



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

**RESOLUÇÃO Nº 268 /2004
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 14.05.2004
PROCESSO DE RECURSO Nº 3246/2002
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200208779
RECORRENTE: WALTER MARINHO & CIA. LTDA.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONS. RELATORA: ERIDAN REGIS DE FREITAS**

EMENTA: OMISSÃO DE SAÍDAS, embasada no SLE. Falta de emissão de documentos fiscais por ocasião das operações a serem acobertadas por NF1 ou 1 A e série D. Estabelecimento do ramo de vidros planos. Mercadorias sujeitas à substituição tributária por ocasião da entrada. **Exercício de 2001.** Preliminar de nulidade rejeitada por unanimidade de votos. Reforma da decisão condenatória exarada pela 1ª Instância para a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, em virtude do reenquadramento da penalidade. Decisão amparada nos arts. 127, I, 169, I e 174, I do Decreto 24.569/97. Aplicação da penalidade mais benéfica – art. 126 da Lei 12.670/96, com redação alterada pela Lei 13.418/03, de 30.12.2003. Recurso voluntário conhecido e provido em parte. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO

A acusação versa sobre a falta de emissão de documento fiscal por ocasião das saídas de mercadorias diversas no período de 01.01.2001 a 31.12.2001, no montante de R\$ 23.180,68.

Para instruir o processo foi acostado o Relatório Totalizador Anual do Levantamento de Mercadorias que indica a omissão de saídas detectada após a realização do cotejo entre o levantamento das Entradas e Saídas com documento fiscal, do Estoque Inicial considerado a partir do Inventário do ano anterior (2000) e do Estoque Final considerado a partir do Inventário do exercício de 2001.

Nas Informações Complementares é ressaltado que a omissão refere-se a mercadorias adquiridas para revenda, as quais não sofrerem nenhum processo de alteração.

Tempestivamente a ação fiscal foi impugnada, alegando o que segue:

- a) argüi, preliminarmente, a nulidade do feito em virtude de não ter recebido a Ordem de Serviço e em virtude de ter sido emitida uma nova Ordem de Serviço sem que a ação referente à primeira fosse concluída;
- b) *in meritis*, questiona a consolidação dos itens do levantamento;
- c) alega que deveria ter sido analisada a escrita contábil da empresa;
- d) requer a realização de perícia sobre as planilhas e livros fiscais da empresa.

O julgador singular decidiu pela Procedência do feito, com a aplicação da penalidade mais benéfica – art. 123, III, “b” da Lei 12.670/96, com nova redação dada pela Lei 13.418/03, cujos argumentos da defesa foram refutados nos seguintes termos:

- a) a Ordem de Serviço encontra-se mencionada nas Informações Complementares, comprovando que a mesma fora enviada ao contribuinte;
- b) não trata-se de repetição de fiscalização, mas sim de continuação, sendo necessária a expedição de um novo ato designatório, nos termos do art. 821, § 3º do RICMS;
- c) no que se refere à consolidação dos itens, a impugnante não traz provas de que o levantamento esteja comprometido;
- d) não cabe a análise da escrita contábil, posto que o método utilizado foi o levantamento de estoque;
- e) rejeita o pedido de perícia, haja vista a defendente não trazer documentação que justifique a realização da mesma.

A empresa inconformada recorreu da decisão de 1ª Instância, com base no seguinte:

- a) a ação fiscal e o julgamento não atentaram para o disposto no art. 112 do CTN;
- b) o Fisco deixou de observar a sua escrita contábil;
- c) alega a imprecisão e falta de clareza da acusação;
- d) argüi a preliminar de nulidade do auto por cerceamento do direito de defesa em virtude da falta de clareza, da falta de provas e da acusação ser baseada em presunções;
- e) alega que o quadro totalizador não individualiza todos os itens.

O Parecer da Consultoria Tributária opina pela **manutenção da decisão de Procedência** exarada pela 1ª Instância, ressaltando que:

- a) o art. 112 do CTN somente se aplica em caso de dúvida, o que não é o caso pois a acusação está clara e a norma perfeitamente aplicada ao caso concreto;
- b) a inobservância da escrita contábil decorre do fato de ter sido utilizado pela fiscalização o levantamento de estoque;
- c) a recorrente não apresenta qualquer contraprova concreta para rebater a acusação;
- d) a acusação não baseou-se em presunções, posto que originou-se das planilhas elaboradas a partir dos documentos do contribuinte.

A douta Procuradoria Geral do Estado adotou o citado parecer.

VOTO

A peça inicial do presente processo trata da omissão de saídas, embasada no SLE, cujo Relatório Totalizador Anual do Levantamento de Mercadorias indica o total de saídas sem nota fiscal, detectado através da diferença entre o Estoque Inicial + Entradas de Mercadorias e as Saídas de Mercadorias + Estoque Final, cujo valor a maior do total de entradas implica na venda de mercadorias sem qualquer documentação fiscal.

Inicialmente cumpre destacar que à época da infração – exercício 2001 – a empresa estava submetida ao regime da Substituição Tributária por Entradas, o qual veio a ser revogado pelo Decreto nº 26.738/02, passando à sistemática normal de tributação somente a partir de 01.11.2002.

O Comércio Atacadista de Vidros e Molduras (Vidraçaria), como sói acontecer com a autuada, é regido pelo art. 564/566 do RICMS, que determina ser o contribuinte responsável pela retenção e recolhimento do imposto substituição tributária incidente sobre toda e qualquer mercadoria que entre em seu estabelecimento. Senão vejamos:

“Art. 564 – Os estabelecimentos enquadrados nos CAES nºs 6017207, 6118186, 6023150 e 6124208 (vidros, molduras e artigos de vidros) ficam responsáveis pelo pagamento do ICMS devido nas operações subseqüentes, quando da entrada neste Estado, de qualquer mercadoria em operações interestaduais e de importação.

Parágrafo Único – O disposto neste artigo aplica-se também à operação interna quando as mercadorias recebidas pelos estabelecimentos mencionados no caput não tiverem sido oneradas pelo ICMS na forma prevista nesta Seção.”

Para efeito de cálculo do crédito tributário a autoridade fiscal aplicou somente a multa sobre o montante obtido a título de omissão, deixando de efetuar o lançamento do tributo, uma vez que devido ao regime de substituição tributária, quando da entrada de qualquer mercadoria com documento fiscal, o imposto respectivo já foi recolhido pelo contribuinte.

As razões esposadas no Recurso Voluntário não têm como ser acatadas, inicialmente por que, como bem frisa o consultor tributário, a recorrente não trouxe aos autos os elementos probatórios de sua pretensão quando questiona o levantamento fiscal.

Quando a recorrente deixa de apresentar a contraprova, deve prevalecer a afirmação da autoridade fiscal no que pertine ao cometimento do ilícito, uma vez que os seus atos, enquanto ente da Administração Pública, gozam de presunção de legitimidade.

O princípio da presunção de legitimidade ou da presunção de veracidade ou, ainda, da presunção de legalidade, segundo Maria Sílvia Zanella di Pietro “abrange dois aspectos: de um lado a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção de legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.”.

Trata-se, portanto, de presunção relativa (*juris tantum*) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é o de inverter o ônus da prova. Ante a ausência de elementos que possam contradizer a acusação fiscal, há de preponderar a afirmativa do agente fiscal no que tange ao cometimento do ilícito.

Urge ressaltar que os relatórios elaborados pelo autuante tomaram por base a documentação fornecida pelo próprio contribuinte, os quais são provas suficientes para embasar a autuação, posto que após o confronto entre o Estoque Inicial, acrescido das Entradas de Mercadorias, e as Saídas de Mercadorias juntamente com o Estoque Final, exsurge uma diferença relativa à saída de mercadorias sem o respectivo documento fiscal.

Pelo exposto, não há como ser acatada a preliminar de nulidade argüida pela recorrente.

No mérito da lide, cabe mencionar que a Nota Fiscal é o documento hábil para acobertar a circulação de mercadoria, haja vista que a nossa legislação tributária impõe a obrigatoriedade de sua emissão por ocasião de saída da mesma, com o fito de permitir o conhecimento e o controle deste tipo de operação. A mesma legislação é peremptória ao afirmar que o estabelecimento vendedor da mercadoria está obrigado a emitir o documento fiscal relativo à operação de saída. É o que determina o RICMS em seus arts. 227, I, 169, I e 174, I.

No que tange à tipificação constante da peça inaugural, há de ser efetuado o reenquadramento da penalidade, em virtude do abaixo exposto:

a) a penalidade do art. 878, III, "b" do Decreto 24.569/97 aplicada pelo autuante, na razão de 40% do valor da operação, possui redação idêntica a do art. 123, III, "b" da Lei 12.670/96;

b) referida lei teve sua redação alterada pela Lei 13.418, em 30.12.2003, que tipifica referido ilícito como sujeito à sanção de 30% do valor da operação, a qual foi sugerida pelo julgador singular;

c) em princípio esta seria a penalidade cabível à espécie, ocorre que a mesma lei em seu art. 126, após a alteração, passou a conter uma penalidade específica para as operações tributadas pelo regime de substituição tributária, cujo imposto já tenha sido recolhido;

d) considerando-se que na omissão de saídas com produtos sujeitos à substituição tributária, o imposto já foi devidamente recolhido, tanto assim o é que o autuante não lançou o referido tributo, entendo que há de ser aplicada a sanção constante do art. 126, equivalente a 10% do valor da operação;

e) citada sanção é mais benéfica para o contribuinte, portanto é a que deve prevalecer, em obediência ao princípio interpretativo insculpido no art. 106 do CTN - Código Tributário Nacional - que determina que ao contribuinte deve ser aplicada a norma mais favorável;

"Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

... omissis ...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

... omissis ...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática."

f) eis a lição do ilustre Luciano Amaro *in* Direito Tributário Brasileiro - 4ª edição, 1999 - Ed. Saraiva, pág. 212: "Deve-se atentar para o fato de que a interpretação benigna (art. 112), a exemplo da retroatividade benigna (art. 106, II), é aplicável em matéria de infrações e penalidades."

g) dessarte, em razão da legislação superveniente que trata das penalidades ser mais benéfica ao contribuinte, esta é que deve ser aplicada *in casu*.

"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."

Por fim, voto para que seja afastada a nulidade e se conheça do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento em parte, para que seja **reformada a decisão condenatória** exarada em 1ª Instância, para a **Parcial Procedência** do feito em virtude do reenquadramento da penalidade, em desacordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO

BASE DE CÁLCULO	R\$	23.180,68
MULTA (10% DO ICMS)	R\$	2.318,06
TOTAL	R\$	2.318,06

É o voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente WALTER MARINHO & CIA. LTDA. e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RESOLVEM os membros da 2ª Câmara de Conselho de Recursos Tributários por unanimidade de votos **rejeitar a preliminar** de nulidade argüida e, também, por unanimidade de votos conhecer do Recurso Voluntário e dar-lhe provimento em parte no sentido de **reformar** a decisão condenatória prolatada em 1ª Instância para a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal em virtude do reenquadramento da penalidade, nos termos do voto da Relatora e em desacordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

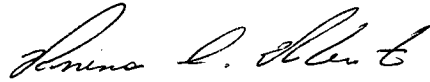
Sala das Sessões da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributário do Estado do Ceará, em 8 de junho de 2004.


OSVALDO JOSÉ REBOUÇAS
Presidente





ERIDAN REGIS DE FREITAS
Conselheira Relatora



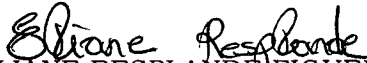
VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE
Conselheira



DULCIMEIRE PEREIRA GOMES
Conselheira



RODOLFO LICURGO T. DE OLIVEIRA
Conselheiro



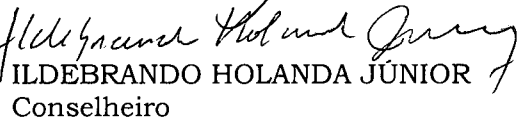
ELIANE RESPLANDE FIGUEIREDO DE SÁ
Conselheira



MARCELO REIS DE A. SANTOS FILHO
Conselheiro



REGINEUSA DE AGUIAR MIRANDA
Conselheira



ILDEBRANDO HOLANDA JÚNIOR
Conselheiro

UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE
Procurador do Estado