

ACORDÃO Nº:	104/2018
PROCESSO Nº:	2013/6040/502860
REEXAME NECESSARIO Nº:	3.797
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2013/002012
INTERESSADO:	TOCANTINS COM. E DIST. DE EQUIPAMENTOS DE SEG. LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.402.254-8
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

MULTA FORMAL. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NO LIVRO PRÓPRIO. PROCEDENTE – É procedente a reclamação tributária quando ficar provado nos autos, que houve descumprimento de obrigação de escrituração das notas fiscais de entradas, disposto no inciso II do Art. 44 da Lei 1.287/2001.

ICMS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. IMPRECISÃO E FALTA DE CLAREZA NA ELABORAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária que não possui clareza e precisão no seu lançamento conforme art. 35, inciso I, alínea “c”, caracterizando cerceamento a defesa, disposto inciso II do Art. 28 todos da Lei 1.287/2001.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário através do Auto de Infração nº 2012/002012, contra o contribuinte acima qualificado na peça inaugural: multas formais por falta de escrituração de aquisições de mercadorias e ICMS originário da presunção de omissão de saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais pela falta de registro de aquisições de mercadorias nos livros fiscais próprios nos exercícios de 2011 e 2012 totalizando o valor de R\$ 380.477,50, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/04 e 443/444).

Foram anexados ao presente processo os Levantamentos fiscais, DANFES, Registros de Entradas e Relatórios de nota fiscal eletrônica autorizada (fls. 05/374).



Contencioso Administrativo-Tributário

O sujeito passivo foi intimado por via postal e apresentou tempestivamente impugnação acompanhada de documentos arguindo falta de clareza na descrição da infração 7, com fundamento na alínea “c”, do inciso I, do art. 35, da Lei 1.288/01 e em suas razões de mérito alega que as notas fiscais relacionadas nos levantamentos fiscais estão devidamente registradas nos livros fiscais e com a comprovação; que existem notas fiscais do exercício de 2012 que foram escrituradas em 2013, conforme comprova o SPED e ao final pede a improcedência do auto de infração e o processo foi remetido para julgamento (fls. 379/402).

Por sua vez o julgador por meio de despacho devolveu o processo para saneamento, juntada de notas fiscais de 2011 e manifestação sobre a impugnação (fls. 403/405).

O processo foi renumerado da página 87 a 405 e lavrado termo de renumeração (fls. 406).

A autora do lançamento aditou o auto de infração alterando os campos 6.15, 7.15, 6.10, 7.10, 4.1, 4.8, 4.11, 6.1, 6.8, 6.10, 6.11, 5.1, 5.8, 5.11, 7.1, 6.8, 7.10, 7.11; refez os levantamentos fiscais e informa que as notas fiscais de 2011 não podem ser anexadas e apresenta os respectivos DANFES (fls. 407/432).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e não compareceu ao feito, sendo lavrado termo de inoportunidade de manifestação e o processo foi remetido para julgamento (fls. 433/439).

Novamente o julgador por meio de despacho devolveu o processo para saneamento quanto à natureza das aquisições, sendo que a penalidade sugerida nos campos 4.15 e 5.15 se aplicam nas aquisições de mercadorias e que existem notas fiscais que não são de aquisições (fls. 440/442).

A autora do lançamento aditou o auto de infração alterando os campos 4.1, 4.8, 4.11, 5.1, 5.8, 5.11, 6.1, 6.8, 6.11, 7.1 e 7.8, refez os levantamentos fiscais, juntando DANFES e BIC (fls. 443/615).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e apresentou contestação acompanhada de documentos arguindo preliminar de nulidade do auto de infração por conter erros que coloca em xeque o requisito da certeza e veracidade e por ausência de descrição clara da infração, indicação do dispositivo legal infringido e a penalidade aplicável e em suas razões de mérito alega que a hipótese de presunção não se encontra prevista na Lei Kandir; que possui escrituração contábil regular e que vai de encontro a presunção utilizada pela autora do lançamento; que não possui indícios de insuficiência de caixa e que isso não foi analisado e que a falta de registro de notas fiscais por si só não caracteriza a omissão de receita; que a presunção do fato gerador do ICMS só pode ocorrer quando provado a entrada de mercadoria sem a devida escrituração das notas fiscais que a originaram e neste



Contencioso Administrativo-Tributário

caso as notas se encontram registradas; que as multas formais foram quitadas, conforme comprova o DARE; que as notas fiscais registradas foram relacionadas no termo de aditamento; que nos levantamentos existem notas fiscais para uso e consumo (5.602.031, 9683, 5324 e 1249) e devem ser excluídas por não ocorrer o fato imponible; que também foi considerada a nota fiscal 1197 referente a sistema de informática que também deve ser excluída por inoportunidade do fato gerador e que estas devem ser excluídas e ao final pede pela improcedência do auto de infração e o processo foi remetido para julgamento (fls. 616/782).

Novamente o julgador por meio de despacho devolveu o processo para saneamento dos campos 6.1, 7.1, 6.13, 7.13, manifestação quanto a impugnação fls. 619/781, sobre o documento 779/780 e revisão dos levantamentos fiscais (fls. 783/785).

A autora do lançamento se manifestou, aditou o auto de infração alterando os campos 6.13 e 7.13 e o sujeito passivo foi intimado por via postal e por meio de edital e não compareceu ao feito, sendo lavrado o termo de inoportunidade de manifestação e o processo remetido para julgamento (fls. 786/794).

A Julgadora de primeira instancia relata que todos os requisitos mínimos e necessários a serem observados na lavratura do auto de infração estão previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/11; que a impugnação ao auto de infração é tempestiva e foi apresentada, nos termos do *caput* do art. 20 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11 e os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.598/12; que a autuante identificada no campo 8 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário; que estão extintos pelo pagamento, nos termos do inciso I, do art. 156 do CTN os créditos tributários dos campos 4.11 (R\$ 63.438,67) e 5.11 (R\$ 124.916,54), conforme comprovante de pagamento (fls. 779), sendo assim, estão em discussão somente os campos 6 e 7.

A lide é referente à exigência de ICMS originário da presunção de omissão de saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais pela falta de registro de aquisições de mercadorias nos livros fiscais próprios nos exercícios de 2011 e 2012 totalizando o valor de R\$ 192.122,29, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/04 e 443/444) e as pretensões fiscais descritas nos campos 6 e 7 estão tipificadas no inciso II do art. 44, art. 46, ambos da Lei nº 1.287/01 c/c alínea “d”, do inciso I, do art. 21, da Lei 1.287/01 e a penalidade sugerida nos campos 6.15 e 7.15 é a prevista na alínea “a”, do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.253/09, conforme termos de aditamento ao auto de infração (fls. 407/408 e 786/787); que o sujeito passivo em contestação ao termo de aditamento (fls. 443/444) arguiu preliminar de nulidade do presente auto de infração por conter erros que coloca em xeque o requisito da certeza e veracidade e por ausência de descrição clara da infração, indicação do dispositivo legal infringido e a penalidade aplicável, no entanto chamada a autora do



Contencioso Administrativo-Tributário

lançamento para revisão e saneamento, esta compareceu ao feito e apresentou novo aditamento ao auto de infração (fls. 786/787) alterando a tipificação das infrações indicadas nos campos 6.13 e 7.13 e intimado o sujeito passivo, este não compareceu ao feito para se manifestar, desta forma deixou de analisa-las.

Verificou que as intimações (fls. 789/791 e 792) feitas por via postal e por meio de edital ao sujeito passivo para contestar o termo de aditamento (fls. 786/787) estão eivadas de vícios de nulidade, tendo em vista que os valores originários do auto de infração que foram alterados por meio do aditamento (fls. 443/444) são respectivamente R\$ 63.438,67, R\$ 124.916,54, R\$ 64.707,43 e R\$ 127.414,86. Outro ato nulo é que o órgão preparador continua intimando o sujeito passivo das multas formais (campos 4 e 5) que estão quitadas e extintas pelo pagamento, nos termos do inciso I, do art. 156 do CTN, conforme comprovante de pagamento (fls. 779), devendo estas serem desconsideradas; que mesmo estando às intimações eivadas de vícios de nulidades, diante do aditamento feito (786/787) surgem novos fatos que não podem ser desconsiderados e não trarão prejuízos ao contribuinte; que o despacho dessa instância julgadora (fls. 783/784) recomendou que a autora do lançamento descrevesse com clareza e precisão os ilícitos fiscais dos campos 6.1 e 7.1 do termo de aditamento (fls. 443/444) e, no entanto a autora do lançamento em nova oportunidade preferiu alterar somente a tipificação das infrações indicadas nos campos 6.13 e 7.13, conforme termo de aditamento (fls. 786/787). Desta forma entendeu que os ilícitos fiscais não estão descritos com clareza e precisão e tão pouco definem quais os ilícitos fiscais cometidos, vejamos:

Campo 6.1 do termo de aditamento (fls. 443/444): “Deverá recolher ao tesouro do estado a importância de R\$ 64.7070,63, à título presunção de omissão de saída, cobrança de ICMS...”

Campo 7.1 do termo de aditamento (fls. 443/444): “Deverá recolher ao tesouro do estado a importância de R\$127.414,86, a título de omissão de saída, cobrança de ICMS...”

Sendo assim, é evidente que tal ato contraria a disposição prevista na alínea “c”, do inciso I, do art. 35, da Lei nº 1.288/01, além disso, a autora do lançamento no aditamento ao auto de infração (fls. 786/787) alterou a tipificação das infrações dos campos 6.13 e 7.13 para: “inciso II, do art. 44, art. 46 c/c alínea “d”, do inciso I, do art. 21, todos da Lei nº 1.287/01:

Primeiro: o art. 46 da Lei nº 1.287/01 apenas define o que constitui infração e não é infracional, da sua leitura não se depreende a definição do ato infracional.

Segundo: o art. 21 da Lei nº 1.287/01 também não é infracional, se refere a um permissivo legal que apenas autoriza/permite que naquelas hipóteses nele descritas possa ser exigido o imposto decorrente da presunção da ocorrência do fato gerador, não está a definir ato ilícito.



Terceiro: os exercícios fiscalizados e autuados são 2011 e 2012 e conforme dispõe o art. 144 do CTN: “*O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada*”. Desta forma a tipificação da infração deve ser o dispositivo legal vigente a época da ocorrência do fato gerador, sendo assim, a tipificação indicada no campo 7.13 ao indicar o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, indicou dispositivo legal não vigente para fatos geradores ocorridos em 2012.

Não bastando somente isso, observou que quando o contribuinte não registra as aquisições de mercadorias consignadas em notas fiscais e comprovadas por meio dos documentos auxiliares das notas fiscais, verifica-se a presunção *juris tantum* de omissão de saída de mercadorias sem o pagamento do imposto correspondente, prevista na alínea “d”, do inciso I, do art. 21, da Lei nº 1.287/01, nos induzindo à aplicação da presunção legal de que as mercadorias constantes das mesmas foram pagas com receita de origem não comprovada, o que nos leva a deduzir que o numerário utilizado para o pagamento das referidas notas fiscais adveio de vendas omitidas, caracterizando desta forma uma evidente afronta aos artigos 44, III e 41, ambos da Lei nº 1.287/01 c/c artigos 127, incisos I a III e 142, inciso I, ambos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.912/06 e que houve erro na determinação da infração.

Desta forma, concluiu que a falta de clareza e precisão na descrição dos ilícitos fiscais, o erro na determinação das infrações, na medida em que nenhum dos dispositivos legais indicados nos campos 6.13 e 7.13 do termo de aditamento ao auto de infração (fls. 786/787) tipificam corretamente os ilícitos fiscais e considerando que os referidos termos de aditamento estão eivados de vícios que comprometem a validade do auto de infração diante das alterações efetuadas e que a legislação assegura ao contribuinte, expressamente, o direito a ampla defesa, concluiu que está também caracterizado o cerceamento de defesa.

Por outro lado, o erro na determinação da infração e o cerceamento de defesa são motivos ensejadores para nulidade, assim como previsto nos incisos II e IV, ambos do art. 28, da Lei nº 1.288/01:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

II – com cerceamento de defesa;

IV – com erro na determinação da infração. (Redação dada pela Lei 3.018 de 30.09.15).

Sendo assim, estando caracterizado o cerceamento de defesa e que houve erro na determinação das infrações descritas nos campos 6 e 7, diante da rigorosa previsão contida na Lei nº 1.288/01, não resta alternativa e com isto,



Contencioso Administrativo-Tributário

declarou nulo o auto de infração às fls. 02/04, conforme disposto no artigo 28 da Lei nº 1.288/01.

No entanto, se faz necessário ressaltar que apesar do equívoco cometido no lançamento de ofício dos campos 6 e 7, o qual determinou o comprometimento do feito fiscal, a decisão de nulidade não decide em definitivo em favor do sujeito passivo, resultando apenas absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida por meio do auto de infração, cuja consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que se proceda à lavratura de novo auto de infração para cobrança dos referidos créditos tributários, na forma como determina o art. 35 da Lei nº 1.288/01.

Em virtude da nulidade dos campos 6 e 7 do presente auto de infração não será analisado o mérito deste contencioso.

Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, deu-lhe provimento e julgou NULO sem análise de mérito os campos 6 e 7 do auto de infração nº 2013/002012 nos valores de:

1. R\$ 64.707,43 (sessenta e quatro mil setecentos e sete reais e quarenta e três centavos), referente ao campo 4.11 do termo de aditamento ao auto de infração (fls. 443/444);

2. R\$ 127.414,86 (cento e vinte e sete mil quatrocentos e catorze reais e oitenta e seis centavos), referente ao campo 5.11 do termo de aditamento ao auto de infração (fls. 443/444);

Notifique-se o sujeito passivo.

Submeteu a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos da alínea “f”, do inciso IV, do art. 56, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11 e parágrafo único do art. 58, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15).

Em parecer da Representação Fazendária, fls. 707 a 709, faz breve relato e reproduz parte da sentença da julgadora de 1º instância e pede a CONFIRMAÇÃO da sentença de 1º instância.

É o relatório.

VOTO

O auto de infração refere-se a cobrança de multas formais por falta de escrituração de aquisições de mercadorias e ICMS originário da presunção de omissão de saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais, pela falta de



Contencioso Administrativo-Tributário

registro de aquisições de mercadorias nos livros fiscais próprios nos exercícios de 2011 e 2012, item 4.1 multa formal no valor de R\$ 63.438,67 (sessenta e três mil quatrocentos e trinta e oito reais e sessenta e sete centavos) item 5.1 multa formal no valor de R\$ 124.916,54 (cento e vinte quatro mil novecentos e dezesseis reais e cinquenta e quatro centavos) item 6.1, ICMS no valor de R\$ 64.707,43 (sessenta e quatro mil setecentos e sete reais e quarenta e três centavos) e item 7.1 ICMS no valor de R\$ 127.414,86 (cento e vinte sete mil quatrocentos e quatorze reais e oitenta e seis centavos) totalizando o valor de R\$ 380.477,50, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 443/444).

As infrações e a penalidades estão adequadas ao contextos descrito já que se trata de descumprimento de obrigação acessória e presunção de ocorrência de fato gerador.

A pretensão fiscal encontra respaldo no art. 44, inciso II, da Lei nº 1.287/01, tipificados nos campos 4.11 e 5.11 e art. 44, inciso II c/c art. 21, inciso I, alínea “d” todos da Lei nº 1.287/01.

A penalidade proposta é a prevista no art. 50, inciso IV alínea “c” para multa formal e art. 48 inciso III alínea “a” para a cobrança do ICMS, todos da Lei nº 1.287/01, sugerida no auto de infração.

A legitimidade do lançamento em parte contido nos campos 4.1 e 5.1 que ficou demonstrado a falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias, com implicações a imposição de multa formal, por descumprimento de obrigação acessória, as quais se encontram elencadas no Art. 44, inciso II, da Lei 1.287/01.

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável: II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;

Está presente no auto de infração todos os requisitos e pressupostos necessários à sua formalização e todas as provas necessárias para materializar o cometimento das infrações descritas nos campos 4.1 e 5.1 do auto de infração.

A recorrente apresenta provas que extinguem o lançamento do crédito tributário pelo pagamento com benefício da lei do REFIS nº 2.920/14, referente aos itens 4.1 e 5.1, trazendo aos autos DARES e comprovantes de pagamentos, fls. 779 e 780.

Em relação aos itens 6.1 e 7.1, ao analisar o conteúdo processual, constata-se que as diversas tentativas para sanear o processo solicitada pela Nobre Julgadora, a autuante não obteve êxito ao elaborar os termos de aditamentos, mantendo-se a falta de clareza e imprecisão no auto de infração.



Contencioso Administrativo-Tributário

Diante do exposto, considerando as provas apresentadas recomendo a confirmação da decisão de primeira instância, que julgou procedente em parte as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2013/002012 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 63.438,67 (sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e oito reais e sessenta e sete centavos), e R\$ 124.916,54 (cento e vinte e quatro mil, novecentos e dezesseis reais e cinquenta e quatro centavos), referentes os campos 4.11 e 5.11, mais os acréscimos legais, sendo que os valores dos campos 4.11 R\$ 63.468,67 e 5.11 R\$ 124.916,54 constantes do Termo de Aditamento fls. 443/444, foram quitados nos termos da Lei 2.920/2014 REFIS, conforme DARE fls. 779/780 **e extintos pelo pagamento**. E julgar nula as reclamações tributárias em relação aos campos 6.11 e 7.11, sem análise de mérito.

E o voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou procedente em parte as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2013/002012 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 63.438,67 (sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e oito reais e sessenta e sete centavos), e R\$ 124.916,54 (cento e vinte e quatro mil, novecentos e dezesseis reais e cinquenta e quatro centavos), referentes os campos 4.11 e 5.11, mais os acréscimos legais, **sendo que os valores dos campos 4.11 R\$ 63.468,67 e 5.11 R\$ 124.916,54 constantes do Termo de Aditamento fls. 443/444, foram quitados nos termos da Lei 2.920/2014 REFIS, conforme DARE fls. 779/780 e extintos pelo pagamento, tendo sido pago a maior, fazendo jus a restituição da diferença**. E julgar nula as reclamações tributárias em relação aos campos 6.11 e 7.11, sem análise de mérito. O representante fazendário João Alberto Barbosa Dias fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e solicitou o refazimento dos trabalhos de auditoria, em relação aos campos 6.11 e 7.11, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Edson José Ferraz, Luiz Carlos da Silva Leal e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos três dias do mês de maio de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas - TO, aos vinte e três dias do mês de maio de 2018.



Publicado no Diário Oficial de nº 5.121 de 28 de maio de 2018

Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário
Suzano Lino Marques
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

