Art. 25 (...)

*§ 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.*

De acordo com os documentos apresentados pelo agente fiscal, podemos constatar que o contribuinte promoveu a venda de mercadorias com valores inferiores as suas aquisições, nem apresentou motivos relevante que justificasse tal procedimento.

Na contestação ao Laudo Pericial o contribuinte tenta rebater a acusação fiscal utilizando-se dos seguintes argumentos:

1 - Que a diferença entre o valor unitário de venda das mercadorias objetos da autuação e o menor valor encontrado pela fiscalização, para a mesma mercadoria à época do fato gerador é ínfimo;

A "priori" rejeitamos o argumento apresentado pela defesa tendo em vista que o contribuinte não trouxe aos autos nenhum documento que demonstra-se de forma clara tal contradição. De uma infinidade de produtos listados pelo agente fiscal o contribuinte apega-se a apenas um para justificar sua tese, o que não comprova nada.

Contrariamente ao alegado pela empresa o agente do fisco demonstrou no levantamento fiscal que o valor das mercadorias constantes nas notas fiscais de saídas, era inferior ao custo de fabricação/aquisição, concluindo,



assim ter ocorrido subfaturamento por ocasião das vendas, fls. 81/102 dos autos.

2 - Alega que o motivo da venda com valor inferior ao preço de mercado, como já declaradas, tanto na impugnação quanto no recurso, se deu por razões estritamente comerciais, com vistas a redução do estoque, onde grande parte dos produtos encontrava-se com o prazo de validade exíguo, motivo pelo qual era preferível vendê-los por preço menor a perder todo o estoque;

É certo que no dispositivo indicado como infringido consta uma exceção a regra que se efetiva quando cumpridas certas condições. No presente caso, estas condições não foram observadas pela empresa. Não há nos autos qualquer documento que comprove que o contribuinte compareceu a unidade fazendária de sua circunscrição fiscal e solicitou a autoridade fazendária competente, o pedido de autorização com as devidas justificativas, para promover a venda de mercadorias abaixo do preço de aquisição.

Somente agora, após entrega do Laudo Pericial é que o contribuinte informa que as mercadorias estariam com prazo de validade exíguo.

Dessa forma e como ficou devidamente comprovado que o contribuinte vendeu mercadorias com preço abaixo de aquisição, voto pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida em primeira instância, nos termos do voto de desempate do Presidente, e do primeiro voto divergente e vencedor, e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributara, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

#### **DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTARIO**

ICMS .....	R\$ 98.595,67
MULTA .....	R\$ 98.595,67
TOTAL .....	R\$197.191,34



## DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente **NESTLE DO BRASIL LTDA** e Recorrido a **Célula de Julgamento de 1ª Instância**.

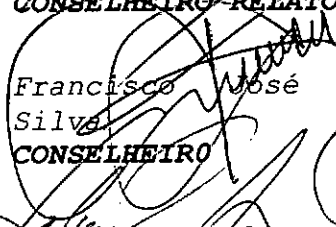
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. Com relação ao **pedido de perícia** formulado pelo Conselheiro Relator, a fim de que se traga aos autos amostragem conjugada das Notas Fiscais de aquisição com as Notas Fiscais de saídas que resultaram na diferença que está sendo cobrada no auto de infração - afastada, por voto de desempate do Presidente, considerando que o contribuinte admite ter efetuado vendas com preço inferior ao de aquisição, não restando dúvidas, nesse sentido, a ser esclarecida por meio de diligência. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Samuel Aragão Silva, Sebastião Almeida Araújo, Pedro Eleutério de Albuquerque e João Carlos Mineiro Moreira. Com relação à **preliminar de nulidade** suscitada pelo relator sob o fundamento de ausência de provas, posto que a cópia do levantamento de saída inferior a entrada, mencionado nas informações complementares, não consta dos autos - afastada, por voto de desempate do Presidente, considerando que todo o trabalho fiscal está condensado no arquivo eletrônico trazido aos autos por meio da solicitação de fls. 18. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Samuel Aragão Silva, João Carlos Mineiro Moreira, Sebastião Almeida Araújo e Pedro Eleutério de Albuquerque. **No mérito**, também por voto de desempate do Presidente, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo **Conselheiro Alexandre Mendes de Sousa, que foi designado para lavrar a Resolução**, e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Samuel Aragão Silva, relator originário, Sebastião Almeida Araújo, Pedro Eleutério de Albuquerque e João Carlos Mineiro Moreira, que se pronunciaram pela improcedência, acatando as razões apresentadas pela recorrente. A Dra. Mayra Assunção Sousa, representante legal da recorrente, compareceu a sessão, mas optou por não se manifestar em sustentação oral do recurso.

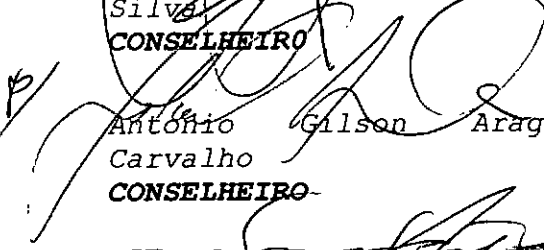
**SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 23 de 09 de 2.010.

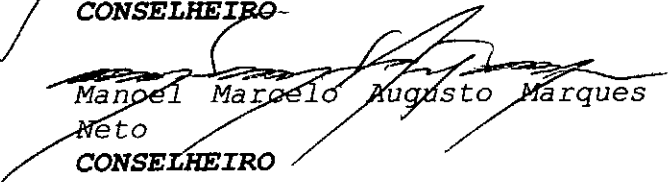
  
José Wilame Falcão de Souza

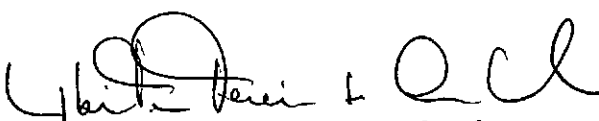
**PRESIDENTE**

  
Alexandre Mendes de Sousa  
**CONSELHEIRO-RELATOR**


  
Francisco José de Oliveira  
Silva  
**CONSELHEIRO**

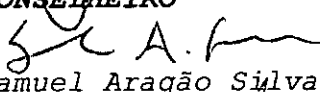
  
António Gilson Aragão de  
Carvalho  
**CONSELHEIRO**

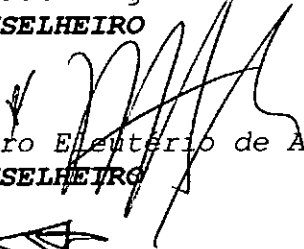
  
Manoel Marcelo Augusto Marques  
Neto  
**CONSELHEIRO**


  
Ubiratan Ferreira de Andrade

**PROCURADOR DO ESTADO**

  
João Carlos Mineiro Moreira  
**CONSELHEIRO**

  
Samuel Aragão Silva  
**CONSELHEIRO**

  
Pedro Eleutério de Albuquerque  
**CONSELHEIRO**

  
Sebastião Almeida Araújo  
**CONSELHEIRO**