



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
3ª CÂMARA**

RESOLUÇÃO Nº: 37 / 2018
01ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 24.01.2018
PROCESSO DE RECURSO nº 1/4604/2010
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200917386
RECORRENTE: CEJUL E LOJAS RIACHUELO S/A
RECORRIDO: AMBOS
RELATOR: CONS. RICARDO VALENTE FILHO

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO. 1. Constatado a venda abaixo do custo de aquisição sem o efetivo estorno proporcional, ocasionado, portanto, a falta de recolhimento. 2. Período da Autuação: 01/2007 a 12/2007. 3. A Perícia constatou falta de recolhimento em valor inferior ao apontado pelo fiscal autuante em seu levantamento fiscal, devendo o valor da autuação ser reduzido em conformidade com o laudo pericial da SEFAZ. 4. Fundamentação Legal: artigos 25, § 8º, 59 e 73 e 74 do Decreto 24.569/97. 5. Penalidade prevista no art. 123, inciso I, alínea “c”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

PALAVRAS CHAVES – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – PARCIAL PROCEDÊNCIA DO AUTO – REDUÇÃO MEDIANTE LAUDO PERICIAL.

RELATÓRIO

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:

- Informação Complementar;
- Mandado de Ação Fiscal;
- Termo de Início;
- Termo de Conclusão;
- Relatório demonstrativo da infração;
- Impugnação ao Auto de Infração- fls 15
- Diligência Perícia – fls 27
- Laudo Pericial – fls 28

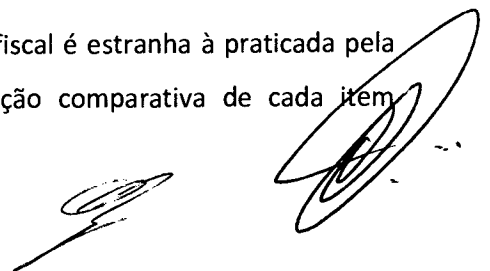
- Manifestação Sobre Laudo – fls 53
- Diligência Perícia – fls 78
- Laudo Pericial – fls 81
- Manifestação ao Laudo – fls 112
- Julgamento 1º Grau – fls 151
- Recurso Ordinário – fls 167
- Parecer Assessoria Tributária – fls 186
- Parecer PGE – fls 195

Relato da Infração: FATA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE PROMOVEU SAIDA DE ITENS POR UM VALOR ABAIXO DO CUSTO DA MERCADORIA, CONFORME FICA PROVADO NO EXAME DOS RELATORIOS ANEXOS AO PRESENTE LANÇAMENTO TRIBUTARIO. TAL SITUACAO EVIDENCIA A INFRACAO DE FALTA DE RECOLHIMENTO, POR INFRACAO AO PRINC DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS.

O fiscal atuante indica como dispositivo legal infringido os Artigos nº 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e sugere a penalidade contida no Art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, com redação da Lei nº 13.418/03,131, com a cobrança de ICMS no valor de R\$50.807,51 e de multa no mesmo valor (R\$50.807,51).

O contribuinte apresenta impugnação, às fls. 53 a 66, com os seguintes argumentos:

- Que a multa é totalmente desproporcional e tem caráter de confisco;
- Que houve a segregação dos arquivos em duas bases distintas, ocasionando a indução ao erro pelo agente do fisco;
- Que não existem as supostas saídas de itens por preço baixo do custo da mercadoria;
- Que apenas algumas peças isoladas e pontuais de determinados produtos tiveram reduzidas suas possibilidades de vendas a partir do lançamento de nova coleção, peças estas que se configuram apenas em itens isolados;
- Que por amostragem se demonstra tal assertiva, através de um produto específico onde apenas a última peça foi disponibilizada por preço menor;
- Que tal aspecto deve ser devidamente mensurado, pois denota a inexistência de qualquer indício de sonegação que viesse resultar em recolhimento insuficiente de ICMS aos cofres do Estado;
- Que a numeração dos códigos adotados pela fiscalização em seu levantamento é estranha àquela praticada pela empresa, inviabilizando assim, a tentativa de identificar os produtos tomados por amostragem pela fiscalização, dificultando a sobremaneira a elaboração de uma defesa fundamentada por parte da autuada;
- Que como a numeração dos códigos adotada no trabalho fiscal é estranha à praticada pela empresa, torna-se inviabilizada a tentativa de identificação comparativa de cada item apontado;



- Que os procedimentos realizados pela empresa atestam que não houve recolhimento de ICMS a menor no período da ação fiscal e o levantamento realizado se assemelha à figura de um mero arbitramento de valores;
- Que a opção adotada pela fiscalização só se justifica na medida da mais completa inexistência ou efetiva impossibilidade na obtenção dos elementos probatórios necessários, o que não se coaduna com a situação fática dos autos;
- Que como o trabalho fiscal não apresenta elementos seguros e suficientes à sua subsistência e na medida em que a recorrente dispõe de documentação probatória desconsiderada pela fiscalização ao longo do trabalho realizado requer-se a conversão do presente processo em diligência;

Por fim o Contribuinte solicita a improcedência do Auto de Infração, caso não entenda pela improcedência do auto de infração, pugna pela realização de perícia, em não sendo acatados os pedidos supracitados, a impugnante requer a redução da multa.

A julgadora singular defere o pedido de perícia, conforme despacho contido às fls. 27.

Ainda em primeira instância o julgador monocrático decide pela PARCIAL PROCEDENCIA, às fls. 151 a 163, do feito fiscal, por entender, que o auto de infração continha provas do ilícito apontado, conforme ementa:

“EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS EM RAZÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS COM PREÇOS INFERIORES AOS VALORES DAS AQUISIÇÕES.

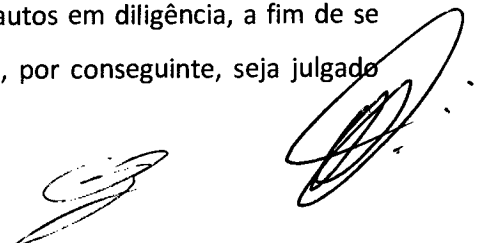
Emitir documento fiscal nas operações de vendas com preço inferior ao de aquisição constitui irregularidade passível de punição. Infringência aos artigos 25, § 8º. 59 e 73 do Decreto 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea “c”, da Lei 12.670/96. Ação Fiscal PARCIAL PROCEDENTE, haja vista que a perícia constatou que o autuante exigiu valor superior ao devido no Auto de Infração. Defesa tempestiva. Reexame Necessário.”

O contribuinte inconformado com a decisão singular apresentou Recurso Ordinário as fls. 167 a 172, com os seguintes argumentos:

- Que a multa aplicada à Recorrente se mostra abusiva, desproporcional e tem efeitos confiscatórios, visto que fixadas em patamar de 100% do valor do imposto;
- Que não existe subavaliação de Estoque;

Solicita por fim:

- A improcedência da autuação;
- Caso assim não entenda que seja determinada a baixa dos autos em diligência, a fim de se realizar a apuração da verdade real dos fatos em apreço e, por conseguinte, seja julgado improcedente o presente Auto de Infração; e



- E caso seja mantida a imputação constante no Auto de Infração impugnado, seja cancelada a multa aplicada, visto que se mostra desproporcional, abusiva e confiscatória.

A Assessoria Processual Tributária emitiu parecer nº 225/2017 às fls. 186 à 194, sugerindo o conhecimento do Reexame Necessário e do Recurso Ordinário, mas no mérito entende por negar provimento a ambos, mantendo integralmente a decisão de 1º grau.

A Procuradoria Fiscal adotou o entendimento sugerido pela APT.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

De todas as peças que abastecem os autos certifica-se que as razões aduzidas pela CONTRIBUINTE não merecem ser acolhidas.

A infração resta caracterizada nos autos e a metodologia utilizada no levantamento fiscal encontra abrigo na legislação pertinente e está claramente prevista no artigo 827, § 8º, inciso IV do RICMS, porquanto, não poderia a autuada apresentar preço de venda inferior ao de aquisição, vejamos:

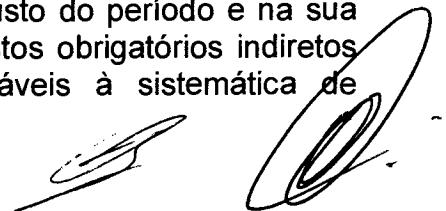
“Art. 827. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal em que serão considerados o valor das mercadorias entradas, o das mercadorias saídas, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros encargos e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário de mercadorias e a identificação de outros elementos informativos.”

“§ 8º Considera-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos:”

“IV – montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos, ao custo das mercadorias vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado;”

Não podemos questionar o levantamento efetuado pelo autuante, porque a empresa no exercício de 2007 efetuou saídas de mercadorias com preços inferiores aos valores de aquisições.

O sistema SAME, para efeito do cálculo do custo das mercadorias, faz a devida dedução do valor do ICMS e incorpora o IPI ao custo do período e na sua análise do valor de custo leva em consideração os impostos obrigatórios indiretos federais: PIS, COFINS e SIMPLES NACIONAL, aplicáveis à sistemática de



tributação da empresa e, portanto, o referido sistema adota a média ponderada na avaliação do custo do estoque existente no final do período de autuação em conformidade com a sistemática adotada pelo contribuinte.

Claramente é estabelecido pela legislação que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação em que decorrer a saída da mercadoria a qualquer título, do estabelecimento do contribuinte e por esta razão não poderia a autuada emitir notas fiscais de vendas com valores inferiores aos de aquisições como bem foi apurado.

Vejamos o que diz o artigo 25, § 8º do Decreto 24.569/97:

“Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:”

“8º A base de cálculo do imposto não será inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou 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”.

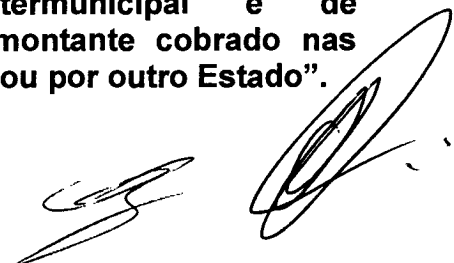
Ressalte-se também que referido dispositivo legal observa com rigor o princípio da não cumulatividade. Vejamos o que preceitua o artigo 23 da Lei Complementar nº 87/96:

“Art. 23. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidas na legislação”.

O fator mais importante que toma o crédito sem validade é a falta de recolhimento do imposto, subtraindo do adquirente o direito de utilização desse crédito, uma vez que fere o princípio da não cumulatividade.

Observemos então como se pronuncia o artigo 19 da Lei Complementar 87/96:

“Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado”.



O que ocorre na verdade, para que se entenda de forma prática, é que a autuada recebe a mercadoria por um preço, se credita e ao efetuar a venda do mesmo produto o faz em valor inferior ao de aquisição, se debitando em montante menor que o devido.

Agindo dessa forma, para o contribuinte a ferir frontalmente o princípio da não-cumulatividade.

A fazenda estadual não veda as promoções que uma empresa possa fazer para competir no mercado, porém, o legislador, para resguardar a parcela de imposto devida ao Estado, fez constar no artigo 25, § 8º do Decreto 24.569/97 que a venda da mercadoria não pode ser efetuada abaixo do custo de aquisição. Se isto ocorrer, a empresa tem a obrigação de efetuar o recolhimento da parcela faltante do imposto.

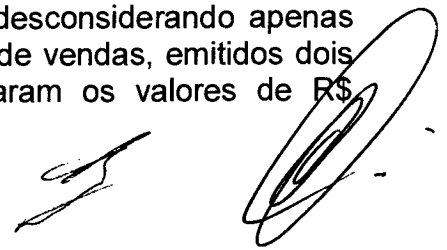
Nota-se que a autuada infringiu realmente a legislação de regência ao reduzir o valor das mercadorias nos documentos fiscais e, conseqüentemente, de pagar ICMS em valor inferior ao efetivamente devido, mormente, os dispositivos legais dos artigos 59 e 73 do Decreto 24.569/97, segue:

“Art. 59. O montante do ICMS a recolher resultará da diferença positiva, no período considerado, do confronto entre o débito e o crédito, observados os parágrafos seguintes”.

“Art. 73. O imposto, inclusive multas e acréscimos legais, será recolhido, preferencialmente, na rede bancária do domicílio fiscal do contribuinte, na forma disposta em Manual do Sistema de Arrecadação, baixado pelo Secretário da Fazenda”.

Constatamos diretamente que parcelas de ICMS deixaram de ser recolhidas, e por isso, fica a infratora sujeita ao pagamento do ICMS devido e de multa consoante dispõe a legislação, mormente o artigo 123, inciso I, alínea “c” da Lei 12.670/96.

Inegável retificação, após o trabalho realizado pelo setor pericial do fisco, verifica-se imediato reparo no tocante ao valor do ICMS lançado, a CEPED constatou que o levantamento elaborado pela fiscalização foram incluídos os CFOP's que não são estoques da autuada e que não devem ser computados para o cálculo do custo médio, como aquisição de imobilizado, consumo e comunicação (CFOP's 1303, 1551, 1552, 1556, 2551, 2552, 2556, 2557, 5552, 6552 e 6557) e foram excluídas do levantamento, bem como em relação aos produtos que tiveram devoluções de venda registradas no CFOP 1202, estavam no levantamento da fiscalização com os custos médios superavaliados tendo em vista que na Ficha de Controle de Estoque tais devoluções estavam consideradas nas Entradas pelo preço líquido de vendas, no que a Perícia corrigiu a distorção desconsiderando apenas para apuração do custo médio, os preços das devoluções de vendas, emitidos dois novos Relatórios de Subavaliação de Saídas que somaram os valores de R\$



200.386,55 para a Base 1 e R\$ 46.368,47 para a base 2, ambos totalizando o montante de R\$ 246.755,02 que ocasionou uma falta de recolhimento de ICMS no montante de R\$ 41.948,35.

Em sede de nulidade, a contribuinte levanta o argumento de que a multa aplicada tem efeito confiscatório, assim inconstitucional - Entendo tratar-se essa matéria de conteúdo afeito ao Poder Judiciário, não sendo competência do Contencioso Administrativo Tributário decidir sobre essa questão, salvo diante das exceções contidas, conforme dispõe o art. 48, § 2º. Da Lei nº 15.614/2014, assim entendo por afastar.

Quanto à solicitação de perícia, entendo que o pedido foi suscitado de forma genérica, sem quesitos, e diante do contido no Decreto 25.468/99, devemos aplicar, peremptoriamente, que quando requerida à prova pericial o impugnante deverá fazer constar em seu pedido à formulação de quesitos. A empresa não chegou a formular nenhum deles, assim entendo por afastar.

Quanto alegação de que não existe subavaliação de Estoque – também entendo por afastar, tendo em vista que as peças que instruem os autos, fundamentam a acusação de venda abaixo do custo sem estorno do crédito tributário, portanto a falta de recolhimento está devidamente comprovada.

DEMONSTRATIVO:

| | |
|----------------------|----------------|
| Base de Cálculo..... | R\$ 246.755,02 |
| PRINCIPAL (17%)..... | R\$ 41.948,35 |
| MULTA..... | R\$ 41.948,35 |
| TOTAL..... | R\$ 83.896,70 |

Diante de todo o exposto, adotando fielmente as razões apresentadas pela Assessoria Processual Tributária, bem como da Julgadora do 1º grau, também da Procuradoria Geral do Estado, firme do meu convencimento, concluo meu voto **pelo conhecimento do RECURSO ORDINÁRIO e do REEXAME NECESSÁRIO, no mérito, nego provimento a ambos, mantendo integralmente a decisão do 1º grau, que julgou pela PARCIAL PROCEDENCIA mediante o valor apontado pela perícia da Sefaz.**

DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/4604/2010 Auto de Infração nº 1/200917386. Recorrente: CEJUL E LOJAS RIACHUELO S/A. Recorrido: AMBOS. Relator: Conselheiro RICARDO VALENTE FILHO. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame necessário e do Recurso ordinário, decidindo em relação aos pedidos suscitados pelo contribuinte:

1) Quanto à questão da multa aplicada à Recorrente se mostra abusiva, e tem efeitos confiscatórios – afastada, por unanimidade votos, tendo em vista que não compete a este Conselho analisar tal matéria, haja vista que este órgão de julgamento não pode se manifestar a respeito da presente matéria.


- 2) Quanto alegação de que não existe subavaliação de Estoque – Afastada, por unanimidade de votos, tendo em vista que as peças que instruem os autos, fundamentam a acusação de venda abaixo do custo sem estorno do crédito tributário, portanto a falta de recolhimento está devidamente comprovada.
- 3) Quanto à solicitação de perícia – Afastada por unanimidade de votos, considerando que a referida perícia foi formulada de maneira genérica, não demonstrou nenhum questionamento concreto, não apresentando motivação que a justifique.

No mérito, a 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve também, por unanimidade de votos, negar provimento ao Reexame necessário e ao Recurso ordinário interposto, para confirmar a decisão parcial condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator, de acordo com o que dispõe o Parecer da Assessoria Processual tributária, adotado pelo Representante da procuradoria Geral do Estado.

Sala das Sessões da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, na data de 20 de MARÇO de 2018.


Lúcia de Fatima Caiou de Araújo
Presidente


Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA



Michel André Bezerra L. Gradvohl
CONSELHEIRO


Teresa Helena Carvalho R. Porto
CONSELHEIRA


Ricardo Valente Filho
CONSELHEIRO RELATOR


Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO


Osvaldo Alves Dantas
CONSELHEIRO


André Gustavo Carreiro Pereira
Procurador do Estado
Em: 20/3/18