



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº: 237/2010

41ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DE 19/08/2010

PROCESSO Nº 1/2147/2003

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200305183

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E MAJELA HOSPITALAR LTDA

RECORRIDO: AMBOS

AUTUANTE: SERGIO RICARDO ALVES SISNANDO

RELATOR: CONSELHEIRO JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDA. - 1. Afastada nulidade de decadência. - 2. A saída de mercadorias é considerada não tributada quando sua entrada for sujeita ao regime de substituição tributária - 3. No mérito restou configurada a saída de mercadorias sem a emissão das respectivas notas fiscais. - 4. Recurso Voluntário, conhecido e parcialmente provido, por maioria de votos, para modificar a decisão parcialmente condenatória proferida em 1ª Instância, reenquadrando a penalidade, em virtude da aplicação do art. 126 da Lei 12.670/96, em sua redação originária e vigente à época da infração, para produtos sujeitos a substituição tributária, em desacordo com o parecer da douta Procuradoria - 5. Infringência aos arts. 127, I, 169, 174, 177, 546 e 548, todos do Decreto nº 24.569/97. Aplicação da penalidade prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/96, vigente a época do fato gerador.

PROCESSO Nº 1/2147/2003
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200305183
CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado em decorrência da falta de emissão de documento fiscal, quando se tratar de operação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1-A e/ou série "D" (consumidor) = omissão de saídas. Infração detectada pelo relatório totalizador do levantamento quantitativo de estoque de mercadorias, anexo integrante e complementar ao presente. Ação fiscal, referente ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2001, resultou na lavratura do montante de R\$ 3.386.286,21 (três milhões, trezentos e oitenta e seis mil, duzentos e oitenta e seis reais e vinte e um centavos).

O Agente Fiscal identificou como dispositivos infringidos os arts. 127, I, 169, 174, 177, 546 e 548, todos do Decreto nº 24.569/97. No que concerne a penalidade imposta aplicou aquela cominada no art. 878, III, 'b', do Decreto nº 24.569/97.

Constam no processo cópias da Portaria nº 101/2003, Termo de Início de Fiscalização 2003.02881, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2003.07982, Relação de Estoques de Mercadorias, Relatório de Entradas por Documento, Relatório de Saídas por documento, Relatório Totalizador Anual do Levantamento de Mercadorias.

O contribuinte após regularmente notificado, apresentou defesa ao lançamento do Auto de infração, fls. 2284 a 2289, destacando-se os seguintes argumentos:

- Argui a nulidade do feito, alegando que a portaria que autoriza a continuidade da fiscalização não foi publicada no Diário Oficial;

- Afirmo que não é meu interesse omitir saídas de mercadorias vez que o ICMS é pago por substituição tributária e transcrevendo decisões deste Contencioso, alega que tratando de uma operação onde o imposto já foi pago, incabível é a cobrança de 40% do valor da operação, no caso deveria ser aplicada a penalidade do art. 881, ou seja, multa de 30 UFIRCES;

- Através da elaboração de demonstrativos alega diversos erros na digitação das quantidades das mercadorias.

PROCESSION* 1/2147/2003
AUTO DE INFRAÇÃO* 1/200305183
CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Em resposta a solicitação de perícia formulada às fls. 2361 do processo, a CEPED informa que o não atendimento do autuado as intimações efetuadas em 19/05/2009 e 15/06/2009, impossibilitou a realização dos trabalhos periciais.

A autuada, às fls. 2372, e resposta as intimações da CEPED, afirma que a empresa precisa de um prazo de 90 dias para que seu departamento de informática disponibilize a documentação solicitada pelo fisco.

O julgador monocrático, após análise detida dos autos, decidiu pela parcial procedência da autuação fiscal, considerando que:

- A Portaria 101/2003 é um ato administrativo de natureza individual, portanto que diz respeito unicamente ao contribuinte que legalmente por meio pessoal, tomou conhecimento da ação fiscal exercida, não necessitando desta forma de publicação no Diário Oficial;

- Em sua defesa a autuada contesta vários itens do trabalho fiscal, não trazendo, entretanto, aos autos prova do alegado;

- O levantamento efetuado que instrui a peça básica, não deixa dúvidas de que omitindo vendas de suas mercadorias em muito a autuada se distanciou das normas legais;

- Observando a nova redação dada ao artigo 123, III, "b" da Lei nº 12.670/96, pela Lei nº 13.418/2003, o autuado deve ser beneficiado com a aplicação da multa em 10%.

Por ocasião de a decisão monocrática ter sido contrária em parte aos interesses da Fazenda Pública Estadual, foi interposto Recurso de Ofício, nos termos do art. 40, da Lei nº 12.732/97.

Cientificado do julgamento monocrático o autuado vem aos autos apresentar Recurso Voluntário nos seguintes termos:

- A penalidade deve ser aplicada observando a legislação à época em que ocorreram os fatos geradores, no caso, exercícios de 2000 e 2001 (redação original do art. 126 da Lei 12.670/96 – 30 UFIRCES), uma vez que a infração é decorrente de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

PROCESSO Nº 1/2147/2003
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200305183
CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**

Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

- Apresenta decisões em favor de sua tese às fls. 2401/2402 dos autos;
- Nulidade da ação fiscal em razão da não publicação da portaria que deu origem a auditoria fiscal;
- Nulidade do auto de infração por considerar inviável uma perícia de tal abrangência, pois seria uma nova fiscalização pela imensidade dos erros identificados os quais evidenciam a insubsistência do SLE;
- Caso entendam que os muitos erros identificados podem ser verificados um a um pelo trabalho pericial é absolutamente imprescindível que seja deferida um perícia para que a recorrente confirme todos os erros apontados e demonstrados documentalmente;
- Decadência de o crédito tributário nos termos do art. 173, parágrafo único do CTN.

A Célula de Consultoria, através do Parecer nº. 09/2010, manifestou-se pelo conhecimento do recurso oficial e voluntário, para que se mantenha a parcial procedência do auto de, entendendo que a infração inserta na redação original do art. 126 da Lei 12.670/96 não se aplica no caso de substituição tributaria, devendo ser aplicada a penalidade determinada pelo nova redação dada ao art. 126 pela Lei 13.418/03, consoante o art. 106, II "c" do CTN.

O representante da Douta Procuradoria Geral do Estado adotou o Parecer da Célula de Consultoria.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

PROCESSION* 1/2147/2003
AUTO DE INFRAÇÃO* 1/200305183
CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Versa a acusação fiscal sobre Auto de Infração lavrado em decorrência da falta de emissão de documento fiscal, quando se tratar de operação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1-A e/ou série "D" (consumidor) = omissão de saídas. Infração detectada pelo relatório totalizador do levantamento quantitativo de estoque de mercadorias, anexo integrante e complementar ao presente. Ação fiscal, referente ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2001, resultou na lavratura do montante de R\$ 3.386.286,21 (três milhões, trezentos e oitenta e seis mil, duzentos e oitenta e seis reais e vinte e um centavos).

Inicialmente, cabe analisar os fundamentos da argumentação de preliminar de mérito que objetivavam a nulidade da autuação fiscal.

A alegação do autuado refere-se à suposta ocorrência do instituto da decadência que incidiria sobre os exercícios de 2000 e 2001, extinguindo o crédito tributário. Afirma ele que a constituição do crédito tributário se iniciou em 19/02/2003 com a notificação, através do Termo de Início de Fiscalização, e, entretanto até o dia da interposição do recurso voluntário o respectivo crédito ainda não havia sido constituído.

O contribuinte fundamenta referida alegação no art. 173 "caput" do CTN, bem como seu parágrafo único, que assim reza:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Todavia, esse não é o entendimento majoritário desta Câmara, pois partilha da tese que considera que entre a ciência da lavratura do auto de infração, e até que flua o

PROCESSION° 1/2147/2003
AUTO DE INFRAÇÃO° 1/200305183
CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

prazo para interposição de recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso desta natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição, tese esta baseada na decisão proferida pelo STF no ERE 94.462/SP, de relatoria do Ministro Moreira Alves.

Passada as questões preliminares, analisemos o mérito.

Quanto aos elementos dispositivos da legislação estadual que foram violados, bem como a cominação das respectivas penalidades, no presente caso é oportuno esclarecermos algumas definições e procedimentos específicos do objetivo social do autuado.

O contribuinte, sujeito à fiscalização que resultou na autuação em tela, está submetido ao regime da substituição tributária na entrada de mercadorias no estabelecimento, ou seja, o recolhimento do ICMS se dá no momento em que a mercadoria adentra no estabelecimento do mesmo. Sabe-se também que as mercadorias amparadas sob o instituto de substituição tributária o fato gerador do ICMS ocorre após a retenção e conseqüente recolhimento deste pelo substituto tributário, ou seja, todo o tributo é recolhido antes, desse modo ficando as operações subseqüentes, ao da albergada pela substituição tributária, livres de tributação, isto é, não tributadas.

Dito isto, conclui-se que as operações que advirem após a entrada de mercadorias no estabelecimento do contribuinte não estão sujeitas à tributação, ou seja, não tributadas. Portanto a saída de produtos do estabelecimento do autuado é não tributada, em que pese serem decorrentes de substituição tributária.

Relembremos agora que no relato do auto de infração o Auditor Fiscal descreve que "falta de emissão de documento fiscal, quando se tratar de operação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1-A e/ou série "D" (consumidor) = **omissão de saídas.**"

Neste sentido, a penalidade aplicável ao caso concreto é a cominada no art. 126 da Lei nº 12.670/96, alterada pela lei 13.418/03, que determina multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação decorrente de mercadorias tributadas pelo regime de substituição tributária.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Entretanto, considerando como princípio geral do direito, bem como fundamental do Direito Tributário, a irretroatividade das leis, salvo para beneficiar o contribuinte, ou seja, de modo inverso, aquele que afirma que a determinado fato gerador deve ser aplicado a lei vigente à época do mesmo, deve-se destacar que a legislação vigente no ano de 2000 e 2001, ano da ocorrência do fato gerado do período sob fiscalização, especificamente em relação ao art. 126 da Lei 12.670/96 rezava o seguinte:

“Art. 126. As multas calculadas na forma do inciso II do artigo 120, quando relativas a operações ou prestações não tributadas ou contempladas com isenção incondicionada, serão substituídas pelo valor de 30 (trinta) UFIR, salvo se da aplicação deste critério resultar importância superior à que decorreria da adoção daquele.”(grifei)

Desse modo aplica-se ao presente auto de infração a penalidade cominada pelo art. 126 da Lei nº 12.670/96 em sua redação original, condenando o autuado a uma multa equivalente a 30 (trinta) UFIRCES.

Considerando os fatos expostos acima, voto pelo conhecimento do Recurso de Ofício e Voluntário, concedendo parcial provimento a este, para modificar em parte a decisão singular, julgando parcialmente procedente a acusação fiscal, para aplicar a penalidade inserta no art. 126 da Lei 12.670/96 em sua redação original nos termos desse voto.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

30 UFIRCES

DECISÃO

PROCESSION* 1/2147/2003
AUTO DE INFRAÇÃO* 1/200305183
CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEROMOREIRA



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E MAJELA HOSPITALAR LTDA** e recorrido **AMBOS**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. *Com relação à preliminar de extinção suscitada pela parte, tendo em vista que o lançamento tributário foi abrangido pela decadência, conforme art. 173, § único do CTN* – Afastada, por maioria de votos. O Procurador do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade, se manifestou nos seguintes termos: *“Somos contrários à tese de decadência suscitada pela recorrente tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o tema em debate quando, em decisão histórica (STF – ERE 94.462/SP, Relator Ministro Moreira Alves, Pleno, 06.10.1982; DJ 17.12.1982 p. 13.209), decidiu que entre a ciência da lavratura do auto de infração ‘e até que flua o prazo para a interposição de recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição’”*. O Conselheiro Samuel Aragão Silva, por ocasião de seu voto contrário à extinção, assim se pronunciou: *“Quanto à decadência do lançamento é de se reconhecer que a atividade administrativa do CONAT não inclui a realização de constituição ou lançamento do crédito tributário, razão pela qual não há que se falar em decadência no curso do processo administrativo.”* Foi voto vencido o do Conselheiro João Carlos Mineiro Moreira. *No mérito*, também por maioria de votos, a 2ª Câmara de Julgamento resolve dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para modificar em parte a decisão singular e julgar *parcialmente procedente* a acusação fiscal, aplicando a penalidade prevista na redação originária do art. 126, caput, da Lei nº 12.670/96, vigente à época dos fatos geradores, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Por ocasião de seu voto, o Conselheiro Samuel Aragão Silva asseverou que *“No tocante à penalidade tem-se que contemplar a redação originária do art. 126, vigente à época dos fatos, vez que caracterizada que a operação tratada no auto de infração não se refere a operação tributada em decorrência do regime de substituição tributária próprio da comercialização dos medicamentos.”* Foram votos vencidos os dos Conselheiros Aderbalina Fernandes Scipião e Francisco José de Oliveira Silva, que se pronunciaram pela parcial procedência, nos termos do julgamento singular e Parecer do representante da PGE. Estiveram presentes os representantes legais da recorrente, Dr. Rômulo Eugênio de Vasconcelos Alves e Dr. Walbene Graça Ferreira Filho, que por ocasião da sustentação oral do recurso abdicaram das preliminares de nulidade e do pedido de perícia constantes no



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda

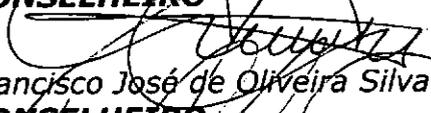
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

recurso voluntário, razão pela qual os mesmos não foram apreciados pela Câmara, ficando somente as que foram discutidas pelos Conselheiros.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de setembro de 2010.

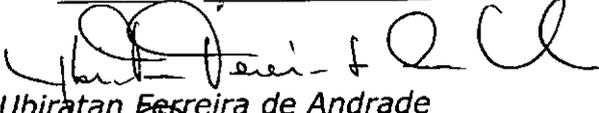

José Wilame Falcão de Souza
PRÉSIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO RELATOR


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO