

OK!



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº: 279/2008

SESSÃO DA: 2ª CAMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/442/2006

AUTO DE INFRAÇÃO: 2/20051494-7

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: MARIA ARIVANY SILVA PONTES

RELATORA: CONSª SILVANA CARVALHO LIMA PETELINKAR

EMENTA: ICMS – SUBFATURAMENTO - Processo Administrativo Tributário julgado NULO sem exame de mérito, por não ficar comprovada a prática de subfaturamento. Ausências de provas da acusação proferida na inicial. Decisão proferida com amparo no artigo 32 da Lei nº 12.732/97, reproduzido no artigo 53 § 2º “III” do Decreto nº 25.468/97. Recurso Oficial Conhecido e desprovido. Decisão por Unanimidade de votos e em consonância com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Doutra Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Noticia o presente Processo Administrativo Tributário à seguinte acusação fiscal:

“Emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria, na mesma época no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado (sub-faturamento). Examinando os documentos

que foram enviados para ouvidoria e confrontando com os documentos emitidos no período, constatamos que há divergência de preços, entre a Nota Fiscal e o realmente cobrado pelo cliente.”

Descreva a inicial o valor da base de cálculo R\$ 158.295,00, bem como os valores correspondente ao ICMS R\$ 26.910,15 (vinte seis mil novecentos e dez reais e quinze centavos) e multa do mesmo valor do imposto.

O autuante apontou como dispositivos legais infringidos os artigos 25, 27 e 33, inciso I todos do Decreto 24.569/97 e sugeriu como penalidade a inserta no artigo 123, inciso III, “e” da Lei 12.670/96 alterada pela Lei 13.418/03.

Nas Informações Complementares o autuante ratifica a acusação constante na inicial e presta as seguintes informações:

1. Analisando os documentos fornecidos pela ouvidoria, através da C.I. 307/2005, constatou-se que a empresa emitiu notas fiscais de saídas, com os preços deliberadamente inferior ao cobrado na venda de mercadoria por ela mesma comercializada;
2. Anexando cópia do romaneio de venda, comprovante de débito NR 891014 do Hiper Card e da Nota Fiscal correspondente a efetiva operação;
3. Examinando todos os documentos emitidos pela empresa, desde o inicio do ano, até a data em que efetuou-se a diligência, constata-se que os preços cobrado ao cliente, informado pela empresa (através de romaneio), conclui-se que o faturamento informado pela empresa através das notas fiscais de vendas e transmitidos pela GIM, representam apenas 40% da realidade. Efetuou-se o cálculo com a base de cálculo para cobrança do imposto devido, com entendimento de 60% de subfaturamento.

Instruindo o presente processo constam os seguintes documentos : Auto de Infração, Informações Complementares, Ordem de Serviço n.2005.26121, Termo de Intimação, Comunicação Interna 307/2005, cópias das notas fiscais, comprovante do cartão de crédito.

O autuado inconformado com a acusação, tempestivamente apresenta sua resistência ao feito fiscal, alegando em síntese os seguintes argumentos :

1. Dos vícios de nulidade absoluta da ação fiscal, em face, do auto de infração ter como origem o Ato Designatório n. 2005.26121, expedido pelo Supervisor da companhia “ Sua Nota Vale Dinheiro” que não tem autoridade para designar ação fiscal, nos termos do art. 821, § 5º do Decreto 24.569/97.



2. Posto a citação acima deve ser declarada a nulidade de ofício do auto de infração.
3. Outro claro motivo para declaração de nulidade de ofício é ausência dos Termos de Início e Conclusão de Fiscalização, haja vista que, em seu lugar foi lavrado de forma equivocada, Termo de Intimação, pois a acusação de subfaturamento não se encontra relacionada nas hipóteses de dispensa dos mesmos (art. 825, inciso I a XII do RIMS).

Diante do exposto, requer a nulidade do auto de infração em seu nascedouro.

O processo foi encaminhado ao Contencioso Administrativo Tributário e submetido a Julgamento.

O Julgador Singular, diante das peças processuais decidiu pela Nulidade da ação fiscal, entendendo que não houve a devida comprovação da prática de subfaturamento. Inexistem nos autos elementos suficientes para acusação formulada.

A Consultoria Tributária emite o Parecer de nº 266 /07, opinando pela nulidade da ação fiscal, o qual foi referendado pela Doutra Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese, é o Relatório.

VOTO DA RELATORA

A acusação fiscal materializada no Auto de Infração de nº 2005.21494-7, ora em Julgamento, nesta Egrégia 2ª. Câmara , noticia a seguinte acusação fiscal :

“Emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria, na mesma época no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado (sub-faturamento). Examinando os documentos que foram enviados para ouvidoria e confrontando com os documentos emitidos no período, constatamos que há divergência de preços, entre a Nota Fiscal e o realmente cobrado pelo cliente.”



O Julgador Singular, diante das peças processuais decidiu pela Nulidade da ação fiscal, encaminhando a decisão proferida para o reexame necessário, conforme determina a legislação processual vigente.

Conforme se expende dos autos, o lançamento em questão, ocorreu, tendo como motivação o comunicado interno fornecido pela ouvidoria através da CI 307/2005, onde observou-se que a empresa emitiu as notas fiscais de saídas com preços deliberadamente inferiores ao cobrado na venda de mercadorias por ela comercializada.

Inicialmente, ao examinarmos a retro mencionada acusação, vê-se, que o agente fiscal fundamentou sua acusação com base em indícios de subfaturamento existentes em relação à nota fiscal n. 1017, cuja cópia do romaneio de venda e comprovante de débito do cartão de crédito, constavam valores superiores aqueles declarados na aludida nota fiscal e com este raciocínio utilizou para as demais notas fiscais emitidas no período, trazendo ao processo, somente as cópias destas, sem quaisquer outros documentos que comprovasse que os valores nelas declaradas estavam inferiores aqueles efetivamente realizados na operação.

Quando temos como fundamento legal para caracterizar o " subfaturamento" a real necessidade de comprovar qual o efetivo valor do produto na transação comercial praticado entre o emitente e o destinatário, o qual deverá ter como limite mínimo aquele estabelecido no art. 25 § 8º do Decreto 24.569/97:

Art. 25 (....)

§ 8º A base de cálculo do imposto não será inferior ao prazo 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.

Isto posto, entendemos que a empresa não é obrigada a realizar todas as suas vendas pelo mesmo preço, somente porque se trata de um mesmo produto, principalmente, quando as vendas foram realizadas para destinatários diversos, pois, a emitente tem livre liberdade de comercializar como conveniente a mesma, desde que obedeça os limites legais acima descritos.

O exame do presente processo à luz dos fatos acima expendidos, demonstra a meu ver questão preliminar sugestiva de nulidade que se impõe ao mérito da lide, porém as razões suscitadas pela impugnante não têm o condão de ilidir o feito fiscal, tendo em vista que, presente ação fiscal ora designada dispensa a lavratura do Termo de Início e de Conclusão de Fiscalização (art. 825, inciso VII do RIMS), bem como, pelo fato de que a autoridade designante da ação desenvolvida, ao contrário do que alega a defendente, tem a sua competência prevista no art. 821, § 5º, inciso I do Decreto 24.569/97.



"In casu", encontra-se o processo eivado de vício insanável, pois praticado em desacordo com as normas e procedimentos previstos na legislação, em face ausência de documentos fiscais comprobatórios da infração constitui-se descumprimento de pressuposto processual, caracterizando vício insanável, nos termo do art. 53 do Decreto 25.468/99, "in verbis" .:

Artigo 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."

À respeito , nos ensina o Mestre Prof. Hely Lopes Meirelles:

" Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a Lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem e virtual quando a invalidade decorre de infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei."

Destarte, o presente lançamento é absolutamente nulo desde o seu nascedouro, por contrariar as normas contidas na legislação vigente.

Ex Positis, voto para que se conheça do Recurso Oficial, negando-lhe provimento para confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª. Instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É como Voto

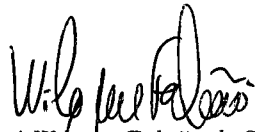


DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e recorrido MARIA ARIVANY SILVA PONTES .

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, Resolve conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento para confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª. Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, aprovado pelo representante da D. Procuradoria Geral do Estado.

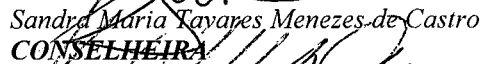
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 04 de 08 de 2.008.



José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE



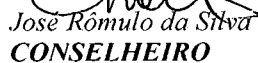
p/p Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA



Sandra Maria Tavares Menezes de Castro
CONSELHEIRA



Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA RELATORA



José Rômulo da Silva
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO



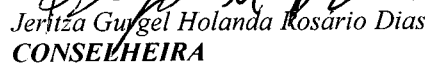
Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO



José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO



Sebastião Almeida Afaijo
CONSELHEIRO



Jeritza Gungel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA