



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

RESOLUÇÃO Nº 166/ 2005

2ª CÂMARA

SESSÃO DE : 24 / 01 / 2005

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/2913/02

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200210063

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E JOSÉ C. SOBRINHO

RECORRIDO: AMBOS

RELOTOR ORIGINÁRIO: CONS. ILDEBRANDO HOLANDA JÚNIOR

RELATORA DESIGNADA: CONS. DULCIMEIRE PEREIRA GOMES

EMENTA: FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração ao art. 174 do RICMS, com penalidade inserta no art. 126 da Lei 12.670/96, modificada pela Lei de nº 13.418/03, aplicada ao caso retroativamente, com amparo do art. 106 do CTN, por ser menos severa que a prevista na data da ocorrência, implicando na PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto de infração. Decisão por voto de desempate da presidência. Recursos oficial e voluntário parcialmente providos.

RELATÓRIO

Acusa a inicial, que a empresa acima indicada, durante o exercício de 1997 promoveu saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais no montante de R\$ 375.088,60 (trezentos e setenta e cinco mil, oitenta e oito reais e sessenta centavos).

Foram considerados infringidos os artigos 127, I; 169; 174, 177; todos do Dec. 24.569/97, com a sugestão da penalidade do art. 878, III, "b", do mesmo diploma legal.

Acompanham a inicial a respectiva ordem de serviço, a informação fiscal do pedido de baixa, na qual está consignado o "Demonstrativo da Conta Mercadoria", e cópia do livro "Registro de Inventário" da autuada.

Defendendo-se da acusação a autuada requer a improcedência do feito fiscal, sob a alegação de que tem como atividade o comércio varejista de combustível e derivados de petróleo, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, e toda mercadoria adquirida foi comercializada no varejo, de acordo com escrituração feita no Livro de Movimentação de Combustível (LMC), e se houve alguma irregularidade, não chega a causar danos à arrecadação do ICMS, pois o mesmo já foi retido na fonte, devendo a penalidade ser modificada para àquela concernente ao descumprimento de obrigação acessória.

A 1ª Instância de Julgamento decidiu pela parcial procedência da autuação, tendo em vista entender não ser cabível ao caso, a exigência de ICMS, haja vista o mesmo ter sido retido na origem.

O recurso voluntário reitera as razões apresentadas por ocasião da impugnação ao feito.

Manifesta-se a Procuradoria Geral do Estado pela nulidade da ação fiscal, por não existir nos autos, comprovação de que o contribuinte fora notificado da irregularidade detectada, antes da lavratura do auto de infração.

Segue-se, a realização de duas diligências solicitadas por esta Câmara de Julgamento. A primeira trouxe aos autos o Termo de Notificação Nº 2002.10865 com o respectivo comprovante de recebimento do destinatário – A.R. (Aviso de Recebimento). E a segunda, trouxe cópia do Livro de Movimentação de Combustível, com a informação de que não há nenhuma identificação de que referido livro pertença a autuada, tendo em vista apresentar termo de abertura e de encerramento em branco. Informa também que a empresa, por ser optante do simples, está desobrigada da apresentação dos livros contábeis.

Tendo em vista a comprovação do recebimento, pela autuada, da notificação acima referida, o representante da Procuradoria Geral do Estado, durante a sessão de julgamento deste processo, oralmente modificou sua manifestação para a parcial procedência do feito fiscal, com a aplicação da multa prevista no art. 126 da Lei 12.670/96, com a alteração que lhe foi dada pela Lei 13.418/03.



VOTO DA RELATORA DESIGNADA

Trata a acusação fiscal de falta de emissão de notas fiscais de saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a qual foi objeto dos recursos oficial e voluntário, conforme a seguir comentados.

Examinando os recursos apresentados, percebe-se que ambos foram interpostos em razão de divergências acerca da penalidade aplicada ao caso, uma vez que, quanto à prática da irregularidade, inexistem controvérsias, ficando caracterizada a infração ao art. 174 do Dec. 24.569/97.

Enquanto a recorrente pleiteia que a penalidade seja modificada para a concernente ao descumprimento de obrigação acessória, o julgador monocrático entendeu que a penalidade seria a mesma que figura na inicial, ou seja art. 878, inciso III, alínea "b", do RICMS, entretanto com exigência apenas da multa, já que o ICMS foi retido na origem.

Essa matéria tem sido sucessivamente apreciada neste Conselho, cujas decisões não logram unanimidade, entretanto, deve prevalecer a penalidade inserta no art. 126 da Lei 12.670/96, com a alteração dada pela Lei 13.418/03, pelas razões adiante.

Tal como pleiteado pela recorrente, parte dos conselheiros que compõem esta Câmara de Julgamento, julgam que referida infração seria punível apenas como descumprimento de obrigação acessória, na forma do art. 878, VIII, "d", do RICMS, já que o imposto não mais seria exigido na operação.

Equivocado é esse entendimento. A penalidade por descumprimento de obrigação acessória não tem aplicação no caso de omissão de vendas cujas mercadorias estão sujeitas ao regime de substituição tributária, considerando que a Lei 12.670/96 estabeleceu penalidade específica para omissão de vendas, ou seja, art. 123, inciso III, alínea "b", (o qual equivale ao art. 878, III, "b", do RICMS), em que a multa imposta, em princípio, conforme legislação da época, seria de 40% (quarenta por cento) do valor da operação.

Entretanto, apesar de naquele período, o art. 126 da Lei 12.670/96, que equivale ao art. 881 do RICMS, determinar minorativo apenas para os casos de operações não tributadas ou contempladas com isenção incondicionada, e não incluir o caso que se comenta, posteriormente, a Lei 13.418, de 30 de dezembro de 2003, deu nova redação ao citado art. 126, alterando a penalidade para multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação e passando a incluir na hipótese, a irregularidade que se cuida, ou seja, falta de emissão de documentos fiscais, cujas mercadorias são tributadas pelo regime de substituição tributária. Como a matéria atualmente está recebendo tratamento mais brando, em atenção ao disposto no art. 106 do CTN, referido dispositivo legal deve retroagir, alcançando o auto de infração sob análise.



Importante ressaltar, que a nulidade inicialmente suscitada em parecer adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, em razão da ausência de comprovação no processo, de que a autuada houvera sido notificada para espontaneamente regularizar sua situação, foi por ele próprio afastada, considerando que a perícia trouxe aos autos comprovante do envio e recebimento desse documento através do serviço de correios, A.R., motivo pelo qual, durante a sessão de julgamento deste processo, oralmente modificou sua manifestação para a parcial procedência do feito fiscal, consoante voto desta relatora.

Também merece ser evidenciado que não ficou devidamente comprovado, apesar da diligência realizada nesse sentido, a regular escrituração nos livros fiscais e contábeis da acusada, procedimento esse que, uma vez constatado, reduziria a penalidade de 10% (dez por cento), para 1% (um por cento), do valor das operações, conforme estabelece o Parágrafo único do art. 126 da Lei 12.670/96, com a alteração referida em linhas volvidas.

Pelo que foi exposto,

VOTO para que se conheça e dê parcial provimento aos recursos oficial e voluntário, a fim de que seja modificada em parte a decisão monocrática, para que se julgue **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração sob análise, entretanto na forma acima exposta, que conduz à aplicação de multa na seguinte composição:

MULTAR\$ 37.508,86




DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que são recorrentes e recorridos CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E JOSÉ C. SOBRINHO,

Resolvem os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por voto de desempate do presidente, conhecer dos recursos oficial e voluntário, dar-lhes parcial provimento, para decidir pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da autuação, aplicando-se a penalidade do art. 126 da Lei nº 12.670/96 com a redação da Lei nº 13.418/03, nos termos do primeiro voto discordante proferido pela conselheira Dulcimeire Pereira Gomes, que ficou designada para lavrar a resolução, e de acordo com o parecer da douda Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente. Foram votos vencidos os conselheiros Ildebrando Holanda Júnior (relator originário), Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira e Vanessa Albuquerque Valente, que se pronunciaram pela aplicação da penalidade do art. 878, VIII, "d", do RICMS.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 10 de março de 2.005.


Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE

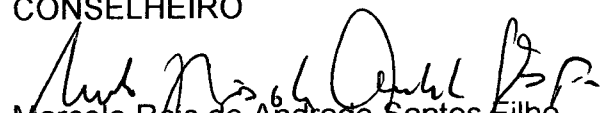

Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA RELATORA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA

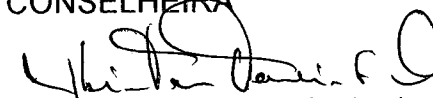

Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Eliane Resplande Figueiredo Sá
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO