

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



ACORDÃO Nº: 005/2019
REEXAME NECESSÁRIO Nº: 3.922
PROCESSO Nº: 2016/6640/500346
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016/002505
INTERESSADO: NOVO MUNDO MOVEIS E UTILIDADES LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.403.799-3
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAIDA. FALTA DE REGISTRO DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária com erros na determinação da infração que resulta na nulidade do auto de infração, conforme prevê o art. 28, inciso IV, da Lei nº 1.288/01.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à exigência de ICMS decorrente de omissão de receita proveniente das vendas de mercadorias tributáveis ocorridas em data anterior à aquisição de mercadorias com recursos financeiros omitidos pela falta de registro de aquisições de mercadorias no livro de registro de entrada nos exercícios de 2011 a 2015, totalizando o valor de R\$ 12.918,36, conforme auto de infração e termos de aditamento (fls. 02/04, 252/253 e 263/264).

Foram anexados ao presente processo procuração, mídia eletrônica contendo as notas fiscais e escrituração fiscal digital, relação de notas fiscais não registradas e DANFES (fls. 05/206).

O sujeito passivo foi intimado por ciência direta e por meio de advogado compareceu ao feito apresentando impugnação acompanhada de documentos e mídia eletrônica alegando que as mercadorias constantes das notas fiscais são bens para uso e consumo e não para comercialização e que sendo assim não houve saída de tais mercadorias e ao final pede a improcedência do auto de infração e o processo é remetido para julgamento (fls. 207/246).



SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



A julgadora retorna o processo para saneamento quanto à tipificação, penalidade, percentual de multa e manifestação quanto à impugnação (fls. 247/248).

Por sua vez o autor do lançamento se manifestou e por meio de aditamento alterou os campos 4.10, 5.10, 6.10, 7.10, 8.10, 4.13, 5.13, 6.13, 7.13, 8.13, 4.15, 5.15, 6.15, 7.15 e 8.15 (fls. 249/253).

O sujeito passivo é intimado do termo de aditamento por via postal e não compareceu ao feito, sendo lavrado termo de incoerência de manifestação e o processo remetido para julgamento (fls. 254/257).

Novamente a julgadora retorna o processo para saneamento quanto à tipificação das infrações anteriormente aditadas e por sua vez o autor do lançamento alterou novamente os campos 4.13, 5.13, 6.13, 7.13 e 8.13 do termo de aditamento (fls. 258/264).

O sujeito passivo é intimado do termo de aditamento por via postal e por meio de advogado, comparece ao feito arguindo preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, com fundamento no inciso II, do art. 28, da Lei nº 1.288/01, tendo em vista que a alteração da tipificação das infrações gerou insegurança na formalização do ato e que diante disso é impossível se defender já que nem a autoridade fiscal consegue informar quais as infrações cometidas e ao final pede a nulidade do auto de infração e o processo é remetido para julgamento (fls. 265/274).

A julgadora 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 é tempestiva e foi apresentada por advogado devidamente constituído pelo contribuinte, nos termos do art. 20 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11; que 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 o autuante identificado no campo 9 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário; que a presente lide é referente à exigência de ICMS decorrente de omissão de receita proveniente das vendas de mercadorias tributáveis ocorridas em data anterior à aquisição de mercadorias com recursos financeiros omitidos pela falta de registro de aquisições de mercadorias no livro de registro de entrada nos exercícios de 2011 a 2015, totalizando o valor de R\$ 12.918,36, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/04, 252/253 e 263/264).

Que a pretensão fiscal do campo 4.1 está tipificada e fundamentada no art. 21, inciso I, alínea “d” c/c inciso II, do art. 44, ambos da Lei nº 1.287/01, conforme termo de aditamento (fls. 263/264) e a penalidade sugerida no campo 4.15 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 termo de aditamento (fls. 252/253).



SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



As pretensões fiscais dos campos 5.1, 6.1, 7.1 e 8.1 estão tipificadas e fundamentadas no art. 21, inciso I, alínea “d” c/c inciso II, do art. 44, ambos da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei 2.549/11, conforme termo de aditamento (fls. 263/264) e a penalidade sugerida para as infrações 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 termo de aditamento (fls. 252/253).

O sujeito passivo arguiu preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, com fundamento no inciso II, do art. 28, da Lei nº 1.288/01, tendo em vista que a alteração da tipificação das infrações gerou insegurança na formalização do ato e que diante disso é impossível se defender já que nem a autoridade fiscal consegue informar quais as infrações cometidas, com o que discordou porque, primeiramente, está claro que as infrações cometidas pelo sujeito passivo são decorrentes da omissão de receitas provenientes das vendas de mercadorias tributáveis ocorridas em data anterior à aquisição de mercadorias com recursos financeiros omitidos pela falta de registro de aquisições de mercadorias no livro de registro de entrada nos exercícios de 2011 a 2015 e que estão relacionadas nos respectivos levantamentos fiscais (fls. 07, 29/31, 107/108, 136/137 e 184), além disso, antes do julgamento de primeira instância o auto de infração pode ser aditado e as incorreções ou omissões do auto de infração podem ser saneadas e não acarretam nulidade, ficando preclusa a oportunidade de aditar o auto de infração somente após a decisão de primeira instância.

Que por outro lado, o cerceamento de defesa ocorre quando se verifica uma limitação na produção de provas que acaba por prejudicar a parte em relação ao seu objetivo processual e tal fato não se verifica, pois o sujeito passivo foi intimado de todos os atos processuais, bem como, também não se constata nenhum obstáculo que impediu o sujeito passivo de se defender da forma legalmente permitida. Desta forma, rejeitou portanto a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, porém, considerando que o autor do lançamento teve duas oportunidades para aditar o presente auto de infração, conforme despachos (fls. 247/248 e 258/260). No entanto, mesmo assim, o autor do lançamento não obteve êxito em suas alterações, pois está evidente que as infrações descritas nos campos 4.1, 5.1, 6.1, 7.1 e 8.1 são decorrentes da omissão de receitas provenientes das vendas de mercadorias tributáveis ocorridas em data anterior à aquisição de mercadorias com recursos financeiros omitidos pela falta de registro de aquisições de mercadorias relacionadas nos respectivos levantamentos fiscais (fls. 07, 29/31, 107/108, 136/137 e 184 no livro de registro de entrada nos exercícios de 2011 a 2015; que dentro destes contextos, a legislação tocantinense presume que todas as mercadorias, bens ou serviços, que tenham entrado no estabelecimento do sujeito passivo e não tenham sido escriturados no livro Registro de Entradas, saíram sem a correspondente emissão de nota fiscal (saídas desacobertas de nota fiscal).

Que a autoridade fiscalizadora insistiu em tipificar as referidas infrações nos seguintes dispositivos legais:



SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



- campo 4.1: art. 21, inciso I, alínea “d” c/c inciso II, do art. 44, ambos da Lei nº 1.287/01, conforme termo de aditamento (fls. 263/264).

- campos 5.1, 6.1, 7.1 e 8.1: art. 21, inciso I, alínea “d” c/c inciso II, do art. 44, ambos da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11, conforme termo de aditamento (fls. 263/264).

Primeiro, a disposição prevista na alínea ‘d’, do inciso I, do art. 21, da Lei nº 1.287/01, não tem caráter infracional e é apenas o permissivo legal para se presumir a ocorrência do fato gerador do ICMS quando constatado que a escrituração do sujeito passivo indica a entrada de mercadorias não escrituradas fiscal ou contabilmente:

Art. 21. Presume-se ocorrido o fato gerador do imposto, salvo prova em contrário:

I – o fato de a escrituração indicar:

d) a entrada de mercadorias não escrituradas fiscal ou contabilmente;

Que o fato do dispositivo legal acima constar nos campos 4.13, 5.13, 6.13, 7.13 e 8.13 combinado com o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01 ou inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11, conforme termo de aditamento (fls. 263/264), não é o principal motivo para considerar que houve erro na determinação das infrações; os ilícitos fiscais cometidos pelo sujeito passivo são decorrentes das saídas de mercadorias desacobertas de nota fiscal e sendo assim, o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, indicado no campo 4.13, conforme termo de aditamento (fls. 263/264) e o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11, conforme termo de aditamento (fls. 263/264) indicado nos campos 5.13, 6.13, 7.13 e 8.13, não tipificam corretamente as infrações, vejamos o que dizem tais dispositivos legais:

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

II - escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído; (Redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11).

Redação Anterior: (1) Lei 1.287 de 28.12.01.

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

Os referidos dispositivos legais dizem que são obrigações do contribuinte e do responsável escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído, mas as situações que foram autuadas neste auto de infração não estão exigindo multa formal e sim o ICMS originário das omissões de receitas caracterizadas pelas saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais que é infringência ao inciso III, do art. 44 c/c art. 41, ambos da Lei nº 1.287/01, que estabelece justamente a





obrigação de se emitir notas fiscais com fidedignidade e quais são esses documentos fiscais; sendo assim, considerou caracterizado erro na determinação das infrações e com fundamento no inciso IV, do art. 28 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei 3.018/15, e nos termos do art. 29 da Lei nº 1.288/01 considero nulo o presente auto de infração:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

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

Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, deu-lhe provimento e por erro na determinação das infrações julgou NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2016/002505, nos valores de:

1. R\$ 7.035,94 (sete mil e trinta e cinco reais e noventa e quatro centavos) referente ao campo 4.11;
2. . R\$ 2.098,97 (dois mil e noventa e oito reais e noventa e sete centavos) referente ao campo 5.11;
3. R\$ 999,97 (novecentos e noventa e nove reais e noventa e sete centavos) referente ao campo 6.11;
4. R\$ 1.500,43 (um mil quinhentos reais e quarenta e três centavos), referente ao campo 7.11, e
5. R\$ 1.283,05 (um mil duzentos e oitenta e três reais e cinco centavos), referente ao campo 8.11.

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

A Representação Fazendária relata que os documentos não registrados não são materiais de uso e consumo; que não ocorre o fato gerador presumido requerido neste auto de infração e recomenda o “não recebimento deste reexame ratificando a decisão de primeira instancia”.

Intimada por edital em 08.08. 2018, não apresenta recurso.

É o relatório.





VOTO

Visto, analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de infração nº 2016/002505, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à exigência de ICMS decorrente de omissão de receita proveniente das vendas de mercadorias tributáveis ocorridas em data anterior à aquisição de mercadorias com recursos financeiros omitidos pela falta de registro de aquisições de mercadorias no livro de registro de entrada nos exercícios de 2011 a 2015, totalizando o valor de R\$ 12.918,36, conforme auto de infração e termos de aditamento (fls. 02/04, 252/253 e 263/264).

Em análise ao conteúdo processual, constata-se que o cerceamento de defesa, acatado pela julgadora de primeira instância, ocorre quando se verifica uma limitação na produção de provas que acaba por prejudicar a parte em relação ao seu objetivo processual.

O autor do lançamento teve duas oportunidades para aditar o presente auto de infração, conforme despachos (fls. 247/248 e 258/260). No entanto, mesmo assim, o autor do lançamento não obteve êxito em suas alterações, pois está evidente que as infrações descritas nos campos 4.1, 5.1, 6.1, 7.1 e 8.1 são decorrentes da omissão de receitas provenientes das vendas de mercadorias tributáveis, ocorridas em data anterior à aquisição de mercadorias com recursos financeiros omitidos pela falta de registro de venda de mercadoria tributada utilizada para aquisições de mercadorias relacionadas nos respectivos levantamentos fiscais (fls. 07, 29/31, 107/108, 136/137 e 184).

Dentro destes contextos, a legislação tocantinense possibilita presumir que todas as mercadorias, bens ou serviços, que tenham entrado no estabelecimento do sujeito passivo e não tenham sido escriturados no livro Registro de Entradas, são oriundas de vendas sem a correspondente emissão de nota fiscal de saídas (omissão de receita).

A autoridade fiscalizadora insistiu em tipificar as referidas infrações nos seguintes dispositivos legais:

- campo 4.1: art. 21, inciso I, alínea “d” c/c inciso II, do art. 44, ambos da Lei nº 1.287/01, conforme termo de aditamento (fls. 263/264).

- campos 5.1, 6.1, 7.1 e 8.1: art. 21, inciso I, alínea “d” c/c inciso II, do art. 44, ambos da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11, conforme termo de aditamento (fls. 263/264).

Primeiro, a disposição prevista na alínea ‘d’, do inciso I, do art. 21, da Lei nº 1.287/01, não tem caráter infracional e é apenas o permissivo legal para se presumir a





ocorrência do fato gerador do ICMS quando constatado que a escrituração do sujeito passivo indica a entrada de mercadorias não escrituradas fiscal ou contabilmente:

Art. 21. Presume-se ocorrido o fato gerador do imposto, salvo prova em contrário:

I – o fato de a escrituração indicar:

d) a entrada de mercadorias não escrituradas fiscal ou contabilmente;

O fato do dispositivo legal acima constar nos campos 4.13, 5.13, 6.13, 7.13 e 8.13 combinado com o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11, conforme termo de aditamento (fls. 263/264), não é o principal motivo para considerar que houve erro na determinação das infrações. Os ilícitos fiscais cometidos pelo sujeito passivo são decorrentes das saídas de mercadorias desacobertas de nota fiscal e sendo assim, o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, indicado no campo 4.13, conforme termo de aditamento (fls. 263/264) e o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11, conforme termo de aditamento (fls. 263/264) indicado nos campos 5.13, 6.13, 7.13 e 8.13, não tipificam corretamente as infrações, vejamos o que dizem tais dispositivos legais:

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

.....
II - escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído; (Redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11).

Redação Anterior: (1) Lei 1.287 de 28.12.01.

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

.....

Os referidos dispositivos legais dizem que são obrigações do contribuinte e do responsável escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído, mas as situações que foram autuadas neste auto de infração não estão exigindo multa formal e sim o ICMS originário das omissões de receitas caracterizadas pelas saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais que é infringência ao inciso III, do art. 44 c/c art. 41, ambos da Lei nº 1.287/01, que estabelece justamente a obrigação de se emitir notas fiscais com fidedignidade e quais são esses documentos fiscais.

Sendo assim, considero caracterizado erro na determinação das infrações e com fundamento no inciso IV, do art. 28 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei



SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



3.018/15, e nos termos do art. 29 da Lei nº 1.288/01 considero nulo o presente auto de infração:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

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

Considerando a sentença de primeira instancia e a manifestação da representação fazendária julgo Nulo o processo por erro na determinação das infrações sem análise de mérito o auto de infração nº 2016/002505.

É o 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 2016/002505 e extinto o processo sem análise de mérito. O Representante Fazendário Hyun Suk Lee fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e pediu o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte dias do mês de novembro de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas -TO, aos quatro dias do mês de fevereiro de 2019.

Suzano Lino Marques
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

