



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

RESOLUÇÃO N.º: 456/2003
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 12/08/2003 - (144ª SESSÃO)
PROCESSO DE RECURSO N.º: 1/001753/2002 AI No. 1/200206213
RECORRENTE: TELECEARÁ CELULAR S/A
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONSELHEIRA RELATORA: ELIANE RESPLANDE FIGUEIREDO DE SÁ

EMENTA: ICMS- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS QUANDO AS OPERAÇÕES E OU PRESTAÇÕES E O IMPOSTO A RECOLHER ESTIVEREM REGULARMENTE ESCRITURADOS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. Venda de mercadoria por preço inferior ao custo da mercadoria, sem o recolhimento do imposto sobre o valor da base de cálculo correta (igual ou superior ao custo). Ausência de qualquer autorização prévia da autoridade fazendária para a utilização de base de cálculo com valor inferior ao custo. DEVIDO O PAGAMENTO DO ICMS. ILÍCITO FISCAL PLENAMENTE CARACTERIZADO. RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO CONFIRMADA POR UNANIMIDADE DE VOTOS.

RELATÓRIO:

A peça fiscal submetida a nosso exame têm o seguinte relato: “ Falta de recolhimento do ICMS quando as operações e/ou prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados. Omissão de Receita de Venda de mercadorias conforme detalhamento constante na Informação Complementar anexa”.

PROC.1/001753/02
ELIANE RESPLANDE

Após indicarem os dispositivos legais infringidos os agentes fiscais apontam como penalidade o Art.878, inciso I, alínea "d" do Dec.24.569/97.

Às fls.565 a 571 a empresa autuada, ora recorrente, ingressa com instrumento impugnatório.

DO JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA:

Em primeira instância a julgadora monocrática decidiu-se pela PROCEDÊNCIA do feito fiscal confirmando a Omissão de Receitas. No entanto, no que pertine ao "quantum" do crédito tributário faz um reenquadramento da tipificação legal, alterando-a no que se refere à majoração da penalidade, aplicando, assim, a multa prevista no art.878, III, "b" do Decreto 24.569/97.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO:

Afigura-se nos importante destacar os argumentos do Recurso Voluntário, às fls.595 a 603. Em linhas gerais, basicamente são estes:

- Que é empresa concessionária de telefonia móvel celular e realiza promoções subsidiando a venda de aparelhos celulares por valores abaixo do preço de custo (...);
- Que tais operações foram devidamente escrituradas nos documentos fiscais da recorrente (...);
- O que houve foi a materialização destas operações e o recolhimento dos tributos com base no valor da venda efetivamente praticada, consoante se depreende das Notas Fiscais;
- Que a base de cálculo do ICMS na venda de mercadorias será o valor da operação ao passo em que para que se caracterize a omissão de receita há de restar demonstrada a emissão da nota fiscal com valor abaixo do preço efetivamente praticado na operação, o que, "in casu", não ocorreu;
- Que a venda de mercadorias com prejuízo, como no caso em espécie, jamais poderá ser considerada omissão de receita para fins de tributação do ICMS;

PROC.1/001753/02
ELIANE RESPLANDE

- Que a ilustre julgadora de 1ª Instância decidiu-se pela aplicação da penalidade do art.878, III, "b" do RICMS. No entanto, esta
- tipificação não condiz com a realidade tendo em vista que a recorrente não deixou de emitir a Nota Fiscal, e, tão pouco deixou de escriturar a operação e o imposto a recolher, o que ocorreu foi exatamente à emissão da nota com preço inferior ao de custo, por ter sido este o efetivamente praticado;
- Que caso admitida a infração apontada pela autoridade fiscal, aplicável é a multa referente a alínea "d" do art.878, I, e não do art.878, III, alínea "b", reduzindo-se, assim, a multa erroneamente aplicada de 40% do valor da operação, correspondente a R\$ 912.916,17 para 50% do valor do imposto devido ou seja, R\$ 193.995,11 Ou em última análise a constante no art.878, III, "e" do RICMS;
- Por fim, requer a insubsistência do Auto de Infração.

DO PARECER DA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA:

A Consultoria Tributária, em parecer de N°0430/03 referendado pela Douta Procuradoria Geral do Estado, opinou pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento a fim de que fosse mantida a procedência da ação fiscal proferida em 1ª Instância alterando, no entanto, a penalidade para a do art.878, I, "c" do Dec.24.569/97 (1 vez o valor do imposto) por entender que os valores não foram regularmente escriturados como determina a alínea "d", I, do artigo 878 indicado pelos autuantes.

Eis, o relatório.

VOTO:

A matéria aqui tratada é concernente a Falta de recolhimento do ICMS quando as operações e ou prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados. Omissão de Receita de Venda de Mercadorias, ou seja, vendeu-se mercadorias por preço inferior ao seu custo, sem o devido recolhimento do tributo, no período de 02/2000 a 04/2000.

A omissão de receita consoante legislação tributária é caracterizada pela ocorrência de diferença apurada do cotejo entre as saídas registradas e o valor das saídas efetivamente praticadas ou através do confronto entre os registros contábeis e fiscais, bem como, através do

montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos, ao custo das mercadorias vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado. (art.878,§8º, III e IV do RICMS, alterado pelo Decreto 26.483/01/ Lei 13.082/00).

Já se aduziu a anuência da legislação em se vender a mercadoria por preço inferior ao custo da mercadoria. No entanto, ao se vender por preço inferior o contribuinte têm que recolher o imposto sobre o valor da base de cálculo correta (igual ou superior ao custo); ou então, solicitar uma autorização prévia da autoridade fazendária para a utilização de base de cálculo com valor inferior ao custo. Nenhum desses procedimentos fora adotado pela recorrente. A Base de Cálculo fora desacertada.

Consoante Maria Helena Diniz, a base de cálculo é “ a medida padrão ou grandeza econômica adotada pela lei tributária que indica o modo de apuração do valor da prestação pecuniária a ser arrecadada; a expressão numérica valorativa do fato gerador ou elemento dimensionável do fato gerador, sendo, portanto, o núcleo da hipótese de incidência”.

Roque Carrazza define base de cálculo como sendo “a dimensão da materialidade do tributo. A que dá critérios para mensurar o fato impositivo tributário”. (ICMS, 7ª ed., Malheiros Editores, p.62).

Não há nenhum obstáculo intransponível para a venda das mercadorias por preço inferior ao custo das mercadorias. O recolhimento do imposto é que não pode ficar prejudicado, devendo ser recolhido pelo valor efetivamente correto (igual ou superior ao custo).

A manipulação da base de cálculo acaba fatalmente descaracterizando-a e por conseguinte descaracterizando também o tributo.

O certo é que, ressalvadas as hipótese acima especificadas a base de Cálculo do imposto não pode ser inferior ao preço da mercadoria adquirida de terceiro ou ao valor da operação anterior, bem como ao custo da mercadoria, salvo motivo relevante e a critério da autoridade fazendária competente do seu domicílio fiscal.

Outro ponto, é que dúvidas emergiram no que concerne a tipificação da penalidade. Uma imposta pelo agente fiscal, outra pela julgadora monocrática e por fim a sugerida pela consultoria tributária e referendada pela Procuradoria do Estado. Não vemos, no entanto, maiores

problemas. Houve a escrituração dos serviços de comunicação que são de certo modo atípicos efetuados através de relatórios fiscais. Correta, pois, a penalidade imposta pelo agente fiscal, ou seja, atraso de recolhimento. (Art.878, I, "d" do Dec.24.569/97)

Oportuno, assim, destacar para dissipar quaisquer questionamentos quanto a indicação dos dispositivos legais e regulamentares infringidos de que mesmo a sua total ausência não enseja nulidade, desde que o relato do Auto de Infração esteja claro e preciso, como fora o presente caso.

É de acrescentar-se, por fim, quanto a penalidade que por força do disposto no art.460 do CPC, aqui utilizado supletivamente, é vedado aos julgadores proferirem decisão condenando o sujeito passivo em objeto diverso do demandado. Com efeito, a vedação supra justifica-se por tal decisão constituir-se extra-petita (além do pedido), logo, o reenquadramento da tipificação legal realizado pela julgadora monocrática, ao caso em tela, que majorou a penalidade não pode ser aplicada.

Deste modo, não há como deixar de imputar a empresa recorrente o ilícito tributário é patente à infração pela falta de recolhimento.

Isto posto, **VOTO** no sentido de:

Que se conheça do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento para que seja confirmada a decisão condenatória de 1ª Instância, nos termos do art.878, I, "d" do Dec.24.569/97, contrária ao Parecer da Douta Procuradoria Geral do Estado, que entendeu que a penalidade a ser aplicada seria a do Art.878, I, "c" do Dec.24.569/97, ou seja, 1 (vez) o valor do imposto.

É o voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente TELECEARÁ _CELULAR S/A e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

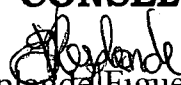
PROC.1/001753/02
ELIANE RESPLANDE

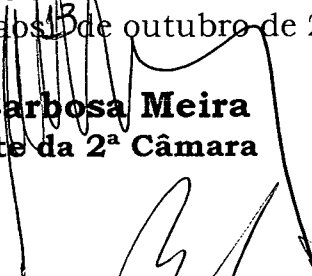
RESOLVEM, os membros da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória de 1ª Instância, nos termos do art.878, I, "d" do Dec.24.569/97 e em desacordo com o Parecer da douda Procuradoria Geral do Estado. Ausentes, ocasionalmente, os conselheiros Antonio Luiz do Nascimento Neto e Benoni Vieira da Silva.

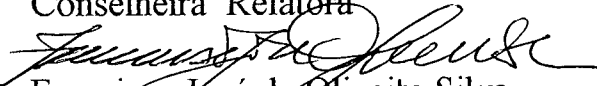
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS em Fortaleza, aos 05 de outubro de 2003.

Nabor Barbosa Meira
Presidente da 2ª Câmara

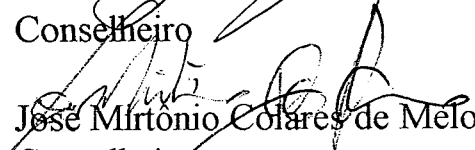
CONSELHEIRO(A)S:

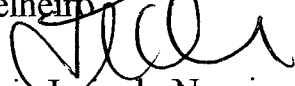

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira Relatora

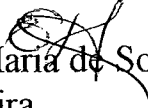

Benoni Vieira da Silva
Conselheiro



Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


Adriano Jorge Pequeno Vasconcelos
Conselheiro


José Mirtônio Colares de Melo
Conselheiro


Antonio Luiz do Nascimento Neto
Conselheiro


Eliane Maria de Souza Matias
Conselheira


Affonso Taboza Pereira
Conselheiro

PRESENTE:


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado