



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**Contencioso Administrativo Tributário**  
**Conselho de Recursos Tributários**  
**1ª. Câmara de Julgamento**

Resolução Nº...219.../2005  
Sessão: 34ª Ordinária de 22 de fevereiro de 2005  
Processo de Recurso Nº: 1/2424/2002  
Auto de Infração Nº: 1/200110584  
Recorrente: BSE S/A  
Recorrido: Célula de Julgamento 1ª Instância  
Relator: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

**EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDAS** – Falta de emissão de documento fiscal, constatada através da elaboração da Conta Mercadoria. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Infração apontada diverge dos elementos probantes. Identificado à falta de recolhimento do ICMS por venda de mercadoria por preço inferior ao custo de aquisição. Recurso Voluntário conhecido e provido. Preliminar de Nulidade rejeitada. Decisão unânime

## RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra a empresa: *BSE S/A*:

*“Falta de emissão de documento fiscal, quando se tratar de operação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1ª e/ou série” “d” (consumidor) Omissão de saídas. A empresa em questão deixou de emitir documentos fiscais durante o exercício de 1999, no montante de R\$ 324.096,08, infração esta constatada com esclarecimentos e evidenciamos nas informações complementares”.*

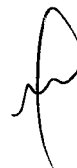
ICMS            R\$ 55.096,33  
MULTA        R\$ 129.638,43

O autuante indica como dispositivos infringidos os artigos: 3, I, 57, 92 § 8º, IV, 127 I, 169, 174, 177 e sugere como penalidade à prevista no artigo nº 878 inciso III alínea "b", do Decreto 24.569/97.

Nas Informações Complementares ratifica a acusação constante da peça inicial esclarecendo o procedimento adotado para apurar a omissão de saída de mercadorias no período de janeiro a dezembro de 1999. Afirma que a empresa apresentou vendas líquidas (saídas de mercadorias) menor que o Custo das Mercadorias Vendidas, caracterizando uma omissão de vendas. Anexa: Ordem de serviço, Termos de Início e Conclusão de Fiscalização, Demonstrativo de Entradas e Saídas de Mercadorias – Exercício 1999, Demonstrativo da Conta Mercadorias, Cópias dos Livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Inventário 1998 e 1999.(fls. 03 a 41).

O autuado impugna o feito fiscal (fls. 47 a 86) alegando:

- 1- Que tem por objeto social a prestação de serviço público de telecomunicação, nos termos do artigo 4º do seu Estatuto Social;
- 2- Que para viabilizar, incentivar e promover a utilização de seus serviços, a defendente realiza operações de compra e venda de aparelhos celulares e acessórios;
- 3- Que sua escrita fiscal e contábil encontra-se atualizada, tendo sido regularmente exibida ao autuante;
- 4- Que é absurdo alegar omissão de receitas por ausência de emissão de notas fiscais, pelo fato de o valor de suas vendas líquidas, sob o aspecto financeiro, ser inferior ao preço de custo das mercadorias vendidas;
- 5- Que a diferença apontada é fruto de mecanismos de marketing, originado das promoções de aparelhos celulares e acessórios, vendidos com preço abaixo do mercado ou a preço de custo, como estratégia de promoção, para alcançar o objetivo primordial da suplicante que é o serviço de telecomunicações, não causando nenhum prejuízo a Fazenda Estadual visto que a perda na venda do aparelho é compensada com os ganhos no serviço de telecomunicação;
- 6- Que é inconcebível, a presunção de vendas sem nota fiscal pelo fato de ocorrer oscilações no preço de vendas de aparelhos celulares e acessórios.
- 7 - Afirma que não houve omissão de receitas por falta de emissão de notas fiscais na saída de aparelhos celulares e acessórios e que o Fisco não prova tal acusação. Que há nulidades por erro na tipificação da autuação e na base de cálculo do imposto exigido.
- 8 - Pede ao final, a realização de perícia, formulando quesitos e indicando assistente técnico.



O processo foi encaminhado ao *Contencioso Administrativo Tributário* e submetido a julgamento. O julgador singular, diante da análise das peças processuais decide pela Procedência da ação fiscal. (fls.87 a 91).

Inconformado com a sentença condenatória exarada em 1ª instância, o autuado, ora recorrente, ratifica os argumentos apresentados na impugnação, alegando, ainda: (fls. 106 a 172).

1 – Que não vendeu e nem vende aparelho celular e acessórios sem nota fiscal, além de ser empresa idônea e concessionária de serviço público fiscalizada pela ANATEL, existe a exigência de apresentação do documento fiscal no ato da habilitação do aparelho à telefônica móvel.

2 – Que se encontra a disposição da fiscalização todas as notas fiscais emitidas no período fiscalizado para constatar que todos os aparelhos efetivamente saídos estavam acompanhados do documento fiscal correspondente;

3 – Que a fiscalização não realizou um levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos, conforme prevê o artigo 92 da Lei nº 12.670/96. Portanto, existe defeito irreparável no procedimento fiscal. O único meio de comprovar a omissão de saída seria o levantamento físico do estoque de aparelhos celulares.

4 - Que o fato da Recorrente vender por preços abaixo dos de custo, não caracteriza omissão de saídas, (venda sem a emissão de documentos fiscais);

5 – Que o auto de infração é NULO visto que a tipificação legal está incorreta. O inciso IV do § 8º da lei nº 12.670/96, foi incluído pelo inciso IX do artigo 1º da Lei nº 13.082 de 29/12/2000 e o período analisado corresponde ao de 01/01/1999 a 31/12/1999.

6 - Pede ao final a Improcedência do feito fiscal.

O *Parecer* circunstanciado, de lavra do eminente representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, modificado em sessão e presente aos autos, sugere: conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão Condenatória proferida pela 1ª Instância decidindo pela IMPROCEDÊNCIA da ação fiscal.

É o relatório.



## VOTO DO RELATOR

Consta na peça inaugural do presente processo, que a autuada efetuou saída do seu estabelecimento comercial de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal no período de janeiro a dezembro de 1999, no montante de: R\$ 324.096,08 contrariando o comando inserto nos artigos 3º, I, 57, 92 § 8º, IV, 127 I, 169, 174, 177 do Decreto 24.569/97 que dispõe:

*Art.127. Os contribuintes do imposto emitirão conforme as operações e prestações que realizarem, os seguintes documentos fiscais:*

*I – Nota Fiscal, modelo 1 ou 1A*

*Art. 169. Os estabelecimentos, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1A, ANEXOS VII e VIII;*

*I- Sempre que promoverem a saída ou entrada de mercadorias ou bem;*

*Art.174. A nota fiscal será emitida:*

*I – Antes de iniciada a saída de mercadoria ou bem.*

Nas informações complementares o autuante afirma que a diferença apontada foi identificada com a elaboração da Conta Mercadoria referente ao exercício de 1999, caracterizando a não emissão de documentos fiscais, ou seja, as vendas líquidas (saída de mercadorias) menor que o Custo das Mercadorias Vendidas, contrariando o que dispõe o artigo 92, § 8º, inciso IV da Lei nº 12.670/96.

Preliminarmente, a recorrente alega que o auto de infração é NULO visto que a tipificação legal está incorreta. O inciso IV do § 8º do artigo 92 da lei nº 12.670/96, foi incluído pelo inciso IX do artigo 1º da Lei nº 13.082 de 29/12/2000 e o período analisado corresponde ao de 01/01/1999 a 31/12/1999.

Analisando as peças processuais, entendo que o argumento da recorrente não deve prosperar. De fato, a redação original do artigo 92, §8º, em vigor no período compreendido entre 1º/1/1997 e 28/12/2000 é a seguinte;

*“Art. 92. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros encargos e lucros do estabelecimento, inclusive*



*levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.”*

*§ 8º O disposto neste Artigo aplica-se, no que couber, às prestações de serviços.”*

Entretanto, a nova redação determinada pelo artigo 1º, IX, da Lei 13.082, apenas veio esclarecer com maior precisão os diversos tipos de omissão de receita.

Considerando o que prever o artigo 53 §11 do Decreto nº 25.468/99. Considerando, ainda, que nos autos constam elementos suficientes para a análise de mérito, deixo de pronunciar sobre a nulidade suscitada pela recorrente.

Quanto ao mérito, entendo que a venda de mercadorias abaixo do preço do custo de fabricação ou aquisição, caracteriza a infração de falta de recolhimento, existindo, inclusive uma penalidade específica.

O Decreto nº 24.569/97 em seu artigo 25, I “a”, § 8º, estabelece que a base de cálculo do ICMS não será inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou ao valor da operação anterior, salvo motivo relevante, a critério da autoridade fazendária competente do seu domicílio fiscal.

*Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:*

*I - o valor da operação:*

*a) na saída, a qualquer título, de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular;*

*(...)*

*§ 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.*

A legislação é bastante clara quanto à utilização de base de cálculo do ICMS inferior ao custo de aquisição. Não há nos autos autorização da autoridade fazendária para a realização de tal prática. Portanto, a autuada deixou de recolher o ICMS devido, relativamente à diferença entre o Custo da Mercadoria Vendida e o preço de venda dos aparelhos celulares.

Considerando que na peça inaugural do presente processo, o agente fiscal acusa a autuada de saída do seu estabelecimento comercial de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.



Considerando que nas informações complementares o agente fiscal, elaborando a conta mercadoria, comprovou a venda de mercadorias por preço inferior ao custo de aquisição.

Considerando que o procedimento fiscal adequado para provar a falta de emissão de documentos fiscais, é o levantamento quantitativo de estoques, com identificação das mercadorias e outros elementos informativos, conforme prevê o artigo 92 da Lei nº 12.670/96.

Considerando que no ato da habilitação do aparelho à telefonia móvel é exigido a apresentação do documento fiscal.

Entendo que em se tratando de falta de recolhimento, o auto de infração não pode prosperar, tendo em vista que a acusação na inicial é Omissão de Saídas por falta de emissão de documento fiscal. Neste sentido, concordo com o entendimento da d. Procuradoria Geral do Estado que retificou seu entendimento para a IMPROCEDÊNCIA da ação fiscal.

**VOTO**

Pelas considerações expostas, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória de 1ª instância, julgando **IMPROCEDENTE** a acusação fiscal, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão e reduzido a termo, nos autos.

É o voto.

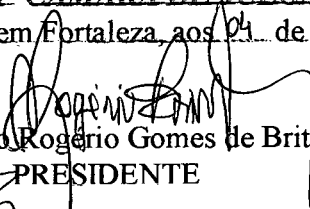


**DECISÃO**

*Vistos, discutidos e examinados os presentes autos*, em que é recorrente: **BSE S/A**  
e recorrido: **Célula de Julgamento 1ª Instância**

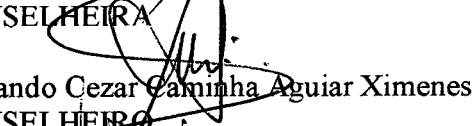
**RESOLVEM** os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão parcialmente condenatória, proferida pela 1ª Instância, e declarar a IMPROCEDÊNCIA da autuação nos termos do voto do conselheiro relator e parecer da douta Procuradoria Geral do Estado alterado em sessão e reduzido a termo, nos autos. Absteve-se de votar por haver subscrito a ação fiscal, o conselheiro Dr. Fernando Cezar Caminha Aguiar Ximenes. Presente para sustentação oral, a representante legal da autuada a Dra. Graciane Apolônio da Silva Luz.

**SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 04 de abril de 2005.

  
Alfredo Rogério Gomes de Brito  
PRESIDENTE

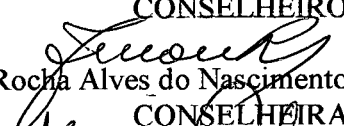
  
Manoel Marcelo Augusto Marques Neto  
CONSELHEIRO RELATOR

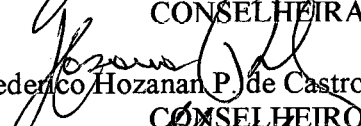
  
Ana Maria Martins Jimbo Holanda  
CONSELHEIRA

  
Fernando Cezar Caminha Aguiar Ximenes  
CONSELHEIRO

  
Helena Lucia Bandeira Farias  
CONSELHEIRA

  
José Gonçalves Feitosa  
CONSELHEIRO

  
Fernanda Rocha Alves do Nascimento  
CONSELHEIRA

  
Frederico Hozanan P. de Castro  
CONSELHEIRO

  
Cristiana Marcelo Peres  
CONSELHEIRO

PRESENTES:

  
Mateus Vianna Neto  
PROCURADOR DO ESTADO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO