

Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

ACÓRDÃO Nº: 097 /2018
PROCESSO Nº: 2017/6010/501195
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2017/002262
IMPUGNAÇÃO DIRETA Nº: 167
IMPUGANTE: DOM JASON INDÚSTRIA COMÉRCIO E
DISTRIBUIÇÃO LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.341.763-6
IMPUGANADA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL. NULIDADE – É nula a reclamação tributária que exige ICMS com presunção de fato gerador de saídas tributadas, com cerceamento de defesa, por erro no levantamento fiscal, com inclusão de materiais de uso e consumo de Valor Agregado - VA.

MULTA FORMAL. DEIXOU DE REGISTRAR NOTAS FISCAIS. LIVRO PRÓPRIO. PROCEDENTE EM PARTE – É procedente em parte a reclamação tributária, na exigência do descumprimento obrigação acessória, alterando as penalidades sugeridas, adequadas na subsunção da infração e contextos (6 a 10) do auto de infração. E por ser mais justa e branda ao sujeito passivo.

RELATÓRIO

A empresa: DOM JASON INDÚSTRIA COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA é autuada por meio de lançamento de ofício neste auto de infração, na reclamação tributária de ICMS NORMAL em campo 4.11 - valor originário de R\$ 86.274,41, campo 5.11 - valor originário de R\$. 47.674,91. E, de Multa Formal para campo 6.11 - valor originário R\$ 262.554,13, campo 7.11 - valor originário de R\$ 93.923,26, campo 8.11 – valor originário R\$ 169.156,84, campo 9.11 – valor originário R\$ 33.139,27, campo 10.11 - valor originário R\$ 637.886,99.



Trás descrição em contexto da infração para o ICMS normal, aos campos 4.1 a 5.1, em síntese, que, o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS normal sobre mercadorias tributadas adquiridas e acobertadas em notas fiscais relacionadas no levantamento das notas fiscais de entradas não registradas em LRE. Conforme apurado e demonstrado através de levantamento do ICMS normal. Cópia anexa. Cópias de DANFE's por amostragem. Dos exercícios de 2016, 2017 (01.01.2017 a 30.10.2017).

Tipificou a infração em campo 4.13, 5.13, a que se leia: Art. 44, inciso II, Lei 1.287/01, onde postula:

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável;
[.....]

II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;

Trás como penalidade sugerida no art. 48, inciso III, alínea “a”, Lei 1.287/01, (Redação dada pela Lei 2.253/2009), a saber:

Art. 48. A multa prevista no inciso I do artigo anterior será aplicada na forma a seguir:
[.....]

III– 100 %, quando a falta de recolhimento do imposto decorrer da:
(Redação dada pela Lei 2.253 de 16.12.09)

a – omissão de registro, ou registro a menor, de operações ou prestações de saídas, no livro próprio;

Trás descrição em contexto para a Multa Formal aos campos 6.1 a 7.1, em síntese, que, o sujeito passivo deve recolher Multa Formal, por falta de registro nos livros próprios de notas fiscais na aquisição de mercadorias tributadas, constatado através do levantamento de notas fiscais de entradas não registradas no LRE. Exercícios de 2016 e 2017.

Tipificou a infração em campo 6.13, 7.13, a que se leia: art. 44, inciso II, Lei 1.287/01, onde postula:

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável;
[.....]

II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;



Trás como penalidade sugerida no art. 50, inciso IV, alínea “c”, Lei 1.287/01, (Redação dada pela Lei 2.253/2009), a saber:

Art. 50 A multa prevista no inciso II do artigo 47r será aplicada na forma a seguir, em moeda nacional, cumulativamente com o pagamento do imposto devido, se for o caso:

[.....]

IV – 20% do valor da operação ou da prestação quando a infração se motivar da: (Redação dada pela Lei 2.253/2009)

c) falta de registro de aquisição de mercadorias ou serviços tributados, inclusive sujeitos ao regime de substituição tributária, ainda que tenham transitado pelo estabelecimento do adquirente;

E ainda, trás descrição em contexto da Multa Formal ao campo 8.1, 9.1, em síntese, que, o sujeito passivo deve recolher Multa Formal, por falta de registro nos livros próprios de notas fiscais na aquisição de mercadorias não sujeitas ao pagamento do imposto – não tributadas, constatado através do levantamento de notas fiscais de entradas não registradas no LRE. Exercícios de 2016 e 2017.

Tipificou a infração em campo 8.13, 9.13, a que se leia: Art. 44, inciso II, Lei 1.287/01, onde postula:

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável;

[.....]

II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;

Trás como penalidade sugerida no art. 50, inciso III, alínea “a”, Lei 1.287/01, (Redação dada pela Lei 2.253/2009), a saber:

Art. 50 A multa prevista no inciso II do artigo 47r será aplicada na forma a seguir, em moeda nacional, cumulativamente com o pagamento do imposto devido, se for o caso:

[.....]

III – 30% do valor da operação ou da prestação quando a infração se motivar da: (Redação dada pela Lei 2.253/2009)

a) falta de registro de aquisição de mercadorias ou serviços não sujeitos ao pagamento do imposto, ainda que tenham transitado pelo estabelecimento do adquirente;

E mais, trás descrição em contexto da Multa Formal ao campo 10.1, em síntese, que, o sujeito passivo deve recolher multa formal, por falta de registro nos livros



próprios de notas fiscais nas saídas de mercadorias não sujeitas ao pagamento do imposto – não tributadas, constatado através do levantamento de notas fiscais de saídas não registradas no LRS. Exercícios de 2017 (01.01.2017 a 30.09.2017).

Tipificou a infração em campo 10.13 a que se leia: Art. 44, inciso II, Lei 1.287/01, onde postula:

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável;
[.....]

II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;

Trás como penalidade sugerida no art. 50, inciso IV, alínea “e”, Lei 1.287/01, (Redação dada pela Lei 2.253/2009), a saber:

Art. 50 A multa prevista no inciso II do artigo 47 será aplicada, na forma a seguir, em moeda nacional, cumulativamente com o pagamento do imposto devido, se for o caso:

[.....]

IV – 20% do valor da operação ou da prestação quando a infração se motivar da: (Redação dada pela Lei 2.253/2009)

e) falta de registro de operações ou prestações de saídas de mercadorias isentas ou não tributadas;

O autuante juntou aos autos, cópias dos levantamentos de notas fiscais de entradas não registradas em livro próprio e levantamento de notas fiscais de saídas não registradas em livro próprio; em demonstrativos de relação de notas fiscais de mercadorias com cálculo do ICMS e Multa Formal, cópias de Livros Registros Entradas, cópia em Mídia CD, cópia de DANFES por amostragem. Do exercício 2016 e 2017. Acostados as fls. 06 a 204 dos autos.

O sujeito passivo é intimado do auto de infração, fls. 205, via AR correio, fls. 206 a 209, com ciência em 07.12.2017.

Comparece o sujeito passivo aos autos, a pleitear defesa nos fatos a que alega e argumenta, representado por seu causídico em procuração as fls. 236, seja em Impugnação Direta ao COCRE, suprimindo a primeira instância administrativa, apresentada dentro do prazo legal de 07.01.2018.

Inicialmente dos fatos declina da autuação em reclamação tributária.



Pontua os lançamentos nos contextos a que enumera de campo 4 ao campo 10, e como será demonstrado a autuação não deve prosperar, pois a impugnação será realizada item por item para melhor didática.

De Preliminares;

Em nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, com:

I – Erro na tipificação da infração;

Que contém vícios no tal dispositivo da infração indicado, vez que trata do que é obrigação, mas não descreve as infrações e não é suficiente para fundamentar aplicação de penalidade com base nas descrições contidas. O que por si acarreta a nulidade também no cerceamento do direito de defesa com base no artigo 28, inciso II e IV da lei 1.288/01.

II – Ausência de documentos necessários para comprovação dos fatos – nulidade.

A falta das notas fiscais que são objeto do auto de infração gera sua nulidade. A impugnante conseguiu no apagar das luzes, ter acesso a algumas dessas notas fiscais, fazendo a juntada de parte delas neste momento, mas isso não exime o autor de comprovar suas alegações pelas cópias das notas fiscais. O Auto de Infração deve ser nulo.

De MÉRITO,

Os Campos 4 e 5 do auto de infração; tratam de lançamento de ICMS pela presunção de saídas omitidas em decorrência das entradas tributadas não registradas em livro próprio, dos exercícios de 2016 e 2017.

A presunção de saídas omitidas se dá por raciocínio lógico. Entende-se que não se fez os registros das notas fiscais em razão da impossibilidade de comprovar a origem dos recursos financeiros. Presume-se então que esses valores originaram de vendas em momento anterior às entradas omitidas. Sem a emissão de notas fiscais destas saídas. Então é lançado ICMS relativo às operações de saídas por presunção, no mesmo valor das omissões de entradas. Verifica-se então a ausência de levantamento próprio do ICMS e de documentos que comprovam a autuação. Enquanto o autuante deveria ter elaborado levantamento próprio de ICMS, tomando como base os valores das notas fiscais de entrada e lançando os créditos do imposto relativos a elas. Que o lançamento deve ser amparado em levantamento considerando débitos e créditos.

Que, certo é, se uma nota fiscal não foi registrada, também não foi aproveitado pela impugnante o crédito do ICMS, ao qual teria direito quando registrada, e tal apuração somente seria possível através do levantamento básico do ICMS.



Diz que em vez disso o Agente do Fisco fez como que uma gambiarra no levantamento, incluindo nele valor agregado - V.A, ilegal, valor de débito e valor de crédito do imposto.

Este levantamento não contém informações a respeito de origem dos valores utilizados, dos percentuais de redução de base de cálculo, nem mesmo das alíquotas utilizadas para cálculo dos débitos e créditos. Por que o levantamento não demonstra como eles foram feitos.

Cita exemplo de nulidade em alguns acórdãos nº 021/2017, 024/2015, para lhe dar respaldo no argumentado.

Que, a ausência deste levantamento básico do ICMS, gera nulidade, conforme disposto no art. 35, inciso IV, Lei 1.288/01, também a falta de clareza a respeito do calculo utilizado, e a esse respeito versa o art. 28, inciso II, Lei 1.288/01.

Ademais a impossibilidade de aplicação de margem de valor agregado de 10% no valor das notas não registradas para fins das saídas omitidas. Que é imprópria no fato gerador presumido.

Diz ser ainda impossível presumir a existência de saídas omitidas, se uma operação de entrada for realizada sem o aporte financeiro da parte adquirente, como é nos casos de: Transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, das bonificações, das devoluções, de notas fiscais canceladas ou estornadas, das simples remessas, retorno de remessa para concerto e em contrato de comodato. Além de notas fiscais que foram emitidas equivocadamente para seu CNPJ, em nome de outros, são mercadorias não adquiridas pela impugnante.

Faz e apresenta tabelas demonstrativas com relação de notas fiscais com os indicados motivos correspondentes.

Para os campos 6 e 7 do auto de infração, tratam de Multa Formal pela falta de registros de notas fiscais de mercadorias tributadas, dos exercícios de 2016 e 2017.

Destaca que a nota fiscal nº 000005296 de 27.02.2016 no valor de R\$ 35.025,00, consta duas vezes no levantamento, assim deve ser deduzido uma vez.

Foi identificado para as notas fiscais nº 000.007 e 000.008, nos valores de R\$ 37.175,00 e R\$ 609,00, foram, objeto de estorno por parte do remetente. Assim devem ser deduzidos estes valores mencionados.

Aduz do lançamento de notas fiscais de mercadorias não tributadas como se fossem tributadas, nas referencias a operação de devolução e a de transferência, que não é tributada nessas operações. Observando ser falta de registro em livro próprio.



Diz: “Em nenhum desses casos se está discutindo, nesse momento, a obrigação de registrar as notas fiscais de entradas das mercadorias. Está sendo impugnada a irregularidade do lançamento, vez que aplicou as operações realizadas com mercadorias não tributadas penalidade prevista para mercadorias tributadas. O auto de infração deve ser anulado”.

Da não obrigatoriedade de registro de aquisição de produtos de uso e consumo ou destinados ao ativo fixo por não serem consideradas mercadorias. São os casos de combustíveis, suprimentos de escritório e equipamentos de informática.

Discorre sobre o tema no conceito de mercadoria. Faz e apresenta demonstrativo quanto as notas fiscais de produtos de uso e consumo e destinados ao ativo fixo da impugnante, na referencia aos campos 6 e 7.

Para os campos 8 e 9 do auto de infração, da necessidade de revisão da penalidade aplicada. De Multa Formal pela falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias não tributadas. Exercícios de 2016 e 2017.

Discorre do percentual aplicado em penalidade, confrontando com o percentual 20% para mercadorias tributadas para com o percentual de 30% para as não tributadas. Que em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve haver uma relação entre a finalidade da norma e o ato administrativo praticado.

Sabe-se que este Conselho tem decido em casos semelhantes pela aplicação de penalidade prevista no art. 50, inciso X, alínea “d” da Lei 1.287/2001, de R\$ 150,00 por documento, trás trecho descrito e faz citação de menção ao acórdão nº 156/2017, de lavra desse Conselheiro relator. No entanto, alega, verifica-se uma grande quantidade de documentos cujos valores são pequenos, o que faria uma multa de R\$150,00 ser mais onerosa do que a de 30% sobre o valor da mercadoria.

Faz a impugnante uma dosimetria porquanto em notas fiscais abaixo de R\$500,00 e acima deste valor, na proporcionalidade dos valores, em aplicação de uma ou outra penalidade, conforme o caso. Dessa forma, chega a conclusão, o valor total da Multa Formal prevista no campo 8 deve ser reduzida para R\$ 46.193,16.

Da mesma maneira aplica-se quanto ao campo 9, dessa forma o valor total da Multa Formal deve ser reduzida para R\$ 11.821,26.

Apresenta quadros demonstrativos em relação de notas fiscais a que entende não se enquadram estas notas fiscais para o campo 8 e para o campo 9, que devem ser excluídas das exações cobradas , em ser improcedentes quanto a elas.

Para o campo 10 do auto de infração, no lançamento de multa formal pela falta de registro de notas fiscais de saídas de mercadorias não tributadas, do exercício de 2017.



Verifica-se que dois dispositivos podem ser aplicados ao presente caso, vale frisar que registro e escrituração são sinônimos, trata-se exatamente da mesma situação.

Observando o levantamento, nota-se foram omitidas 24 notas fiscais, documentos. Todas em valores que fazem a penalidade no inciso VIII, alínea “b”, art. 50, ser mais benéfica para a impugnante do que a aplicada no auto de infração. Pelo que se repisam os fundamentos expostos no item anterior a respeito dos princípios.

Assim com base nos mesmos princípios, deve ser alterada a penalidade, para inciso VIII, alínea “b”, art. 50, aplicando a Multa Formal de R\$ 50,00 por documento não escriturado. Neste caso 24 x R\$ 50,00, o total da multa deve ser reduzido para R\$ 1.200,00.

No exposto serve a presente impugnação para requerer:

- 1.) Seja recebida a presente impugnação Direta ao COCRE face sua tempestividade,...;
- 2.) Seja acolhida a preliminar arguida, julgando nulo o auto de infração;
- 3.) Na improvável hipótese de manutenção do lançamento após análise da preliminar, requer o julgamento de:
 - a) **nulidade** dos campos 4 e 5 do auto de infração, ou sua parcial procedência, com base nos fundamentos expostos,
 - b) **parcial procedência** dos campos 6 e 7 , excluindo do lançamento as notas fiscais apontadas na impugnação,
 - c) **parcial procedência** dos campos 8 e 9, reduzindo seus valores pela aplicação da penalidade mais benéfica e excluindo as notas fiscais apontadas na impugnação;
 - d) **parcial procedência** do campo 10, reduzindo seu valor pela aplicação da penalidade mais benéfica a impugnante.

O nobre causídico do sujeito passivo faz juntada de cópia de procuração, e documento OAB, cópia atos constitutivos 5ª alteração contratual consolidada, cópias de DANFES de Bonificações, Devoluções, NF's em nome outros destinatários com seu CNPJ e Inscrição, transferência, aquisições uso/consumo, e ativo imobilizado, Saídas em Baixa de Estoques,

Perquirida, a Representação Fazendária observa que as razões de inconformidades expostas, constituem o contraditório exercício de defesa, haja vista a apresentação de documentos consistirem alegações e argumentos ofertados como meio de provas no respaldo em evidências de erros formais e materiais produzidos dos levantamentos fiscais para os lançamentos.

Das Preliminares,



Implausível o pedido de nulidade por vícios, no que tange as infrações e falta de cópias das notas fiscais, objeto dos lançamentos, no argumento de cerceamento de defesa. Cada contexto deve ser analisado individualmente nas questões suscitadas. No mais, o impugnante exerceu contundente e minuciosa defesa, adentrando ao mérito, admitindo o fato central do não registro de notas fiscais de entradas de mercadorias e saídas, e, inclusive alegando para as notas fiscais que entende, devam ser excluídas das exações cobradas. Pede seja afastado o pedido. Assim rejeita-las.

De Mérito,

Disseca a cada contexto, o raciocínio exercitado para se chegar aos valores apurados do ICMS e de multa formal.

Com referência aos campos 4 e 5 – da reclamação de ICMS Normal,

Diz, para o caso não há de fazer o que seria resumo da apuração do ICMS, com cotejo entre crédito e débito, nem tampouco se deve aplicar o Valor Agregado – VA, sobre essas aquisições, como se sobre elas incidisse o fato gerador. O Fato Gerador incide sobre saídas. Ao aplicar o VA passa se a tributar as próprias quando não é isso que a Lei diz tocante à presunção. A distinção a ser feita é sobre provas diretas e indiretas e ou por presunção.

Neste tirocínio, entendemos que o levantamento fiscal e a tipificação indigitada são inconciliáveis com a situação fática, restando prejudicados os lançamentos dos campos em apreço.

Esta REFAZ, em primeira mão, pede sejam os autos submetidos à diligência para apreciação e ajustes em relação a estas ponderações. Caso não seja esse o entendimento, sugerimos a adoção das premissas que ensejam a nulidade nos meandros do art. 35, inciso I, alínea “c” da Lei 1.288/2001, a que trás descrita *verbis*.

Com referência a Multa Formal em campos 6, 7, 8, 9,

Não há na legislação, dispositivo que dê ao sujeito passivo a opção de registrar suas notas fiscais quando e onde bem lhe aprouver. Suas operações e prestações têm implicações em outras esferas tributantes porque repercutem a movimentação financeira de sua atividade econômica. A escrita comercial é auxiliar da fiscal e deve espelhar com exatidão o que contiver. É o que trás o art. 239, 240, do RICMS, Decreto 2912/2006, e Descreve-os *verbis*.

Por fim, que o esotérico raciocínio da defesa pela aplicação de penalidade alternativa, de modo a representar sempre o menor gravame, não tem nenhum respaldo na legislação tributaria. O avocador art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, Lei 5.172/1966, contempla o principio da retroatividade benigna permitindo que uma



legislação superveniente que preveja gravame menor para um ato infracional pretérito possa a ele ser aplica. Descreve verbis.

A situação em tela não abarca o permissivo contido no art. 106, do CTN, pois a época dos fatos a legislação estadual já previa a penalidade aplicável. A opção por um ou outro critério, deve ser adotada de forma retilínea, sem alternâncias.

Contudo esta REFAZ não se opõe a aplicação da multa de R\$ 150,00, se assim for mais benéfica ao sujeito passivo.

O valor originário do campo 6 é de R\$ 262.554,13. O levantamento basilar do campo 6 contém 377 NF's, (377 x R\$ 150,00 = 56.500,00).

O valor originário do campo 7 é de R\$ 93.923,26. O levantamento basilar do campo 7 contém 103 NF's, (103 x R\$ 150,00 = 15.450,00)

O levantamento basilar do campo 8 contém 516 NF's (516 x R\$ 150,00 = 77.400,00). O valor originário deste campo é de R\$ 169.156,84.

O levantamento basilar do campo 9 contém 157 NF's (157 x R\$ 150,00 = 23.500,00). O valor originário deste campo é de R\$ 33.139,27.

Observa, como se pode ver, para todos campos de 6 a 9 a aplicação no valor R\$ 150,00 em multa formal acaba sendo mais benéfica em relação a multa formal de 20% e 30% sobre o valor da operação. Descreve verbis o Art. 50, inciso X, alínea d, lei 1288/2001.

Para o campo 10 – Multa Formal pela falta de registro de notas fiscais de SAÍDAS. Têm-se que;

Por se tratar de saídas de mercadorias não sujeitas ao pagamento do imposto não há de se cogitar em multa de caráter reparador. Portanto, esta REFAZ, entende aceitável a exigência de multa formal de R\$ 50,00 por documento não registrado, no lugar de 20% sobre o valor da operação.

É em síntese o relatório,

VOTO

Vistos, analisados e discutidos os autos do processo, têm-se que; contra o sujeito passivo acima qualificado a Fazenda Pública por meio de auditor fiscal, formalizou o lançamento de ofício em auto de infração nº 2017/002262, no teor de 07 (sete) contextos, para reclamar do sujeito passivo, em contextos 4.1 e 5.1, o ICMS

Pág 10/18



NORMAL, por omissão de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas; E contextos 6.1 a 10.1, de multa formal, em descumprimento de obrigação acessória. Tudo conforme constatado em “*Levantamento de notas fiscais de Entradas não registradas*”, elaborado em demonstrativo de cálculo do ICMS e de Multa Formal, das operações em notas fiscais das mercadorias com o cálculo do ICMS nas entradas. E também para Multa Formal em levantamento com relação às notas fiscais de entradas tributadas, isentas, não tributadas, e saídas não tributadas, não registradas. Nos respectivos exercícios e períodos de 2016, 2017.

Primordial se faz observar que, intimado o sujeito passivo, do auto de infração neste processo, comparece o ilustre causídico, legalmente constituído, que suprimindo a primeira instância administrativa, via do art. 45, §1º, Lei 1.288/01, apresenta-se com impugnação direta ao COCRE, em segundo grau, tempestiva, pelos motivos de fato e de direito, apresentados.

Assim em obediência ao Art. 41, § 1º, da Lei 1.288/01 (Redação dada pela Lei 2.521 de 10.11.11), “**Verbis**”:

Art. 45. A impugnação ao lançamento de ofício:

§ 2º Da impugnação apresentada ao COCRE é concedida vista à Representação Fazendária para manifestar sobre as razões apresentadas. (Redação dada pela Lei 2.521, de 10.11.11).

E neste aspecto, é distribuído e encaminhado o processo para a Representação Fazendária, que em análise e nas razões as alegações e argumentos, aduzem;

Das preliminares,

Diz ser implausível o pedido de nulidade do auto de infração por suposto vícios no que tange a tipificação das infrações e a falta de notas fiscais objeto dos lançamentos, no sentido de cerceamento de defesa. No mais o sujeito passivo exerceu contundente e minuciosa defesa adentrando ao mérito de cada contexto, admitindo o fato de não registro de notas fiscais de entradas e saídas. Pede seja afastado este pedido em preliminares.

De mérito,

Logo, a Representação Fazendária face do ICMS aos campos 4 e 5, do auto de infração, atenta para a uma possível solicitação de Diligência. Entretanto, pode sanear e aditar o mesmo, no preceito do art. 57, Decreto nº 3.198/2007 na confrontação dos documentos ora apresentados em impugnação direta, “**verbis**”;

Art. 57. A apresentação de impugnação direta ao COCRE, contra lançamento de ofício não ilide o direito da Fazenda Pública saneá-lo, inclusive por termo de aditamento.



Exercitando o raciocínio, verificados para se chegar aos valores apurados em levantamentos fiscais para com estes contextos, onde só se aplica, em casos de mercadorias sem nota fiscal ou documentação inidônea. Sugere a adoção da nulidade aos contextos 4 e 5.

Para os demais campos 6 a 10 do auto de infração, de Multa Formal, não vê argumentos lógicos da parte adversa, para serem acatados. Ademais em esotérico raciocínio da defesa com solicitação na aplicação de penalidades alternativas, de modo a representar sempre no menor gravame, não pode prosperar. Contudo não se opõe a aplicação de multa em penalidade mais benéfica, porém com a infração procedente.

Diante das exortações da Representação Fazendária, este conselheiro passa a exercer o seu voto.

De plano em preliminares, pela nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, com:

- I – Erro na tipificação da infração;
- II – Ausência de documentos necessários para comprovação dos fatos.

Em prelúdio, tratando primeiramente desta questão prejudicial, de caráter terminativo, fundamento as motivações para rejeitar as preliminares de nulidades, “*ab initio*”, das reclamações tributárias deste auto de infração, alegadas por: cerceamento á defesa, com erro na tipificação da infração e na falta de documentos probatórios dos fatos.

Isto porque o histórico das ocorrências descritas em contextos do auto de infração, esta tipificado de forma a não suscitar nenhuma dúvida quanto à infração fiscal denunciada. Entendo que a tipificação legal respaldada pelo lançamento em auto de infração, encontra-se coerentemente enumerada do artigo em infração, na dicção: **Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável; II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar**, ainda que contribuinte substituto ou substituído.

Demonstra-se sem sequela alguma o ato infracional praticado pelo contribuinte, na obrigação de escriturar nos seus livros fiscais, as operações que realizar. É inconteste.

Que correlacionadas são as operações que realizar, com os documentos, as notas fiscais entradas e saídas, encontrados de forma ilícita, sem que o contribuinte as tenha registradas em seus livros fiscais próprios.

Estes documentos, as notas fiscais estão relacionadas e demonstradas em levantamentos fiscais, com bastante propriedade e dados, para que o sujeito passivo as possa identificar. Ademais e contudo o autuante carregou aos autos cópias de DANFE's



por amostragem, e CD média acostado as fls. 137, assim cumprindo com o mandamento em Art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/01, “verbis”:

Art. 35. O auto de infração:

IV – contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar;

Em consenso unanime com meus pares, rejeito as preliminares aludidas pelo causídico do sujeito passivo.

“*Data máxima vênia,*” esse conselheiro relator, na verificação aos contextos 4.1 e 5.1, deste auto de infração, para a reclamação tributária do ICMS normal, em notas fiscais de entradas de mercadorias não registradas em livro próprio do sujeito passivo e relacionadas nos levantamentos fiscais, encontra-se motivação para arguir uma preliminar de cerceamento de defesa, com erro no levantamento fiscal.

Consubstanciado nas razões que seguem, nos levantamentos fiscais procedidos para os exercícios de 2016 e 2017, em lançamentos de ofício, para com as reclamações tributárias de campos 4 e 5, fugiram a um contorno preciso e definido para com notas fiscais de mercadorias tributadas não registradas em livros fiscais da autuada.

É simples a visualização nestes levantamentos fiscais, na demonstração tocante ao reclamado crédito tributário, por serem obscuras e inteligíveis, no simples fato de não existir uma base de cálculo, para uma alíquota, resultar no crédito tributário. Ainda mais aplicando um VA, e com a concessão do crédito de ICMS em notas fiscais de entrada, até mesmo das impróprias para a comercialização, exemplificando gasolina, diesel, peças para veículos, materiais para construção.

Mormente, as notas fiscais de entradas não escrituradas, sugerem o fato gerador presumido, onde é incidente sobre saídas. Assim ao aplicar o VA sobre os valores das notas fiscais em entradas, passa-se a tributar as próprias, e não é o que a Lei versa no tocante a presunção. Nem tampouco fazer o que seria o resumo da apuração do ICMS, com cotejo débito x crédito.

De outra forma, o direito ao crédito do ICMS destacado, é formalizado pela entrada da mercadoria no estabelecimento e *condicionado à idoneidade da documentação e à sua regular escrituração, nos prazos e condições estabelecidas em regulamento*, é o mandamento do § 1º, do art.18, RICMS, Decreto 2912/2006.

Ressalto ainda constar relacionada nestes levantamentos fiscais, a existência de varias notas fiscais com mercadorias destinadas ao uso e consumo e ativo imobilizado da empresa, fls. 176/190, que não são de mercancias, e não se prestam, para ser exigido o ICMS.



Nestas demonstrações e tirocínio, entendo que o levantamento fiscal contém erros inconciliáveis com a situação fática, restando prejudicados os lançamentos em contextos 4 e 5, assim serem nulos por cerceamento de defesa, nos meandros do artigo 28, inciso II, combinado com art. 35, inciso IV, todos da Lei 1.288/01, “**verbis**”

Art. 28. É nulo o ato praticado:

II – com cerceamento de defesa;

Art. 35. O Auto de Infração:

IV – contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

Destarte, acatada a preliminar de nulidade aos contextos 4 e 5 do auto de infração, em consenso unânime de meus pares.

Quanto as Multas Formais para os contextos 6 a 10 do auto de infração, se referir a descumprimento de obrigação acessória na omissão de registro de notas fiscais em livros próprios, temos o mandamento em art. 247, do RICMS, Decreto 2912/2006, “**verbis**”:

Art. 247. O Livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destina-se à escrituração do movimento de entradas de mercadorias, **a qualquer título no estabelecimento**, bem como para o registro de utilização de serviços de transportes e de comunicação. (Convênio SINIEF s/nº, de 15 de dezembro de 1970).

Não há na legislação tributária, dispositivo a dar ao sujeito passivo a opção de registrar suas notas fiscais de entradas de mercadorias, quando e onde lhe aprover, conforme preceitos do art. 247, RICMS, acima descrito.

Estas suas operações tem implicações em outras esferas tributantes e repercutem na movimentação financeira de sua atividade econômica, na empresa.

No entanto, é de se observar os fatos, estabelecidos principalmente pela aplicação da penalidade de percentual 20%, nas tributadas e percentual 30%, não tributadas, sobre o valor da mercadoria, que pedagógica ou reparadora, invariavelmente com base em provas diretas, tem como medida visando salvaguardar os interesses da Administração Fazendária, a gradua em conformidade à extensão da lesão ou da gravidade do ato inobservado.

De forma também o esotérico raciocínio da defesa pela aplicação de penalidade alternativa, de modo a representar sempre o menor gravame, não tem nenhum respaldo na legislação tributária. O avocador art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, Lei 5.172/1966, contempla o princípio da retroatividade benigna permitindo que



uma legislação superveniente que preveja gravame menor para um ato infracional pretérito possa a ele ser aplicado.

Porém, na superveniência da mercadoria discriminada em nota fiscal, omitida de registro ou escrituração em livro próprio, a opção por um ou outro critério, deve ser adotada de forma retilínea sem alternâncias.

Neste sentido aprova a constatação de varias notas fiscais de entradas, cujas estão relacionadas em levantamento fiscal, onde se constata mercadorias diversas, como para uso e consumo e ativo imobilizado, são os casos de combustíveis, suprimentos de escritório e equipamentos de informática, materiais de construção, dentre outras em devoluções de vendas mercadorias, transferência da filial para a matriz, com bonificações, dentre outras.

Direcionado com a infração denunciada, em art. 44, II, Lei 1.287/01, para os contextos 6 a 9 do auto de infração, para ser procedente, contudo em alterar a penalidade sugerida, aplicando o valor de R\$ 150,00 por nota fiscal não registrada, mais benéfica ao sujeito passivo, nos limítrofes do art. 50, inciso X, alínea “d”, da Lei 1.287/01, “**verbis**”:

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável;
[.....]

II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;

Alterando como penalidade sugerida no art. 50, inciso IV, III, alínea “e”, “a”, para aplicar art. 50, inciso X, alínea “d”, Lei 1.287/01, (Redação dada pela Lei 2.253/2009), a saber:

Antes aplicado;

Art. 50 A multa prevista no inciso II do artigo 47 será aplicada, na forma a seguir, em moeda nacional, cumulativamente com o pagamento do imposto devido, se for o caso:

[.....]

IV – **20% do valor da operação** ou da prestação quando a infração se motivar da: (Redação dada pela Lei 2.253/2009)

e) falta de registro de operações ou prestações de saídas de mercadorias isentas ou não tributadas;

III – **30% do valor da operação** ou da prestação quando a infração se motivar da: (Redação dada pela Lei 2.253/2009)



a) falta de registro de aquisição de mercadorias ou serviços não sujeitos ao pagamento do imposto, ainda que tenham transitado pelo estabelecimento do adquirente;

Para ser agora aplicado:

Art. 50 A multa prevista no inciso II do artigo 47 será aplicada, na forma a seguir, em moeda nacional, cumulativamente com o pagamento do imposto devido, se for o caso:

[.....]

X- R\$ 150,00 por: (Redação dada pela Lei 2.253/2009 de 16.12.09)

d) descumprimento de outras obrigações acessórias previstas na legislação tributária;

Para o contexto campo 10.1, por se tratar falta de registro das saídas em mercadorias não sujeitas ao pagamento do imposto, e não se cogitar de multa de caráter reparador, aplicar o art. 50, inciso VII, alínea “b”, da Lei 1.287/01, “**verbis**”:

Art. 50 A multa prevista no inciso II do artigo 47 será aplicada, na forma a seguir, em moeda nacional, cumulativamente com o pagamento do imposto devido, se for o caso:

[.....]

VII- R\$ 50,00 por: (Redação dada pela Lei 2.253/2009 de 16.12.09)

b) documento fiscal, pela falta de escrituração de operações de saídas de mercadorias ou prestação de serviços, ainda que não tributadas;

De todo o exposto, conheço desta impugnação direta ao COCRE, e negar-lhe provimento parcial, para julgar por nulidade as reclamações tributárias de ICMS em contextos de campos 4.1 e 5.1, no valor originário 4.11 - de R\$ 86.274,41 e no valor originário 5.11 – de R\$ 47.674,91, deste auto de infração, e extinto os créditos tributários, sem análise de mérito.

E julgar procedente em parte as multas formais de contextos em campo 6.11 – no valor de R\$ 56.550,00, campo 7.11 – no valor de R\$ 15.450,00, campo 8.11 - no valor de R\$ 77.400,00, campo 9.11 – valor de R\$ 23.550,00, campo 10.11 – no valor de R\$ 1.200,00.

E absolver o sujeito passivo dos valores em campo 6.11 do valor de R\$ 206.004,13, campo 7.11 do valor de R\$ 78.473,26, campo 8.11 – do valor de R\$ 91.756,84, campo 9.11 – do valor de R\$ 9.589,27, campo 10.11 - do valor de R\$ 636.686,99, da imputação que lhe é feita e dirigida pela peça basilar.

É como voto.



DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade das reclamações tributárias por cerceamento a defesa, por falta de documentos comprobatórios, arguida pelo sujeito passivo, e por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade das reclamações tributárias em relação aos campos 4.11 e 5.11, por cerceamento a defesa, por erro no levantamento, arguida pelo conselheiro relator e julgar extintos os referidos campos, sem análise de mérito. No mérito, por unanimidade, conhecer da impugnação e dar-lhe provimento parcial, para julgar procedente em parte as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2017/002262 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 56.550,00 (cinquenta e seis mil e quinhentos e cinquenta reais), R\$ 15.450,00 (quinze mil e quatrocentos e cinquenta reais), R\$ 77.400,00 (setenta e sete mil e quatrocentos reais), R\$ 23.550,00 (vinte e três mil e quinhentos e cinquenta reais), R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), referente parte dos campos 6.11 a 10.11, respectivamente, mais os acréscimos legais, e absolver dos valores de R\$ 206.004,13 (duzentos e seis mil, quatro reais e treze centavos), R\$ 78.473,26 (setenta e oito mil, quatrocentos e setenta e três reais e vinte e seis centavos), R\$ 91.756,84 (noventa e um mil, setecentos e cinquenta e seis reais e oitenta e quatro centavos), R\$ 9.589,27 (nove mil, quinhentos e oitenta e nove reais e vinte e sete centavos), R\$ 636.686,99 (seiscentos e trinta e seis mil, seiscentos e oitenta e seis reais e noventa e nove centavos), referente parte dos campos 6.11 a 10.11, respectivamente. O advogado Rafael Maione Teixeira e o representante fazendário Rui José Diel fizeram sustentação oral pela Impugnante e Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Maria das Graças Vito da Silva Veloso, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Kellen C. Soares Pedreira do Vale. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e três dias do mês de fevereiro de 2018, o Conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS,
em Palmas, TO, aos dezessete dias do mês de maio de 2018.

Suzano Lino Marques
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira Bueno
Conselheiro relator

Pág 17/18



