



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

RESOLUÇÃO Nº 130 /2004

1ª CÂMARA

SESSÃO DE 05/04/2004

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/001396/2002

AUTO DE INFRAÇÃO: 2/200202115

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: FARMÁCIAS COLETIVA LTDA

CONS. RELATOR: FREDERICO HOZANAN PINTO DE CASTRO

EMENTA: ICMS – FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - OMISSÃO DE SAÍDA – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DO ICMS – APLICAÇÃO SOMENTE DA MULTA - REENQUADRAMENTO DA PENALIDADE – PARCIAL PROCEDÊNCIA. A falta de emissão de documento fiscal nas operações internas de venda de medicamentos à consumidor final não traz nenhum prejuízo ao Fisco Estadual a título de ICMS ante a submissão das operações ao regime de substituição tributária. Parcial procedência considerando a redução da penalidade pela redação da Lei nº 13.418/2003, que modificou o art. 126 da Lei nº 12.670/96. Recurso Voluntário conhecido e provido, reformando a decisão condenatória de 1ª Instância pela Parcial Procedência do feito fiscal, de acordo com o Parecer da Douta Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão. Decisão unânime.

RELATÓRIO:

O titular da Ação Fiscal, ao proceder a fiscalização junto à autuada em face do seu pedido de baixa cadastral, detectou, conforme demonstrativo da Conta Mercadoria, a falta de emissão de documento fiscal modelo 1 ou 1A e/ou série D, no montante de R\$ 19.610,00 (dezenove mil, seiscentos e dez reais), referente ao exercício de 1997.

Apresentou como dispositivos infringidos os arts. 127, I, 169, 174 e 177 e sugere como penalidade o artigo 878, III, "b", todos do Dec. nº 24.569/97.

Informação Complementar, Ordem de Serviço, Termo de Notificação, Termo de Juntada, Termo de Revelia se demoram às fls. 03/09.

Impugnação tempestiva às fls. 16/21, argüindo, em síntese, a imprecisão do fato descrito no Auto de Infração no tocante à capitulação das penalidades, a inocorrência do fato gerador descrito pelo Autor da Increpação Fiscal e a ilegalidade do arbitramento efetuado pelos agentes do fiscal com base na Conta Mercadoria. Por fim, requestou pela declaração de nulidade absoluta da Ação Fiscal.

O Julgador de 1ª Instância decidiu pela parcial procedência da autuação em face do reenquadramento da penalidade, afastando a indicada pelo autuante na exordial e aplicando a inserta no art. 881 do RICMS uma vez que o ICMS devido nas operações de saída já foi cobrado na origem, sob o regime de substituição tributária. Recorreu de Ofício diante da decisão parcialmente desfavorável à Fazenda Pública Estadual.

O Parecer nº 32/2004 da Consultoria Tributária expressou (fls. 47/48) seu entendimento pelo conhecimento do Recurso de Ofício dando-lhe provimento para modificar a decisão parcial procedente de 1ª Instância pela procedência da Ação Fiscal, sugerindo a aplicação da regra prescrita no art. 123, III, "b", da Lei nº 13.418/2003. Parecer adotado pela douta Procuradoria Geral do Estado (fls. 49).

Eis o breve relatório.

VOTO DO RELATOR

A contenda trazida mediante Recurso Oficial, tem como objeto a acusação de realização de operações de vendas, no exercício de 1997, sem a emissão de documentos fiscais, restando uma omissão de saídas de mercadorias, consoante a inicial, no montante de R\$ 19.610,00 (dezenove mil, seiscentos e dez reais), cobrando apenas a multa capitulada no art. 878, III, letra "b" do RICMS.

A aferição da infração deu-se por meio do demonstrativo da Conta Mercadoria, onde o agente fiscal detectou, confrontando os livros e documentos fiscais apresentados no seu pedido de baixa cadastral, que haviam sido vendidas mercadorias desacompanhadas de Nota Fiscal.

Por sua vez, o autuado em sua peça defensiva argumentou sobre a existência de uma nulidade absoluta em face da imprecisão dos fatos imputados pelo Autor da Ação Fiscal quanto à capitulação da penalidade, o que deve ser afastada a preliminar perquirida, consoante o art. 33, XIV, § 2º do Dec. nº 25.468/97, *in litteris*:

Art. 33. O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:

XIV – indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva pena pecuniária;

§ 2º A ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso.

Argumentou ainda a inoccorrência do fato gerador da exação e a inobservância do Princípio da Legalidade na realização do arbitramento feito pela fiscalização com base na Conta Mercadoria. Contudo, suas afirmações são insubsistentes, devendo ser a preliminar rejeitada uma vez que o ilícito fiscal praticado pela autuada está precisamente relatado no Auto de Infração, pelo que há de ser

rejeitada a requestada nulidade, prosperando a acusação fiscal que goza de presunção relativa de certeza.

Ocorre que, consoante o art. 546 e ss do Decreto nº 24.569/97, as operações com produtos farmacêuticos estão sujeitas ao regime de substituição tributária onde o ICMS incidente nas operações de vendas a serem promovidas neste Estado será retido e recolhido pelo destinatário das mercadorias quando da sua aquisição, não sendo devido, no presente caso, a cobrança de ICMS, mas tão somente multa.

Assim, o contribuinte que efetuar operação relativa à circulação de mercadoria sem a devida emissão da documentação fiscal, deverá sofrer a sanção capitulada no artigo 878, III, letra "b" do RICMS com a seguinte redação:

"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 fiscal e à escrituração:

b) falta de emissão de documento fiscal: multa equivalente a 40% do valor da operação ou da prestação, sem prejuízo da cobrança do imposto".

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. 126 da Lei nº 12.670/96, com redação dada pela Lei nº 13.418/2003, cuja redação é a seguinte:

"Art. 126 – As infrações decorrentes de operações com mercadoria ou prestações de serviços tributados pelo regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido recolhido, bem como as amparadas por não – incidência ou contempladas com isenção incondicionada, ficam sujeitas à multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação ou prestação."

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Oficial, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª Instância, aplicando a penalidade prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/96, com redação dada pela Lei nº 13.418/2003, nos termos do Parecer da douda Procuradoria Geral do Estado.

É O VOTO.

DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO:

BASE DE CÁLCULO: R\$ 19.610,00

MULTA (10%) : R\$ 1.961,00

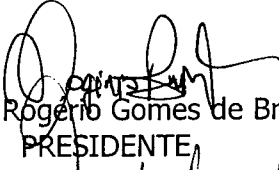
DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **FARMÁCIAS COLETIVA LTDA,**

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, após rejeitar a preliminar de nulidade argüida pela recorrente, conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento para confirmar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª Instância, com aplicação do art. 126 da Lei nº 12.670/96, com redação dada pela Lei nº 13.418/2003, nos termos do voto do Conselheiro Relator e do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente o Conselheiro Cristiano Marcelo Peres e, por motivo justificado, o Conselheiro José Gonçalves Feitosa.

SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos ~~10~~ de ~~abril~~ de 2004.

MAIO

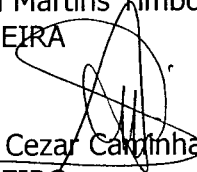

Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Ana Maria Martins Timbo Holanda
CONSELHEIRA


Fernanda Rocha Alves do Nascimento
CONSELHEIRA


Fernando Cezar Carimha Aguiar Ximenes
CONSELHEIRO


FREDERICO H. PINTO DE CASTRO
CONSELHEIRO RELATOR


Helena Lucia Bandeira Farias
CONSELHEIRA


Vitor Simon de Morais
CONSELHEIRO


Matheus Yana Neto
PROCURADOR DO ESTADO