



Contencioso Administrativo-Tributário

ACÓRDÃO Nº:	175/2018
PROCESSO Nº:	2016/6040/505414
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/004959
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.716
INTERESSADO:	PHOTON NEGÓCIOS DE SAUDE E BEM ESTAR LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.451.751-0
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

MULTA FORMAL - NÃO REGISTRO DE NOTAS FISCAIS. ENTRADAS. SAÍDAS. EFD/SPED. APURADOS EM DIFERENTES LEVANTAMENTOS FISCAIS. NULIDADE. É nula a reclamação tributária, em infrações apuradas por diversos tipos de levantamentos fiscais, nas exigências formuladas em um só instrumento. Descumprimento do § 2º, Art. 35, Lei 1.288/01. Causa do cerceamento de defesa ao sujeito passivo.

RELATÓRIO

A Empresa PHOTON NEGÓCIOS DE SAUDE E BEM ESTAR LTDA é atuada por meio de lançamento de ofício em auto de infração, na reclamação tributária de multa formal, em campo 4.11 - Valor originário de R\$ 56.199,69, campo 5.11 – Valor originário de R\$ 13.959,39, campo 6.11 – Valor originário de R\$ 86.656,56, campo 7.11 – valor originário de R\$ 7.044,36.

Trás em descrição para a infração, em contextos de campos 4.1 a 7.1, em síntese, que, o sujeito passivo deverá recolher multa formal, por ter deixado de registrar/escriturar na Escrituração Fiscal Digital – EFD do Sistema Público de Escrituração Fiscal Digital - SPED, ao não registrar nos livros fiscais de Entradas, as Notas Fiscais de aquisição de mercadorias, como também não registrar notas fiscais de saídas em livros fiscais de saídas. Conforme apurado no Levantamento Especial de Entradas e Comparativo de Saídas Sem Registro da Escrituração Fiscal Digital, no demonstrativo em relação das notas fiscais de Entradas e de Saídas não Registradas, e para os exercícios de 2014, 2015, respectivamente.





Contencioso Administrativo-Tributário

Tipificou a Infração em campo 4.13 ao 7.13, a que se leia: Art. 44, inciso II, Lei 1.287/01 (Redação dada pela Lei 2.549/11), 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,

O autuante juntou aos autos cópias dos Levantamentos Fiscais, Especial e Comparativo das notas fiscais de entradas e saídas não registradas, Demonstrativos do crédito tributário para Entradas e Saídas, cópia de procuração, cópia de CD arquivos Levantamentos e livros fiscais, cópia de procuração a advogados, DANFE's, cópias do Livro Registro de Entrada e saída de 2014, 2015. Acostados as fls. 05 a 80 dos autos.

O sujeito passivo foi intimado deste auto de infração, por via direta em auto de Infração, as fls. 4 com ciência em 30.11.2016. Contudo não constar nenhuma identificação do responsável nos campos apropriados do auto de infração.

Comparece o sujeito passivo na Agencia de Atendimento de Palmas, em 20.12.2016, a pleitear defesa com impugnação, tempestiva ao auto de infração, nos fatos e razões a que alega e argumenta a seguir aduzido;

De início da tempestividade da impugnação, e da atividade que se dedica à comercialização de alimentos, suplementos alimentares e cosméticos, sempre preocupada no estar em dia com suas obrigações fiscais. E também surpreendida pela ação fiscal, e do alegado motivo da autuação.

De preliminar de nulidade do auto de infração;

I - Da ilegalidade de ato do auditor fiscal,

Que a impugnante foi surpreendida e causou estranheza que o auto de infração vergastado indica supostas infrações de não registro de notas fiscais em EFD do SPED nos anos 2014 e 2015. Desta forma fica clarividente a ilegalidade do ato do Auditor, por não notificar previamente o contribuinte para que pudesse realizar eventual correção e retransmissão da EFD para sanar eventuais falhas, no comando do art. 384-A, § 3º, do RICMS – Decreto 2912/2006.

II – Da inaplicabilidade das penalidades aplicadas;



Contencioso Administrativo-Tributário

Como se vê a penalidade é aplicável nas situações em que ocorre a falta de escrituração de determinadas operações de entradas no estabelecimento do contribuinte.

Como se vê do incluso arquivo as notas fiscais foram praticamente na integralidade escrituradas.

As poucas notas fiscais tenha o impugnante deixado de escriturar se refere o material de uso e consumo, não representando a situação a que se refere o dispositivo alimentado.

A norma adota um percentual de 20% e evidentemente visa repreender aquele que deixou de escriturar a operação para deliberadamente suprir a arrecadação do ICMS.

Ainda que se entenda se alguma penalidade pudesse ser aplicável à impugnante, é possível vislumbrar uma série de dispositivos mais apreciáveis, como exemplo: “R\$ 50,00 por documento fiscal, pela falta de escrituração de operações de saídas de mercadorias ou prestação de serviço, ainda que não tributadas,” preceitos do inciso VIII, alínea “b” do art. 50, Lei 1.287/01.

Segundo a qual a interpretação das infrações deve sempre se dar de maneira mais benéfica possível ao acusado, entendimento aliado a própria determinação constante do art. 112, CTN, descrito in verbus.

Portanto a exposição de motivos enseja fazer-se sempre necessária e pertinente, sob pena de nulidade do ato, em auto de infração ora contestado.

De mérito;

Da escrituração das notas fiscais no livro registro de entradas e saídas, nas supostas infrações, ocorre que, tal fato não procede de modo ainda que, as preliminares restem superadas, ainda assim o lançamento deverá ser cancelado.

As notas fiscais citadas pelo Auditor Fiscal foram quase na sua integralidade devidamente escrituradas nos livros fiscais de entrada e saídas, bem como no SPED e na GIAM, como se demonstra, à título de exemplificação, pelas notas a seguir delineadas, faz demonstrativo indicando nota por nota como escriturada.

Evidentemente de todo o exposto é mais que suficiente para a exigência impugnada reste fulminada.





Contencioso Administrativo-Tributário

Do caráter abusivo da multa aplicada, difere, contudo relativo à instituição do tributo, sendo do próprio direito do Estado de punir, que depois de consubstanciado o ilícito, transfiguram-se cognados coronários de primados princípios, sejam: da moralidade, da proporcionalidade e do direito à propriedade.

Cita e trás colação de varias trechos de obras e teses de renomados juristas e tributaristas.

Não havendo motivo para a multa imposta, a mesma deve ser julgada improcedente.

Apresenta e relacionam os documentos demonstrados que constam as fls.101/122 dos autos, indicados em DOC. 01 a DOC. 03.

O processo é encaminhado ao julgador de primeira instância para sua análise e a sentenciar.

Advém a sentença proferida pelo julgador de primeira instância, emitindo o seu relatório dos fatos, nas alegações e argumentos impugnativos, de Preliminares e no Mérito, que resulta e obsta nos seus fundamentos de fato e de direto. Pugna que;

Após relatar todas as inconformidades apresentadas e pontuadas pelo causídico do sujeito passivo, o sentenciador analisa os autos para suscitar uma preliminar de nulidade do auto de infração em cerceamento de defesa, deixando contudo de analisar as preliminares arguidas pelo sujeito passivo.

Entende o julgador singular que a presente autuação consiste em duas exigências tributárias em um só instrumento, em lançamento tendo por base dois (2) tipos de levantamento especial, sendo um para entradas de mercadorias não registradas em EFD-SPED e outro para saídas de mercadorias não registradas EFD - SPED, fato que contraria o disposto no § 2º, do art. 35, da Lei 1.288/01, vez ser o auto de infração lavrado após vigência da Lei 2.521/2011, o descreve verbus.

Portanto entende estar caracterizado o cerceamento de defesa do sujeito passivo, na conseqüente nulidade do auto de infração nos termos do disposto art. 28, inciso II, e Art. 29 da Lei 1.288/2001

Por estas razões, decide em preliminar de nulidade do auto de infração pela caracterização de cerceamento de defesa pelo sujeito passivo da obrigação.

Do exposto acima, julga nulo o auto de infração, sem análise de mérito



Contencioso Administrativo-Tributário

Diante do julgado submete os campos 4 a 7, a apreciação deste colendo Conselho nos termos dos artigos 56 e 58, Lei 3.018/2015, a decisão referente ao auto de infração.

Encaminhado o processo para manifestação da Representação Fazendária, perquirida em reexame necessário à decisão em sentença singular.

Em parecer à sentença, diz que, esta é adequada para o presente processo, o julgador soube identificar a ocorrência de nulidade do auto de infração, nos argumentos e alegações ofertadas do § 2º, do art. 35, da Lei 1.288/2001. Que a nulidade das exigências tributárias se impõe no cerceamento de defesa, logo em consonância com os fatos observados.

Que, todavia, embora formalmente correta, a sentença, percebe-se que a mesma se mostra inadequada para o feito, haja vista que os levantamentos que instruem os quatro contextos são análogos, divergindo apenas no fato em que um aponta para as notas fiscais de entradas de mercadorias e outro para as notas fiscais de saídas de mercadorias convergindo ambos para o não registro/escrituração das notas fiscais em livros próprios EFD – SPED.

Bem como a decisão se mostra inoportuna por ensejar apenas prolongamento do dissídio, sendo que, consta do processo todos os elementos materiais para constatar-se a procedência em parte das reclamações tributárias.

Também, haja vista os documentos em impugnação anexos evidenciados, são hábeis para demonstrar que os alegados registros das notas fiscais referem-se a um diminuto numero de não registro de notas fiscais a cada contexto.

Deve-se antes, porém, concluir pela forma inadequada a tese formulada, do efeito confiscatório das penalidades adotadas, vez que não é matéria afeta à competência funcional de uma mera instância administrativa, sendo questões afetas ao controle difuso da constitucionalidade das Leis.

Tecidas estas considerações, sobrepuja-se no entanto nos fatos cujos levantamentos demonstrassem método investigativo, ou tivesse finalidade totalmente diversa, fatos que redundassem em entraves e atrasos, de uma decisão de mérito, considerando-se a hipótese alongada de forma considerável a uma eventual satisfação do direito creditício da Fazenda Pública, na superveniência de conclusão pela procedência do lançamento tributário.

O Presidente do Contencioso Administrativo Tributário, em despacho, encaminha o processo a Agencia de Atendimento de Palmas, para ciência da





Contencioso Administrativo-Tributário

decisão em sentença singular e manifestação da Representação Fazendária, ao sujeito passivo.

É feita a notificação/intimação de fls. 130/131, serem via AR-Correio, as fls. 132, ao Sujeito Passivo, acusando o recebimento e ciente em 07.03.2018.

Em Despacho, a Agencia de Atendimento de Palmas, não havendo o comparecimento do sujeito passivo a contestar com recurso para a sentença de primeira instância e da manifestação da Representação Fazendária, nos autos deste processo.

Encaminha-se o processo ao CAT.

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 2016/004959, no teor de 04 (quatro) contextos, para reclamar do sujeito passivo, multa formal, em descumprimento de obrigação acessória. Conforme constatado em "*Levantamentos Especial das notas fiscais de Entradas sem Registro na Escrituração Fiscal Digital e Levantamento Comparativo das notas fiscais de Saídas – CSRDE sem Registro na Escrituração Fiscal Digital*", elaborado em demonstrativo, por notas fiscais das mercadorias nas entradas, e das saídas não registradas nos seus livros próprios. Nos respectivos exercícios e períodos de 2014, 2015.

Devido o sentenciador, submeter à decisão de nulidade do auto de infração, em sentença monocrática, e os valores serem acima de alçada, desfavorável a Fazenda Pública, seja na apreciação em segundo grau, ao COCRE, assim em Reexame Necessário, nos preceitos dos art.'s 56 e 58 da Lei 1.288/01

Oportunidade a que neste Reexame Necessário, procedemos à análise da impugnação e da sentença singular, em contra razões, a seguir;

De preliminares;

Em prelúdio, tratando primeiramente desta questão prejudicial, de caráter terminativo, fundamento minhas motivações para rejeitar a estas preliminares de nulidade, "*ab initio*", das reclamações tributárias deste auto de infração, alegadas em: cerceamento á defesa, pelo sujeito passivo, haja vista por questão de primazia em





Contencioso Administrativo-Tributário

sustentação a arguida preliminar suscitada e alegada pelo julgador de primeira instância, a que entendo suplantando as demais.

O ato de lançamento corresponde à modalidade de ato administrativo *vinculado*, ou seja, a Lei indica para a administração pública somente um caminho a seguir, não existem diversas alternativas legais a serem escolhidas. A Administração está impedida de seguir caminho diverso daquele apontado por Lei. Logo ato administrativo *vinculado a Lei*.

Conclui-se nas evidências profícuas dos fundamentos e razões suscitados e trazidos pelo julgador singular, de que o autuante cometeu diversos erros técnicos, diante dos fatos narrados, como assertivas aos discorridos de irregularidades, se evidenciando aos levantamentos fiscais atribuídos em campos 4.3, 5.3 indicando: (NF Entradas não registradas), e em campos 6.3, 7.3, indicando: (Comparativo de Saídas, CSRDE), onde não devem prevalecer os lançamentos, vez afrontando o § 2º, do art. 35, da Lei 1288/2001, a saber “*in Verbis*”:

Art. 35. O Auto de Infração:

[.....]

§ 2º. Quando mais de uma infração for atribuída ao mesmo sujeito passivo ou responsável, as exigências podem ser formuladas em só instrumento, desde que alcance e individualize todos os tributos, as infrações e os exercícios, **apurados pelo mesmo tipo de levantamento fiscal**. (Redação dada pela lei 2.521, de 10.11.11). (Grifos nosso).

Considerando que existem dois tipos de levantamentos fiscais, em um só instrumento, o auto de infração, e assim ferir a legislação, pelo qual deve ser declarada a nulidade.

Preponderante é que, o próprio autuante assume a nulidade da reclamação tributária, recusando-se em acatar os meandros da legislação em lei, escusando-se em proceder com o mesmo tipo de levantamento fiscal para com o auto de infração.

Ainda, no ensejo, denota-se também a falta dos documentos comprobatórios dos fatos, a ferir o inciso IV, do art. 35, da Lei 1.288/2001, “*in verbus*”:

Art. 35. O Auto de Infração:

[.....]





Contencioso Administrativo-Tributário

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

Não restando ao sentenciador de primeira instância, se não acatar o “*Cerceamento de Defesa ao Sujeito Passivo*”, e na conseqüente “*nulidade*”, das *reclamações tributárias*, deste auto de infração.

Por estas razões, é de se decidir, em preliminar de nulidade do auto de infração, pela caracterização de cerceamento de defesa ao sujeito passivo da obrigação. Sem a análise de mérito.

Exteriorizado fica o cerceamento de defesa do sujeito passivo, na conseqüente nulidade do auto de infração nos termos do disposto art. 28, inciso II, e art. 29 da Lei 1.288/2001, “*in verbus*”:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

II – com cerceamento de defesa;

Art. 29. A nulidade é declarada de ofício pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Do exposto acima, neste Reexame Necessário, conheço desta Impugnação tempestiva, para confirmar a decisão de sentença singular, e julgar por nulidade das multas formais nas reclamações tributárias neste auto de infração. Sem análise de mérito. E, extinto o presente processo.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nula as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2016/004959 e extinto o processo sem análise de mérito. O representante fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e solicitou o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Josimar Júnior de Oliveira Pereira, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Kellen C. Soares Pedreira do

Pág 8/9



Publicado no Diário Oficial de nº 5.166 de 31 de julho de 2018

Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Vale. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e seis dias do mês de junho de 2018, o conselheiro Luiz Carlos da Silva Leal.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e cinco dias do mês de julho de 2018.

Suzano Lino Marques
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira Bueno
Conselheiro relator

