



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 091/2022

05ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 26/04/2022

PROCESSO Nº: 1/1450/2018 - AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201723069

RECORRENTE: SUZLON ENERGIA EÓLICA DO BRASIL LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR DESIGNADO: THYAGO DA SILVA BEZERRA

EMENTA: ICMS. VENDA ABAIXO DO PREÇO DE MERCADO. DESACERTO DA METODOLOGIA DO LEVANTAMENTO. NULIDADE.

1. O contribuinte teria efetuado a saída de mercadorias em preço deliberadamente inferior ao de mercado. 2. Infração detectada por meio de levantamento fiscal que levou em consideração o total das operações de entradas e saídas, sem a individualização das mercadorias. 3. Declarada a nulidade em razão de erro na metodologia do levantamento, fato que inviabilizou o exercício do contraditório e a ampla defesa do contribuinte, conforme preceitua o art. 55, §3º do Decreto nº32.885/2018. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO e PROVIDO. Reformada a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, no sentido de declarar a NULIDADE da autuação.

Palavras chaves: ICMS. Venda abaixo do preço de mercado. Desacerto da Metodologia. Nulidade.

RELATÓRIO

A presente demanda versa sobre o **Auto de Infração nº 1/201723069**, lavrado em função do seguinte relato:

“EMISSAO DE DOCUMENTO FISCAL COM PRECO DELIBERADAMENTE INFERIOR AO QUE ALCANCARIA NA MESMA EPOCA, NO MERCADO DO DOMICILIO DO EMITENTE, SEM MOTIVO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO.

O CONTRIBUINTE IMPORTOU MERCADORIAS E ESCRITOU O ICMS A CREDITO NA EFD/SPED, QUANDO DA SAIDA DAS MERCADORIAS EMITIU NF COM PRECO MENOR DO QUE O DE AQUISICAO, OU SEJA, DE DEBITOU DE ICMS NA EFD/SPED COM VALOR A MENOR.”

De acordo com o auditor fiscal, houve a infringência aos artigos 25/27, 77 e 78 do Decreto nº 24.569/97, além dos artigos 28, V e 92, IV da Lei nº 12.670/96, bem como do Convênio nº 101/97 e suas alterações, sugerindo a penalidade inserta no artigo 123, III, “e”, da Lei 12.670/96, na redação dada pela Lei nº 13.418/03, resultando na cobrança de ICMS de R\$ 154.452,14 e multa de igual valor, referente ao período 01/2013 a 02/2013, 04/2013, 06/2013 a 12/2013.

Nas informações complementares de fls. 3 - 5 dos autos, a agente do Fisco especificou a metodologia utilizada no levantamento fiscal.

Constam dos autos: Mandado de Ação Fiscal (fl. 7); Termo de Início de Fiscalização (fl. 8); Termo de Intimação (fl. 10) e Termo de Conclusão de Fiscalização (fl. 11).

Na Impugnação, em síntese, a empresa aduziu que não é contribuinte de ICMS, mas de ISS; não cabe a corresponsabilização dos sócios; não houve venda com preço menor do que o preço de aquisição.

Por fim, requereu a realização de perícia técnica “para confirmar que a venda não ocorreu em valor menor do que a aquisição”.

Na Célula de Julgamento de Primeira Instância, o Ilustríssimo Julgador, ao conhecer da impugnação, julgou **PROCEDENTE** o lançamento, sob o entendimento de que restou comprovado nos autos que a empresa emitiu documentos fiscais com valores abaixo do preço de custo e deliberadamente inferior ao que alcançaria na mesma época em mercadoria similar no mercado de seu domicílio, sem motivo justificado, em sendo assim, cabível a cobrança do valor do imposto que deixou de ser recolhido, conforme capitulação legal.

Por fim, afastou o pedido de perícia tendo em vista que o mesmo não preencheu os requisitos fundamentais de eficácia, bem como os fatos são incontroversos e suficientes para embasar a decisão monocrática, com base no art. 97, I e III da Lei nº 15.614/14.

Em decorrência do julgamento, o contribuinte apresentou Recurso Ordinário aduzindo os seguinte tópicos:

- i) Im procedência da autuação por ausência de comprovação do preço que a mercadoria alcançaria no mercado por parte da fiscalização, a quem cabe provar a ocorrência do fato gerador ou ilícito tributário, por ausência de documentação probatória suficientemente clara e precisa para demonstrar a autuação;
- ii) Im procedência da autuação por preço de aquisição inferior ao preço de venda, por erro da fiscalização, que baseou a autuação com base no valor total das notas fiscais e não no valor total dos produtos constantes nos documentos fiscais, a ser aferido através de perícia técnica para responder os quesitos indicados;

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer nº 128/2020, acostado às fls. 97/99, se manifesta pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento e manter a decisão de procedência da ação fiscal.

Eis, o relatório.

VOTO DO RELATOR DESIGNADO

No processo em exame, a autuação teve como fundamento a suposta emissão de documento fiscal com preço deliberadamente inferior ao que alcançaria no mercado de seu domicílio.

Para chegar à essa conclusão, conforme descrito nas informações complementares do auto de infração, a agente fiscal responsável elaborou o levantamento constante no CD que acompanha o auto de infração, totalizando os valores das entradas nos períodos indicados e comparou com o total das saídas, resultando nas alegadas saídas à preços inferiores ao de mercado, observe-se:

Ao examinarmos as Base de Cálculo do ICMS das mercadorias relacionadas nas notas fiscais de saída elencadas na planilha II, com as Base de Cálculo do ICMS das mercadorias relacionadas nas notas fiscais de entrada elencadas na planilha I, constatamos que a BC das saídas é menor do que a BC das entradas.

Vide como exemplo a NF-e 7555 (entrada) com BC no valor de R\$ 131.431,83 e NF-e 7556 (saída) com BC no valor de R\$ 116.419,91 em anexo.

Também a NF-e 2802 (entrada) com BC no valor de R\$ 31.126,02 e NF-e 2803 (saída) com BC no valor de R\$ 26.673,03 em anexo.

Portanto, a emissão de Notas fiscais de saída com preço deliberadamente inferior a entrada está em descordo com o disposto nos art. 25 e 27 do Dec. 24569/97 e com a art. 28 da Lei 12.670/96.

Como se sabe, trata-se o procedimento fiscal de uma relação tributária, na qual o contribuinte, ao dar cumprimento a uma norma jurídica, assume um encargo submetendo-se ao poder de coação do Estado tendente à percepção do tributo, que, contudo, deverá seguir o regramento jurídico adequado para a apuração do tributo devido.

O procedimento administrativo idôneo longe de simples instrumento de atuação do Estado é para o administrado uma garantia de que o ato administrativo do agente autuante respeitará a legalidade e que ao contribuinte será dado o direito ao devido processo legal, quando o ato vier a ser questionado, conforme preconiza o art. 5º, inciso LIV, da CF/88.

O lançamento do crédito tributário, por sua vez, é realizado através da lavratura do auto de infração e obedece a modalidade direta ou de ofício, na qual o agente público competente pratica o ato sem a ingerência do sujeito passivo.

A autoridade fiscal deve optar pela metodologia de acordo com cada caso em específico e averiguar qual aquela que melhor se aplica, para a atividade econômica e conjuntura da tributação do contribuinte.

No caso concreto, observa-se que o levantamento fiscal levou em consideração o total das operações, não tendo ocorrido a individualização por mercadoria, o que se configura como um desacerto de metodologia pela fiscalização, tendo em vista que não demonstra as alegadas saídas com preço inferior ao de mercado, já que esta prova é insuficiente para tal alegação.

Portanto, não tendo sido realizado o levantamento fiscal com a observância dos elementos mínimos necessários à validade do lançamento, há que se declarar a nulidade do

lançamento por preterição do direito de defesa do contribuinte, haja vista a impossibilitar exercer tal mister de forma plena e irrestrita, posto que não teve acesso à demonstração, por mercadoria, das saídas abaixo do preço de custo ou de comercialização no mercado.

Como se sabe, no curso de um procedimento em que constata-se a imprecisão de informações, não extraindo o que se pretende ou estas restam-se incompletas, é viável que exponha-se pela declaração de nulidade do procedimento fiscal, visto que na sua estrutura há uma ruptura ao binômio liquidez e certeza, termos que satisfazem a pretensão para a verificação do crédito tributário, acarretando ainda a infringência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por conseguinte, verificou-se vício de nulidade absoluta nos termos do art. 55, §3º do Decreto nº 32.885, de 2018, *in verbis*:

Art. 55. 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. (...)

§3º Considera-se ocorrida a preterição do direito de defesa qualquer circunstância que inviabilize o direito ao contraditório e a ampla defesa do autuado.

Isto posto, **VOTO** para que se conheça do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a nulidade, em desacordo com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, mas em consonância com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente SUZLON ENERGIA EÓLICA DO BRASIL LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Decisão: ção: 1/201723069. Recorrente: SUZLON ENERGIA EÓLICA DO BRASIL LTDA. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Conselheiro Relator: FRANCISCO WELLINGTON ÁVILA PEREIRA. Decisão: A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve: **1. Quanto à nulidade pela falta de comprovação da acusação fiscal de preço da mercadoria inferior à do mercado (ou preço de saída inferior ao de entrada):** a 4ª Câmara, por voto de desempate do presidente, conhece do recurso ordinário interposto para dar-lhe provimento, acatando a **NULIDADE** suscitada por falta de comprovação da acusação fiscal, tendo em vista que o auto de infração apresentou os valores globalizados dos

documentos fiscais e não os valores de cada item. Vencidos os Conselheiros Francisco Wellington Ávila Pereira, Dalcília Bruno Soares e Gerusa Marília Alves Melquíades de Lima que votaram por afastar a nulidade, tendo sido designado para lavrar a resolução o conselheiro Thyago da Silva Bezerra, que proferiu o primeiro voto vencedor divergente. O Conselheiro Francisco Wellington Ávila Pereira, ressaltou que havia nos autos cópias de notas fiscais que demonstravam pelo menos parte da acusação fiscal. Decisão tomada em acordo com a manifestação oral da PGE e em desacordo com Parecer da assessoria processual tributária. Presentes à 5ª (quinta) Sessão Ordinária da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, sob a Presidência do Dr. Michel André Bezerra Lima Gradvohl, os Conselheiros Francisco Wellington Ávila Pereira, Dalcília Bruno Soares, Gerusa Marília Alves Melquíades de Lima, Almir de Almeida Cardoso Júnior, Nelson Bruno do Rego Valença e Thyago da Silva Bezerra. Presente à sessão o Procurador do Estado, Dr. Rafael Lessa Costa Barboza. Presente, secretariando os trabalhos da 4ª Câmara de Julgamento, a Secretária Edilene Vieira de Alexandria.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 26 de maio de 2022.

Thyago da Silva Bezerra

CONSELHEIRO RELATOR DESIGNADO

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado
Ciente em: