



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

RESOLUÇÃO Nº 445 /2004

2ª CÂMARA

SESSÃO DE 17/06//2004

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/002486/2002

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200205085

**RECORRENTES: ARAPUÃ COMERCIAL S/A E CÉLULA DE JULGAMENTO
DE 1ª INSTÂNCIA**

RECORRIDOS: AMBOS

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE

EMENTA: ICMS - SUBFATURAMENTO - OPERAÇÃO DE VENDA DE MERCADORIA POR PREÇO INFERIOR AOS PRATICADOS NO MESMO PERÍODO SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DA AUTORIDADE FAZENDÁRIA - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - PARCIAL PROCEDÊNCIA - Restou comprovada a prática do ilícito fiscal "Subfaturamento" pela autuada. Redução do crédito tributário apontado na exordial em virtude da apuração do ICMS sobre o valor da diferença entre os valores das operações de aquisição e os de venda. Recursos Voluntário e Oficial conhecidos e providos parcialmente, modificando a decisão Parcialmente Condenatória de 1ª Instância, julgando pela Parcial Procedência da Ação Fiscal, nos termos do Voto da Relatora e de acordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

O presente processo acusa o contribuinte de emitir, no exercício de 2000, documentos fiscais com preços deliberadamente inferiores aos praticados no mesmo período no mercado de domicílio do emitente sem motivo devidamente justificado, caracterizando a prática de subfaturamento.

Entenderam os agentes fiscais que foram infringidos os arts. 25, 27 e 33, I com penalidade prevista no art. 878, III, "e", todos do Dec. nº 24.569/97, Regulamento do ICMS.

Informações Complementares, Ordem de Serviço, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Conclusão, Demonstrativo de operações de vendas com preço deliberadamente inferior ao custo de aquisição, Relatório de movimentos por produto, Recibo de devolução de documentos fiscais, Termo de Juntada do AR e Cópia do AR estão acostados às fls. 03/214.

Impugnação às fls. 216/234, argüindo, preliminarmente, em seu prol, que o agente fiscal desconsiderou toda a documentação fiscal da autuada sem a devida fundamentação. Alega que o autuante não poderia utilizar como base para a aplicação da multa todo o faturamento da impugnante, mas tão somente os valores omitidos com o subfaturamento. Aduz que a simples análise do sistema de dados não produz base suficiente para a autuação, havendo a necessidade da interferência dos auditores para a verificação da regularidade dos dados obtidos do computador. Argumenta, ainda, que as suas operações foram feitas regularmente, tendo em vista que as vendas das mercadorias se deram por valores superiores aos de aquisição e, caso estivesse ocorrido o subfaturamento em todas as vendas, a autuada não teria recolhido nenhum valor a título de ICMS. Por fim, ressalta a inconstitucionalidade da lei que limita a base de cálculo e o desrespeito à livre concorrência. Requestou, alternadamente, pela nulidade ou improcedência do feito fiscal.

Atravessou os autos às fls. 235/294 farta documentação visando comprovar os argumentos defensórios expedidos pela autuada em sua peça impugnatória.

A decisão do insigne Julgador Monocrático, às fls. 297/306, resultou na parcial procedência da autuação em virtude da redução do tributo e do reenquadramento da penalidade. Recorreu de ofício em face da decisão parcialmente desfavorável aos interesses da Fazenda Pública Estadual.

//

Recurso Voluntário às fls. 310/318 ratificando, em todos os termos, a sua peça defensiva.

A Consultoria Tributária, em Parecer de nº 289/2004, apresentou o seu entendimento, que dormita às fls. 365/369, pelo conhecimento dos Recursos Voluntário e Oficial, dando-lhes parcial provimento para que seja modificada a decisão monocrática no que tange à aplicação da penalidade, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado que adotou o Parecer às fls. 370.

É o Relatório. Passo a proferir minhas razões do

Voto.

N

VOTO DO RELATOR

O presente processo tem como objeto à acusação de realização de operações de vendas e de transferências, no exercício de 2000, com a emissão de documentos fiscais de saída com preços inferiores ao que alcançaria na mesma época, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado, no montante de R\$ 203.149,47 (duzentos e três mil cento e quarenta e nove mil e quarenta e sete centavos).

O ilícito fiscal "Subfaturamento" foi detectado através da análise dos livros e documentos fiscais informatizados e constantes nos arquivos magnéticos da autuada, bem como do cotejamento dos valores destacados nos documentos fiscais de saída de determinada mercadoria com os constantes nas notas fiscais de entrada e/ou estoque inicial.

De certo, a legislação tributária estadual, consoante o §8º do art. 25 do Decreto nº 24.569/97, proíbe a utilização, pelo contribuinte, de base de cálculo inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou do valor da operação anterior, nos seguintes termos:

"§8º - A base de cálculo do imposto não será inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou o 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".

Assim, apesar de o contribuinte poder efetuar, em face dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência consagrados constitucionalmente, operações de venda com valores menores que os de aquisição, a base de cálculo do ICMS incidente na operação subsequente deverá ser, obrigatoriamente, o preço de aquisição ou um valor superior a este.

Ademais, a base de cálculo do referido imposto só poderá ser inferior ao preço da mercadoria adquirida em caso de motivo relevante e dependente de autorização da autoridade fazendária do domicílio fiscal do contribuinte, o que não aconteceu no presente caso.

Portanto, comprovada a materialidade da infração tributária apontada na exordial, o fisco deverá aplicar a penalidade inculpada no artigo 878, III, letra "e" do RICMS, *in verbis*:

Art. 878. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

III - relativamente à documentação e à escrituração:

e) emitir documento fiscal com preço da mercadoria ou do serviço deliberadamente inferior ao que alcançaria, na mesma época, mercadoria ou serviço similar, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado: multa equivalente a 02 (duas vezes) o valor do imposto devido;

No entanto, o CTN nos termos do art. 106 prevê, em consagração ao princípio da retroatividade da lei tributária mais benigna, a aplicação da lei posterior a ato ou fato pretérito quando se tratar de ato não definitivamente julgado e quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Desta forma, deve ser aplicada a penalidade insculpida no art. 123, III, "e" da Lei nº 12.670/96 com nova redação dada pela Lei nº 13.418/2003, cuja redação é a seguinte:

"Art.123 ...**III - relativamente à documentação e à escrituração:**

e) emitir documento fiscal com preço da mercadoria ou do serviço deliberadamente inferior ao que alcançaria, na mesma época, mercadoria ou serviço similar, no mercado do domicílio do emitente, sem motivo devidamente justificado: multa equivalente a 01 (uma vez) o valor do imposto que deixou de ser recolhido".

Outrossim, faz-se imperioso ressaltar, que a base de cálculo a ser levada em consideração para a apuração do ICMS que deixou de ser recolhido, bem como para o cálculo da multa é o valor resultante da diferença entre os valores de aquisição das mercadorias (R\$ 98.433,62) e os de venda (R\$ 73.709,65), ou seja, R\$ 24.723,97.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento de ambos os Recursos, para dar-lhes parcial provimento, para que seja modificada a decisão proferida pela 1ª Instância, julgando parcialmente procedente a Ação Fiscal, nos termos do Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:


Base de Cálculo:	R\$ 24.723,97
ICMS:	R\$ 4.203,07 (17%)
MULTA:	R\$ 4.203,07
	<u>R\$ 8.406,14</u>

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são Recorrentes **ARAPUÃ COMERCIAL S/A** e **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e Recorridos **AMBOS**,

RESOLVEM os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade argüida pela Recorrente. No mérito, por maioria de votos, conhecer dos Recursos Oficial e Voluntário, dar-lhes parcial provimento para decidir pela Parcial Procedência da Ação Fiscal, aplicando-se retroativamente a Lei nº 13.418/03 no que se refere a penalidade, por ser mais benéfica ao contribuinte, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido o do Conselheiro Marcelo Reis de Andrade Santos Filho que se pronunciou pela Parcial Procedência, de acordo com o julgamento singular. A Conselheira Eridan Régis de Freitas absteve-se de votar por ter funcionado no processo como julgadora de 1ª Instância.


SALA DE SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 16 de agosto de 2004.


Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE

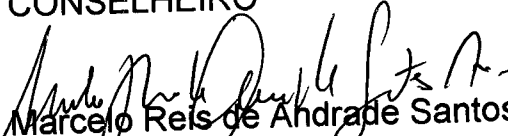

Eliane Resplande Figueiredo Sá
CONSELHEIRA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA RELATORA



Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertuliano
CONSELHEIRO


Eridan Régis de Freitas
CONSELHEIRA


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO