



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

RESOLUÇÃO Nº ~~387~~ 389/2009

2ª CÂMARA

SESSÃO DE 14/05/2009 – 98ª Sessão Ordinária

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/496/2006

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200521612

AUTUANTE: FRANCISCA HELENA PAIXÃO DE SOUZA – MAT.: 104.060-1-3

JUSCELINO FORTES N. RODRIGUES – MAT.: 104.067-1-4

RECORRENTE: DAMIÃO PAULINO BARBOSA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA

CONS. RELATOR: JOSÉ MOREIRA SOBRINHO

**EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDAS – PARCIAL PROCEDÊNCIA.** A Autoridade Fazendária, através de Levantamento da Conta Mercadoria detectou omissão de saídas, decorrente da falta de emissão de documento fiscal em operações com produtos sujeitos a tributação normal e a substituição tributária. Recurso Auto de infração julgado PARCIAL PROCEDENTE, por unanimidade de votos, afastando as preliminares suscitadas. Decisão com esteio nos arts. 127, I, 169, 174 e 827, § 8º, todos do Dec. nº 24.569/97. A penalidade para os produtos sujeitos ao regime de tributação normal está prevista no art. 123, III, “b” da Lei nº 12.670/96, e para os produtos sujeitos à substituição tributária, a penalidade está inserta no art. 126 da Lei nº 12.670/96, na sua redação originária (30 UFIRCE’s). Recurso Voluntário conhecido e parcialmente provido, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Unanimidade de votos.

## RELATÓRIO

O relato da infração em apreço acusa o contribuinte de omitir receitas, durante o exercício financeiro de 2003, apurada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil.

Indica como dispositivos legais infringidos os arts. 92, § 8º da Lei nº 12.670/96. Como penalidade sugere a inserta no art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Instruem o presente processo os seguintes documentos: Informações Complementares ao Auto de Infração, Portaria nº 0786/2005, Termo de Início de Fiscalização nº 2005.22240, Anexo ao Termo de Início nº 2005.22240, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2005.23903, Termo de Devolução de Documentação Fiscal, Cópia da CNH de Evanildo Luciano da Silva, Controle de Mercadorias em Trânsito, Consulta GIEF, Listagem de Entradas de outros Estados referente ao ano base 2003, Listagem de Saída para o Exterior referente ao ano base 2003, Registro de Apuração do ICMS e Resumo de Apuração do Imposto do ICMS, Conta Mercadoria referente ao ano base 2003, Declaração Anual Simplificada do Imposto de Renda referente ao ano calendário 2003, Demonstrativo do Resultado com Mercadorias, Demonstrativo de ICMS referente a entradas interestaduais sujeitas ao Regime de Substituição Tributária, Consulta do Auto de Infração nº 2005.21612, Termo de Juntada de Aviso de Recebimento referente ao envio do Auto de Infração nº 2005.21612, Cópia do Aviso de Recebimento referente ao envio do Auto de Infração nº 2005.21612 e demais anexos, todos acostados às fls. 03/63.

Não tendo sido apresentada Defesa Administrativa, lavrou-se o competente Termo de Revelia, às fls. 64.

A decisão do insigne Julgador Monocrático, às fls. 70/73, julgou procedente a acusação fiscal, sob o argumento de que por meio do levantamento fiscal operacionalizado pela Autoridade Fiscal e subsidiado pelo Custo das Mercadorias Vendidas e a Conta Mercadoria, constatou-se omissão de receita no valor de R\$ 3.890.422,31 (três milhões oitocentos e noventa mil quatrocentos e vinte e dois reais e trinta e um centavos).

Recurso Voluntário, e documentos acostados, às fls. 80/90, alega, em sede de preliminares, três nulidades que viciam a Ação Fiscal, a saber: 1. o impedimento da Autoridade Fazendária haja vista que agira sem fundamento legal, pois em face da revogação do § 3º do art. 821 do RICMS não é mais possível a continuidade da Ação Fiscal; 2. a incompetência das Autoridades Fiscais responsáveis pelos trabalhos de fiscalização, as quais por serem lotadas na Célula de Revisão Fiscal – CEREF não possuem competência para realizar a ação fiscal que resultou na

lavatura do AI nº 2005.21612. Segundo a Recorrente a CEREF carece de competência para a realização dos trabalhos de fiscalização em comento, haja vista que a Ação Fiscal não versava sobre nenhuma das hipóteses previstas no art. 38, do Decreto nº 26.600/02, o qual trata sobre a atividade de Revisão Fiscal, típica dessa Célula fazendária; 3. a Ordem de Serviço nº 2005.17430 não fora colacionada aos autos do presente processo, impossibilitando que o sujeito passivo pudesse exercer o controle de legalidade de tal ato administrativo, averiguando aspectos como competência da autoridade, período de fiscalização, os limites do ato designatório, dentre outros aspectos.

No mérito, alega a Recorrente que o levantamento da Conta Mercadoria que subsidia a acusação fiscal contém erros prejudiciais à sua eficiência no que se refere à comprovação do ilícito fiscal.

O método escolhido, segundo a Recorrente, não tem razoabilidade, haja vista que para calcular o valor das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, foi escolhido o valor das entradas interestaduais, tomando como base o imposto recolhido na fronteira e, em contrapartida, para calcular o valor das mercadorias isentas, a Autoridade Fiscal tomou como base as saídas devidamente registradas no livro de Apuração do ICMS, ou seja, ora a Autoridade Fiscal elegeu o critério da saída, ora elegeu o critério da entrada.

Segundo a Recorrente, o método mais razoável para provar a omissão de saída, seria a verificação da entrada das mercadorias registradas por documentação fiscal e, de acordo com os valores constantes nessa documentação, descobrir-se-ia o percentual de mercadorias isentas, de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e de mercadorias tributadas.

Ademais, alega a Recorrente que o levantamento conduzido pelas Autoridades Fiscais é falho, uma vez que no cálculo efetuado a fim de alcançar o percentual de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, considerou-se apenas a mercadoria oriunda de outras unidades da Federação, olvidando-se que as mercadorias poderiam ter sido adquiridas não só em outras praças, mas também no próprio comércio local.

Outra falha apontada pela Recorrente é o fato de que deveria ter sido considerado o valor do ICMS por antecipação, que é lançado como crédito de ICMS na contabilidade da empresa, o qual deveria ter sido deduzido do demonstrativo de resultado.

Por fim, a Recorrente, protesta contra o fato de não terem sido consideradas as receitas do Auto de Infração nº

2005.21689, o qual tinha como objeto a acusação de ausência de escrituração dessas notas fiscais no Livro de Registro de Saídas e no Livro de Registro de Apuração. No julgamento desse auto, segundo a Recorrente, restou comprovada a existência de 309 (trezentas e nove) notas fiscais que, a despeito da acusação fiscal, prestaram-se à cobrança do ICMS, portanto, deveriam ter sido consideradas durante o levantamento que subsidiou a lavratura do auto de infração em apreço.

Requer, ao final, que o processo seja encaminhado à Célula de Perícias e Diligências Fiscais, a fim de que possa ser refeito o Demonstrativo do Custo das Mercadorias Vendidas, bem como o cálculo do ICMS sobre omissões de receitas a recolher.

A Consultoria Tributária, em Parecer de nº 503/2007, apresentou o seu entendimento, que dormita às fls. 93/96, pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dando-lhe parcial provimento no sentido de reformar a decisão condenatória proferida em primeira Instância, para parcial procedência.

O respeitável Consultor Tributário entendeu pelo afastamento das preliminares suscitadas em virtude de o art. 88, § 2º da Lei nº 12.670/96 prevê a continuidade da Ação Fiscal e o ato designatório da ação fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração nº 2005. 21612, a saber, a Portaria nº 786/2005, sendo ato legislativo do Secretário da Fazenda, pode determinar ações fiscais, dentre as quais, as ações sujeitas a revisão fiscal.

No que atine a argüida nulidade referente ao fato de não estar a Ordem de Serviço nº 2005.17430 colacionada aos autos em epígrafe, o Consultor Tributário entende que tal nulidade deve também ser afastada haja vista que o ato designatório da ação fiscal em apreço é a Portaria nº 786/2005, e esta encontra-se devidamente colacionada ao processo.

No tocante ao mérito, o Consultor entende que o cálculo dos valores de ICMS por substituição tributária deve ser feito, porém dispensando o pedido de perícia da Recorrente, já que o próprio sugere, em seu Parecer, nova composição do débito.

O referido Parecer recebeu a chancela da Procuradoria Geral do Estado, que o adotou junto à fls. 97.

Eis o Relatório.

## VOTO DO RELATOR

Conforme mencionado anteriormente, o presente processo tem como objeto a acusação de omissão de receita identificada através de levantamento financeiro econômico fiscal, durante o exercício financeiro de 2003.

Preliminarmente, analisa-se algumas questões importantes ao julgamento do Recurso Voluntário. A primeira delas, é sobre a inexistência da Ordem de Serviço nº 2005.17430.

Segundo a Recorrente, a Ação Fiscal em epígrafe nada mais é senão continuação dos trabalhos designados por meio da Ordem de Serviço nº 2005.17430 e, uma vez que tal ordem não fora colacionada a este processo, impedira que o Autuado exercesse sobre a mesma, o devido controle de legalidade, ensejando assim a nulidade da Ação Fiscal.

Este Conselho, por duas vezes, converteu o curso do processo em foco em diligência (fls. 100/101 e 115/116) para obtenção de cópia da alegada Ordem de Serviço nº 2005.17430.

No primeiro dos despachos, o qual data do dia 20 de setembro de 2007, solicitou-se "Cópias dos Atos Designatórios que propiciaram a Ação Fiscal de Repetição e também da presente Ação de Continuidade de Fiscalização;", ao que foi respondido a este Conselho com a Cópia da Portaria nº 529/2005, Consultas de Atos Designatórios Referentes aos Atos nºs 2005.17430 e 2005.26792, Cópia do Auto de Infração nº 2005.21689, o qual tem como ato designatório a Portaria nº 786/2005, as Informações Complementares ao supracitado auto de infração e outros Atos Designatórios Referentes aos Atos nº 2003.20231 e 2004.02585.

Por acreditar-se que as informações trazidas ao processo estavam incompletas, converteu-se o curso deste, uma vez mais, em diligência, desta feita solicitando expressamente que fossem anexados a estes autos as Ordens de Serviços nºs 2005.17430 e 2005.26792 vinculadas respectivamente as Portarias nºs 529/2005 e 786/2005, o que fora feito no seguinte verbo:

*"1) Trazer aos autos as cópias das Ordens de Serviço nº 2005.17430 e 2005.26792 vinculadas às Portarias nº 0529/2005 e 0786/2005, respectivamente.*

*2) Anexar, também, aos autos, as Ordens de Serviço nºs 2003.20231 e 2004.02585 expedidas pela Núcleo de Execução que deram origem às primeiras Ações Fiscais, que foram mencionadas pela nobre perita no item "c" da diligência de fls. 102."*

Em resposta à diligência designada, foram colacionados às fls. 117 a 130 destes autos, os seguintes documentos: Respostas da Célula de Perícias e Diligências (CEPED), Comunicação Interna nº 11/2008 enviada à Célula de Revisão Fiscal (CEREF) pela CEPED, Informação Fiscal prestada pelo Orientador da CEREF, Instrução Normativa nº 09/1998, Decreto nº 26.600/2002, Ordens de Serviço nº s 2003.20231 e 2004.02585.

A Informação Fiscal assinada pelo Sr. Orientador da Célula de Revisão Fiscal (CEREF), que esteve na supervisão da Ação Fiscal em apreço, esclarece que as alegadas ordens de serviço nºs 2005.17430 e 2005.26792, as quais estariam vinculadas, respectivamente, as Portarias nºs 529/2005 e 786/2005 não existem.

O Orientador da CEREF assim discorre sobre o primeiro dos quesitos:

*"Conforme já dito anteriormente portaria de repetição é competência exclusiva do senhor Secretário da Fazenda, cabe somente ao Secretário, por ato de império, determinar a realização de repetição. Ele determina a repetição e não comanda ao orientador que este emita ordem de serviço. A leitura da portaria é clara: "resolve designar Fulano de tal sob a supervisão de sicrano para, junto a empresa tal repetir a fiscalização ...", é taxativo. Despiciendo ato infra-portaria posto que não existe sub-ato designatório, nem ato designatório de ato designatório, tampouco expressa previsão legal para tanto. De mais a mais, falece competência ao orientador da CEREF – por não legitimado no art. 821, §5º, I - emitir ordem de serviço. É Ato administrativo plenamente vinculado. É ato de império do senhor Secretário. Noutra dizer, di-lo suficientemente capaz. Observa-se, ainda, que nas ordens de serviços exaradas o texto inicial se firma em "O Coordenador de Administração Tributária ou o Orientador de Célula de Execução ou ainda o Supervisor de Auditoria Fiscal (conforme o caso) no uso de suas atribuições legais resolve designar fulano de tal para executar auditoria fiscal ...." cujo ato de império é exprimido pelo comando dado por aquelas autoridades. A desdúvida, que na Portaria de Repetição diferencia-se posto tal expressão de ato de império ser firmada pela elevada autoridade fazendária (Secretário da Fazenda) não condicionando esse comando a uma determinação posterior de delegação a coordenador, orientador ou supervisor para a edição de outro ato objetivando execução do requerido na portaria. As redações são claras e divergentes, quanto à autoridade designante, no teor de ambos atos designatórios."*

Arremata, o Orientador, sua exposição sobre a requisição que lhe foi dirigida nos seguintes termos:

*"Portanto, diante do que aqui foi dito não há tais ordens de serviços. Nunca foram emitidas por absoluta imprevisão legal e desnecessidade."*

Ante a exposição feita pelo Orientador da CEREF e os documentos acostados a esse processo verifica-se que o Auto

de Infração nº 2005.21612 tem como ato designatório a Portaria nº 786/2005 (fls. 07), a qual designa auditores para "dar continuidade ao Projeto AUDITORIA FISCAL relativa ao período 01/01/2001 a 31/12/2003, designada através de Ordem de Serviço nº 200517432 de 08/08/2005 (...)".

Consulta de Ato Designatório nº 2005.17430, às fls. 104, no Controle de Ação Fiscal da Secretária da Fazenda do Estado do Ceará informa que esta se trata da Portaria nº 0529/2005, que por sua vez repousa às fls. 103, trazendo em seu bojo o seguinte comando: "I - Repetir a fiscalização AUDITORIA FISCAL, referente (...) e 01/01/2002 a 31/12/2003 de que trata a Ordem de Serviço nº 2004.02585". A referida ordem, por sua vez, está colacionada às fls 130.

Estando colacionado aos autos todos os atos designatórios importantes ao controle de legalidade que deseja a Recorrente, afasta-se a nulidade argüida sobre a inexistência da Ordem de Serviço nº 2005.17430, uma vez que esta, ao lado de todos os demais atos designatórios, encontra-se devidamente colacionada (fls. 103).

Em um segundo momento, analisa-se a argüição de nulidade que tem como cerne a ilegalidade da continuidade da Ação Fiscal uma vez que o art. 821, § 3º que previa tal prática fiscal fora revogado pelo Decreto nº 27.763/2005.

Efetivamente, o Decreto nº 27.763 de 14 de abril de 2005, "considerando a necessidade de regulamentar o prazo da ação fiscal determinado nos §§ 1º e 2º da Lei nº 12.670" estabeleceu nova redação para o art. 821, §2º do Decreto nº24.569/97, de modo que doravante os prazos para a conclusão dos trabalhos de fiscalização serão definidos mediante ato do Secretário da Fazenda, e revogou, ainda, o §3º do referido canon legal.

Frise-se, contudo, que a despeito de ter sido revogado o § 3º do Decreto nº 24.569/97 por meio do Decreto nº 27.763/2005. Nada foi alterado na Lei nº 12.670/96, de modo que o instituto da continuidade da ação fiscal não foi absolutamente banido da legislação cearense, uma vez que o art. 88, §2º do diploma legal tem a seguinte redação:

**Art. 88.** (...)

*§2º. Esgotado o prazo previsto no § 1º deste artigo, sem que o sujeito passivo seja cientificado da conclusão dos trabalhos, poderá ser emitido novo ato designatório para a continuidade da ação fiscal.*

Não há, portanto, ilegalidade na ordem do Secretário da Fazenda do Estado do Ceará contida na Portaria nº 786/2005 a qual designa continuação da repetição fiscal (Portaria nº 529/2005 -

Ordem de Serviço nº 200517430 a que se refere a Portaria nº 786/2005) da Auditoria Fiscal ordenada pelo Orientador da Célula de Execução, através da Ordem de Serviço nº 2004.02585, e fora realizada nos termos do art. 819, *caput*, do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

**Art. 819.** *Mediante ato do Secretário da Fazenda, quaisquer diligências de fiscalização poderão ser repetidas, em relação a um mesmo fato e período de tempo simultâneos, enquanto não atingido pela decadência o direito de lançar o crédito.*

Ademais, entende-se que a despeito de conter no texto da Portaria nº 786/2005 a expressão "dar continuidade a ação fiscal", o referido ato versa sobre repetição da Auditoria Fiscal de que trata a Ordem de Serviço nº 2004.02585 (vide fls. 103/104), haja vista que cuida do mesmo projeto de fiscalização sobre mesmo período.

A Portaria nº 529/2005 que designou repetição da Auditoria Fiscal de que trata a Ordem de Serviço nº 2004.02585 ensejou o início de uma repetição de fiscalização, o qual fora documentado através do Termo de Início de Fiscalização nº 2005.14476. Entretanto, a repetição da Auditoria Fiscal não pode ser concluída em virtude do decurso do prazo de 90 (noventa) dias, operando, portanto a caducidade daquela ordem.

A realização da repetição designada por aquele ato só poderia ser operacionalizada mediante emissão de novo ato designatório, a saber, a Portaria nº 786/2005, emitida aos 22 (vinte e dois) de novembro de 2005, a qual, a despeito de conter o malferido vocábulo "continuidade", em verdade trata de repetição, de modo que ensejou consoante aos ditames legais do art. 819, *caput*, Dec. 24.569/97, *supra*, a repetição fiscal que teve início mediante emissão do Termo de Início de Fiscalização nº 2005.22240.

Não obstante o erro, não houve prejuízo para o contribuinte, haja vista que se trata de um erro sobre coisa, o qual não tem o condão de anular o ato que por ele é maculado, uma vez que em virtude do princípio da instrumentalidade das formas, sempre que um ato seja praticado em desconformidade com o modelo legal e desde que alcance a finalidade para qual fora criado é plenamente válido, é o que determina o art. 244, do Código de Processo Civil:

**Art. 244.** *Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

Assim sendo, afasta-se a nulidade suscitada pela Recorrente e por fim, analisa-se aquela que figura como a última das irregularidades argüidas pela Recorrente, a saber, a incompetência das



autoridades fiscais que procederam a lavratura do Auto de Infração nº 2005.21612, uma vez que estes, à época do ato, eram lotados na Célula de Revisão Fiscal - CEREF.

A priori, é importante destacar que o art. 38, V, do Decreto nº 26.600/02 estabelece que a revisão fiscal é matéria de competência da CEREF:

**Art. 38.** A atividade de Revisão Fiscal compreende as seguintes atribuições:

V – executar as ações fiscais sujeitas à revisão fiscal;

Ademais, é importante elucidar que as revisões fiscais no âmbito da legislação tributária cearense podem ser operacionalizadas pela via da repetição ou pela via da reconstituição de crédito julgado nulo ou extinto, é o que esclarece o Orientador da CEREF, às fls. 124:

*"As revisões de ações fiscais no âmbito da legislação tributária estadual se operam de duas formas, a saber: pela via de repetição do projeto e mesmo período (art. 819, caput, do Dec. 24.569/97) – que necessita de portaria de repetição do Secretário da pasta fazendária, podendo resultar em novos lançamentos ou não – e por reconstituição do crédito tributário julgado nulo ou extinto na forma do art. §4º do artigo suso mencionado e o disposto na IN 09/08. Nessa hipótese, o ato designatório reveste-se de Ordem de Serviço."*

Sendo a Portaria nº 786/2005, conforme supra esclarecido e consoante o entendimento do Orientador da CEREF, às fls. 125, um ato designatório de repetição de Auditoria Fiscal versa, portanto, em última instância sobre repetição fiscal, logo, sua realização está inserida na competência da CEREF.

*"(...)*

*Em face da não conclusão dos trabalhos de fiscalização no prazo estabelecido de 90 dias no termo de início (2005.14476) da primeira portaria (termo esse em poder do contribuinte quando do início da ação fiscal), operou-se a caducidade daquele ato designatório necessitando da expedição de nova portaria de repetição. E assim foi feito. Eis que a portaria de nº. 786/05 com novo termo de início (2005.22240).*

*A portaria 786/05 se constitui em nova portaria de repetição posto que no ato seguiram-se a mesma autoridade designante, o tipo de ação fiscal (auditoria fiscal), períodos iguais conforme comanda o caput do art. 819 do regulamento do imposto e, ainda, a resolução 140/01, anteriormente citada, com todo encadeamento legal de repetição sendo observado. O erro de digitação em sua confecção trazendo vocábulos pertinentes a*

*dispositivos já revogados (§3º do art. 821) – continuidade de ação fiscal – não retira o caráter de repetição da portaria razão de que nada o contribuinte fora prejudicado no iter da ação fiscal. Traduz-se em erro de coisa (aberratio rei) e não erro de direito. Inexistiram animus autendi (abuso) e animus dolandi (dolo). No caso em espécie a que se observar o princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC), de forma supletiva ao processo administrativo tributário, que em apertada síntese informa considerar-se válidos os atos que, apesar de praticados em desconformidade com o modelo legal, alcançaram a finalidade para qual foram criados.*

*Portanto, as portarias acima aludidas são de repetição das ordens de serviços primários de nºs 2003.20231 e 2004.02585."*

Afasta-se, desse modo, a última das nulidades argüidas.

O representante legal da Recorrente abdicou do pedido de perícia formulado em sede de Recurso Voluntário, passando-se doravante à análise do mérito.

Documentos acostados ao presente processo que subsidiaram a realização de levantamento fiscal demonstram efetivamente que o montante da receita líquida de vendas da Recorrente, durante o exercício de 2003, é inferior ao custo das mercadorias vendidas, fato que nos termos do art. 92, §8º, IV, da Lei nº 12.670/96 é reputado como omissão de receita.

**Art. 92.** *O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil, em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação de mercadorias e outros elementos informativos.*

§8º. *Caracteriza-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos:*

*IV – montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos ao custo das mercadorias vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado;*

Contudo, segundo o nobre Consultor Tributário, os cálculos dos valores de ICMS Substituição Tributária devem ser refeitos. Um método mais coerente com a infração descrita é utilizar as saídas registradas no Livro Registro de Apuração dos ICMS, nos campos "valores contábeis" e "operações sem débito do imposto" no sub-campo "outras".

Assim, a nova composição passa a ser:

- a) Valor contábil (L. R. Apuração): R\$ 8.275.878,10
- b) Outras (L. R. Apuração).....: R\$ 4.259.084,30
- c) Percentual apurado (b/a).....: 51,46%

Desta forma, **tem-se que os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária correspondem a 51,46% do total, enquanto os produtos sujeitos ao regime de tributação normal correspondem a 48,54%.**

Com relação aos produtos sujeitos ao regime de tributação normal acata-se a penalidade sugerida pela Autoridade Fiscal, qual seja a inserta no art. 123, III, "b" da Lei nº 12.670/96:

**Art. 123.** *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 e à escrituração:*

*b) deixar de emitir documento fiscal: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação;*

No que refere aos produtos sujeitos à substituição tributária, aplica-se a penalidade inserta no art. 126 da Lei nº 12.670/96, em sua redação original, abaixo *in verbis*, uma vez que tendo o fato gerador ocorrido em 2003, a legislação que aplica-se a tal fato é a vigente naquele ano, face ao estabelecido no art. 105 do Código Tributário Nacional.

**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.*

**Art. 105.** *A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do art. 116.*

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dando-lhe parcial provimento, para reformar a decisão condenatória proferida em sede de julgamento de 1ª Instância, de acordo com o Parecer do representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

É o meu VOTO.

## DEMONSTRAÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO

### produtos sujeitos ao regime de tributação normal

Percentual de produtos sujeitos ao regime de tributação normal: 48,54%  
Base de cálculo R\$ 3.890.422,34 \* 48,54% .....: R\$ 1.888.411,00  
Omissão de ICMS (alíquota de 17%).....: R\$ 321.029,87  
Multa (art. 123, III, "b" da Lei nº 12.670/96 (30%)).....: R\$ 566.523,30  
**SUB-TOTAL .....: R\$ 887.553,17**

### produtos sujeitos ao regime de substituição tributária

Percentual de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária: 51,46%  
Base de cálculo R\$ 3.890.422,34 \* 51,46% .....: R\$ 2.002.011,33  
Multa (art. 126 da Lei nº 12.670/96 – redação originária) ...: 30 UFIRCE's  
**SUB-TOTAL .....: 30 UFIRCE's**


**TOTAL .....: R\$ 887.553,17 + 30 UFIRCE's**

## DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **DAMIÃO PAULINO BARBOSA** e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

**RESOLVEM**, os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade suscitada pela parte, sob a alegação de impedimento do agente atuante em razão da revogação do §3º do art. 821 do Decreto nº 24.569/97, que permitia a continuidade da ação fiscal. Referida nulidade foi afastada por força do art. 1º da Lei nº 13.537/04, que alterou a Lei nº 12.678/96, e do entendimento de que a Célula de Revisão Fiscal tem competência para executar ações fiscais de repetição. O representante legal da recorrente abdicou do pedido da perícia constante dos autos, razão pela qual deixou de ser apreciado. **No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolver dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para reformar em parte a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar **parcialmente procedente** a acusação fiscal, aplicando aos produtos sujeitos ao regime de tributação normal – alíquota de 17% - a penalidade prevista pelo art. 123, III, "b" da Lei nº 12.670/96 e aplicando aos produtos sujeitos à substituição tributária a penalidade do art. 126 da Lei nº 12.670/96, na sua redação originária (30 UFIRCE's), tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com manifestação do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificada oralmente em sessão, e reduzida a termo nos autos. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Pedro Eleutério Albuquerque.

**SALA DE SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, 15 de junho de 2009.

  
José Wilame Falcão de Souza  
PRESIDENTE

  
Francisca Marta de Sousa  
CONSELHEIRA


  
Marcos Antônio Brasil  
CONSELHEIRO


  
Sandra Maria Tavares Menezes de Castro  
CONSELHEIRA

  
José Moreira Sobrinho  
CONSELHEIRO RELATOR

  
Silyana Carvalho Lima Petelinkar  
CONSELHEIRA

  
Sebastião Almeida Araújo  
CONSELHEIRO

  
Ana Maria Martins Timbó Holanda  
CONSELHEIRA

  
Pedro Eleutério Albuquerque  
CONSELHEIRO

  
Ubiratan Ferreira de Andrade  
PROCURADOR DO ESTADO