



ACÓRDÃO Nº: 026/2019
PROCESSO Nº: 2015/6820/500142
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2015/001395
REEXAME NECESSÁRIO Nº: 3.779
INTERESSADO: MIKA DA AMAZONIA ALIMENTOS LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 13.222.555-7
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS – MERCADORIA EM TRÂNSITO. TERMO DE APREENSÃO. NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS. IMPROCEDENTE - É improcedente a reclamação tributária que exige o ICMS, de mercadorias em trânsito pelo Estado do Tocantins para outro Estado, acobertada por notas fiscais de datas de emissão anterior à ação fiscal como inidôneas, tendo em vista constar nos autos provas cabais de carimbo de posto fiscal em saídas do Estado remetente e também das notas fiscais com datas dentro do prazo legal.

RELATÓRIO

A Empresa: MIKA DA AMAZONIA ALIMENTOS LTDA (Cuiabá – MT) 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\$ 11.950,87.

Trás descrição em contexto da infração ao campo 4.1, em síntese, que, o sujeito passivo deverá recolher o ICMS Normal, decorrente do transporte de mercadorias tributadas acobertadas por notas fiscais inidôneas. Conforme fazem provas o termo de apreensão nº 2014/000102, lavrado no dia 07 de dezembro de 2014. Pareceres de 1ª, e 2ª instância e as Notas Fiscais anexas. Do exercício de 2014.

Tipificou a Infração em campo 4.13, a que se leia: Art. 41, § 1º, Lei 1.287/01, c/c art. 43, inciso VII, X, Art. 44, inciso XXI, todos da Lei 1287/2001, onde postula:

Art. 41. Os contribuintes do ICMS e as pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado emitirão os documentos fiscais exigidos em conformidade com os modelos, formas,





momento e locais estabelecidos na legislação tributária, sempre que promoverem operação relativa a circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais e de comunicação.

[.....]

§ 1º – As mercadorias ou os serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhados de documentos fiscais que comprovem a regularidade da operação ou prestação.

Combinado com (c/c)

Art. 43. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que:

VII - não corresponda a uma efetiva operação ou prestação, constituindo-se em documento fiscal gracioso;

X – que não atenda outros requisitos previstos em regulamento. (Redação dada pela Lei 2.006 de 17.12.08)

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

XXI – cumprir as demais obrigações acessórias previstas na legislação tributária.

Trás como penalidade sugerida campo 4.15, no art. 48, inciso IV, alínea “b”, da 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: (Redação dada pela Lei 2.253/2009).

[.....]

VI– 120 %, quando a falta de recolhimento do imposto decorrer da: (Redação dada pela Lei 2.253 de 16.12.09)

b– entrega, remessa, posse, transporte, recebimento, estocagem ou depósito de mercadorias sem documentação fiscal ou acobertada por documentação inidônea;

A atuante juntou aos autos, cópia do Demonstrativo do Crédito Tributário, cópia do Termo de Apreensão nº 2014/000102, cópias de Conhecimento de Transporte - CT – DACTE, cópias de DANFE's, cópia Despacho Gerencia de





Fiscalização de Trânsito, cópia Ofício SGD – 2015/25009/000236 Procuradoria Fiscal do Estado do Tocantins, cópia Pedido da PGE – Judicial, a Mandado de Segurança nº 0032395-91.2014.827.2729, cópia do Cadastro de Contribuinte – SEFAZ/MT. Acostados as fls. 04 a 35 dos autos.

O sujeito passivo é intimado (fls. 36) do Auto de Infração, via AR Correio, fls. 37, com ciência pelo contribuinte na data 29.05.2015. No entanto só para observação, o carimbo do Correio em campo próprio é de 29 de setembro de 2015.

Comparece então o sujeito passivo aos autos, por meio de Procuradores, instrumento de Procuração de fls. 53, a pleitear defesa ao campo 4.1, “*data vênia*” nos fatos a que alega e argumenta em sua tempestiva Impugnação ao auto de infração, com data em 11.06.2015, acolhida sem carimbo da Agência de Atendimento de Alvorada.

Não alega preliminar.

De mérito;

Aduz que, a impugnante, é uma empresa de fabricação de produtos alimentícios, instalada em Cuiabá, capital mato-grossense. E em data de 07/12/2014 transportava mercadorias com documentos fiscais idôneos, quando em Posto Fiscal de divisa, deteve contra si Termo de Apreensão de mercadorias nº 2014/000102, considerando os documentos fiscais como inidôneos, e os enquadrados como “*graciosos*” com base nos preceitos do art. 43, inciso VII, da Lei 1.287/2001, e junto com outros dispositivos capitulados em art. 41, *caput*, § 2º, art. 43, X, e art. 44, XXI, sendo estes apenas genéricos de inobservância a obrigação acessória regulamentada.

Partindo destes fatos, Irresignada com a ilegal constituição de crédito tributário que se apresenta, pois motivados de notas fiscais e conhecimento de transporte válidos e eficazes, na existência de efetivas operações comerciais, onde demonstram não serem “*graciosos*”.

Conforme se denota, em provas apresentadas ao fisco, todos os documentos fiscais foram validamente emitidos em 03.12.2014, com impostos recolhidos, se representado, portanto, uma efetiva operação comercial. Com previsão de entrega das mercadorias nos estabelecimentos destinatários para o dia 09.12.2014

Sucedem que a autoridade fiscal entendeu que estava “atrasada” no dia 07.12.2014, para a entrega no dia 09.12.2014, o que levou a autoridade a apreender todas as mercadorias, como se constata no Termo de Apreensão.





Que todos os documentos emitidos em 03.12.2014, representa atual e correta operação de circulação de mercadorias, ao obter a chave de acesso e protocolo de autorização de uso.

Trás os dispositivos citados da legislação tributária indicada e que constam informadas no termo de apreensão, tratar-se de documento inidôneo, e os transcrevem verbus.

Não obstante que nenhuma das hipóteses de documentos inidôneos encaixa no caso em tela e para seu fundamento cita e transcreve o art. 145, incisos I ao XI, do RICMS, Decreto 2912/2006, dos efeitos a favor do fisco para ser considerados inidôneos, o faz verbus.

Por ultimo rechaça hipótese da inidoneidade poderá ser afastada se o sujeito passivo comprovar que a irregularidade não importou em falta de pagamento total ou parcial do imposto, no dispositivo do § 2º, do art. 43 da Lei 1.287/2001, transcreve verbus.

Do exposto, ante as provas robustas dos documentos fiscais idôneos, do erro perpetrado pela autuante em lançamento de ofício, julgue procedente a presente impugnação e declare nulo o débito do Auto de Infração nº 2015/001395.

Para provar os alegados acima, o sujeito passivo juntou a impugnação, cópia da décima primeira Alteração Contratual da Empresa, cópias de documentos pessoais de sócio, cópia de Procuração Ad Judícia Et Extra, cópia do Termo de Apreensão nº 2014/000102, cópia de intimação do auto de infração, Termo de inicio e enceramento, , cópia das notas fiscais de vendas – DANFE's, cópias de Conhecimento de Transporte - CT – DACT, acostados as fls. 47 a 70 dos autos.

O processo é distribuído ao julgador de primeira instância, para análise e sentenciar.

E em sua análise ao processo, entende o julgador proceder com questionamento e saneamento aos autos, conforme itens solicitados ao autor do feito ou substituto.

Destinado o processo ao auditor substituto, este atende ao solicitado em despacho, juntando documentos e elaborando termo de aditamento, acostados as fls. 74 dos autos. E encaminha-se o processo a Agencia de atendimento para notificar ao sujeito passivo do Termo Aditivo e outros.





Deste fato é notificado fls. 75 o sujeito passivo, por intermédio de correspondência em aviso AR-Correio, fls. 76, com o ciente do contribuinte na data de 11.05.2017.

E comparecendo o sujeito passivo no prazo legal com impugnação ao Termo de Aditamento, fazendo de forma integral consubstanciada na ratificação de tese de defesa em impugnação inicial.

E novamente o processo é distribuído e encaminhado ao mesmo julgador de primeira instância, para sentenciar.

O julgador, já em sentença singular, emite o relatório nos fatos da peça inaugural, da infração tipificada, dos documentos anexados pelo autuante e das alegações e argumentos da peça impugnativa, também dos documentos e Termo Aditivo trazido pelo auditor substituto.

Aduz o julgador singular, dos fatos e fundamentos que, em consulta aos autos do processo nº 2014/6830/500723, originário do Termo de Apreensão nº 2014/000102, verifica-se não constar o “*juízo*” do Termo de Apreensão o qual deveria ter sido realizado, após a liberação da mercadoria pela liminar da justiça do Estado do Tocantins, conforme previsão no art. 81, inciso I, II, Lei 1.288/2001, com redação dada pelas Leis nº 1.744/06 e 1.845/07 e o Decreto nº 3.088/07.

Entende que o crédito tributário só poderia ter sido constituído em auto de infração, após a decisão em julgado de primeira instância no processo de termo de apreensão de mercadorias e deveria ter sido anexado ao processo apensado a este, e após também ter sido apreciado pelo Superintendente de Gestão Tributária, assim em trânsito julgado de segunda instância, em decisão prolatada pelo Superintendente de Gestão Tributária.

Deste exposto evidencia-se que o procedimento de constituição do crédito tributário em auto de infração ficou prejudicado, acarretando o cerceamento de defesa, e conseqüentemente a nulidade do auto de infração, nos preceitos do art. 28, inciso II, da Lei 1.288/2001.

Firma convencimento o julgador, em razão da nulidade imposta em cerceamento de defesa, declarada ao auto de infração, não foi analisado o mérito desse contencioso.

E decidindo, diante do exposto, conhece da impugnação apresentada, feita a análise dos processos nº 2014/6830/500723 apensado ao 2015/6820/500142, e constatado etapas suprimidas, argui preliminar para julgar pela nulidade do crédito tributário deste auto de infração, e extinto o processo sem julgamento de mérito.





Mediante o julgado, em decisão ao campo 4, submete a apreciação do colendo conselho, nos termos dos artigos 56 e 58 da Lei 1.288/2001, com redação dada pela Lei 3.018/2015.

Perquirida, a Representação Fazendária observa quanto ao Reexame Necessário, na nulidade ao crédito tributário de campo 4.11, do auto de infração.

Aduz que a exigência tributária é o ICMS, decorrente de mercadorias tributadas acobertadas no transito por notas fiscais eletrônicas consideradas inidôneas, sendo lavrado termo de apreensão, por consignar data de saída das mercadorias em 09.12.2014 posterior a data da ação fiscal em 06.12.2014.

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins concede liminar em Mandado de Segurança ao sujeito passivo, autorizando a entrega da mercadoria.

A Secretaria da Fazenda depois de prestar informações à justiça através do Jurídico Tributário da Procuradoria Geral do Estado, do Mandado de Segurança, tendo em vista a liberação das mercadorias, envia o processo de Termo de Apreensão à Delegacia Tributária Fiscal de Alvorada para determinar a constituição do crédito tributário culminando com o auto de infração.

Para a exigência tributária só pode admitir a prova material direta, ou seja, a mesma que também servirá ao sujeito passivo como contraprova, de que não descumpriu com a obrigação.

No processo derivado do termo de apreensão, não constam os procedimentos necessários para sua regularização determinados nos incisos I, II do Art. 81, da lei 1.288/2001, transcreve verbus.

Entende acertada a decisão singular, em decretar a nulidade por cerceamento de defesa, por não ter cumprido com a norma do procedimento Administrativo Tributário, preconizado do art. 28, inciso II, da Lei 1.288/2001, e a transcreve verbus.

Do exposto o parecer é seja mantida e confirmada a decisão singular tal como assentada.

O Presidente do CAT encaminha o processo a Agencia de Atendimento de Alvorada para ciência da decisão em Sentença Singular e Manifestação em Parecer da Representação Fazendária.





É notificado, fls. 101, o sujeito passivo, da sentença singular, e parecer da REFAZ, via AR-Correio as fls. 102, com ciência em 26.06.2018.

E o sujeito passivo deixa de comparecer ao processo.

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 formalizou o lançamento de ofício em auto de infração nº 2015/001395, no teor do único contexto que abrange o exercício de 2014, para reclamar do sujeito passivo, contribuinte inscrito no Estado de Mato Grosso, o ICMS – normal, em decorrência de ação fiscal em Posto Fiscal de divisa, de trânsito no transporte de mercadorias tributadas acobertadas por notas fiscais consideradas como inidôneas, devido constar data de saída futura. Conforme fazem provas o Termo de Apreensão nº 2014/000102, lavrado no dia 07 de dezembro de 2014. Pareceres de 1ª, e 2ª instância e as Notas Fiscais anexas. Do exercício de 2014.

De inicial, aduz o julgador de primeira instância, dos fatos e fundamentos que, em consulta aos autos do processo nº 2014/6830/500723, originário do Termo de Apreensão nº 2014/000102, apenso agora a este processo nº 2015/6820/500142, verifica-se não constar o “*judgamento*” do Termo de Apreensão o qual deveria ter sido realizado, após a liberação da mercadoria pela liminar da justiça do Estado do Tocantins, conforme previsão no art. 81, inciso I, II, §§ 1º, 2º, Lei 1.288/2001, com redação dada pelas Leis nº 1.744/45/06, 1.845/07 e 2.598/12, e Decreto nº 3.088/07.

Entende o sentenciador que o crédito tributário só poderia ter sido constituído em auto de infração, após a decisão em julgado de primeira instância, pelo Delegado Regional, neste processo de termo de apreensão de mercadorias em trânsito. E deveria ter sido anexado ao processo apensado a este, que após também ter sido apreciado pelo Superintendente de Gestão Tributária, assim em trânsito julgado de segunda instância, em decisão prolatada pelo Superintendente de Gestão Tributária.

Deste exposto evidencia-se que o procedimento de constituição do crédito tributário em auto de infração ficou prejudicado, acarretando o cerceamento de defesa, e conseqüentemente a nulidade do auto de infração, nos preceitos do art. 28, inciso II, da Lei 1.288/2001.





Firma convencimento o julgador, em razão da nulidade imposta em cerceamento de defesa, declarada ao auto de infração, não foi analisado o mérito desse contencioso.

Devido o julgado de primeira instância ser desfavorável a Fazenda Pública, é sujeita ao duplo grau de jurisdição, submete-se a apreciação do colendo conselho, nos termos do art. 56, inciso IV, alínea *f*, e art. 58, parágrafo único da Lei 1.288/01, redação dada pela Lei 3.018/2015.

E encaminhada à apreciação da Representação Fazendária, neste Reexame Necessário, entende acertada a decisão singular no seu fundamento, recomendando a manutenção pela nulidade do auto de infração, em cerceamento de defesa, nos preceitos do art. 28, II, Lei 1.288/2001.

“*Data máxima vênia*” principiado nesta sentença singular, na nulidade deste auto de infração, onde acarretaria a possibilidade de nova oportunidade para correção em novo auto de infração. Dispêndio este que pode inferir no princípio da economicidade, e da verdade material, para ser novamente exigido. Entendendo que o mérito em questão sobrepõe-se a esta preliminar, se não;

Vejamos, dos fatos, a ação fiscal se deu em 07/12/2014 com lavratura do Termo de Apreensão de mercadorias, fls. 05/07 dos autos, por considerar inidôneas notas fiscais terem consignadas em campo de “data de entrada/saída” a data de 09/12/2014, no entanto em campo de “data da emissão” a data de 03/12/2014.

Denota-se desta ação fiscal, não se tratar de mercadoria desacompanhada de nota fiscal, ou de mercadoria em regime de substituição tributária, ou de remetente ou destinatário com inscrição estadual suspensa /desativada, ou de mercadorias diferentes em quantidades ou divergentes encontradas das descritas, mas tão somente por “data” que não emerge fins de inidoneidade ao documento fiscal.

A reclamação tributária exigida é o ICMS normal, por considerar tida a inidoneidade destas notas fiscais, em trânsito pelo Posto Fiscal na divisa de Estado, para destinatário de outro Estado, no indicativo em campo “data entrada/saída” das mercadorias com data futura.

De mérito;

Da descrição da infração; lavrada neste contexto do auto de infração infere-se decorrente do transporte de mercadorias tributadas em trânsito, acobertadas por notas fiscais inidôneas, conforme fazem provas no Termo de Apreensão.





Nesse sentido observo que cuida o auto de infração de reclamar o ICMS normal, a que deveria ser ICMS ação fiscal em trânsito de mercadorias das notas fiscais de nº 20501, 20502, 20503, 39871, cujas cópias em DANFE's se encontram acostadas as fls. 12 a 16 deste processo, e as fls.13 a 17 dos autos, em processo do Termo de Apreensão.

Importante que, no esforço do nobre Auditor Fiscal, nos trabalhos, em procedimentos de auditoria ao Levantamento "Outros", do ICMS normal, porquanto deveria ser "ICMS ação fiscal em trânsito de mercadorias", com o demonstrativo do crédito tributário em Relação de Notas Fiscais das Mercadorias, apontando inidoneidade destas notas fiscais em apenas "datas", como verificada a nota fiscal em mercadorias sujeitas à tributação, na aplicação ao seu Valor, o I.V.A de 20% (Índice de Valor Adicional ou Agregado), resultante em Base de Cálculo, na alíquota de 17%, para exigir o ICMS puro e simples, no florescer o crédito tributário, elemento necessário a demonstrar o valor encontrado do ICMS como, não recolhido/não pago ao erário Tocantinense.

Em momento algum, a ilustre autuante, aponta com exatidão os fundamentos fáticos e lógicos legais, para que o ato mereça e deva ser exigido, haja vista ser do conhecimento geral, que o lançamento tributário, é ato plenamente vinculado, amparado em técnicas de auditorias, reconhecidas como eficiente e apta para apontar ocorrências de irregularidades possíveis e prováveis, razões pelas quais, recomendadas e adotadas pela Fazenda Pública Estadual.

Evidenciam-se nos e para os referidos documentos, do prazo para utilização e do prazo de validade do documento fiscal, nos preceitos da legislação em Regulamento do ICMS – RICMS, a que se assemelha em outros Estados devido ao Ajuste SNIEF ter o mesmo tratamento, assim na apropriação do postulado em art. 147, RICMS – Decreto 2912/2006, "**verbis**"

Art. 147. O documento fiscal emitido após a sua data-limite ou antes de liberado seu uso, é considerado inidôneo para todos os efeitos legais, independentemente de formalidades ou ato administrativo da autoridade fazendária, sendo vedado o aproveitamento do crédito do ICMS nele destacado, inclusive, aplicando-se também ao documento fiscal oriundo de outra unidade da Federação, para destinatário localizado neste Estado.

Neste aspecto, comungo com as alegações e argumentos do sujeito passivo em sua impugnação, ao alegar:





“Todos os documentos fiscais foram validamente emitidos em 03/12/2014, com impostos recolhidos, representando-se, portanto, em uma efetiva operação comercial.”

E mais, argumenta devido serem as Notas Fiscais Eletrônicas,

“Todos os documentos fiscais, emitidos em 03/12/2014, representado atual e correta operação de circulação de

mercadorias, obtem chave de acesso e protocolo de autorização de uso.” (grifo nosso).

De outra forma, citando a legislação Estadual, temos semelhante o referenciado Ajuste SNIEF, em art. 148, incisos I, II, III, §§ 1º, 3º, 6º, do RICMS – Decreto 2912/2006, “**verbis**”

Art. 148. Para o fim de acobertar o transporte de mercadorias no território deste Estado, o prazo de validade da Nota Fiscal de Entrada, modelo 1 ou 1-a, do produtor e avulsa, é de:

I – até o dia seguinte a sua emissão, dentro do mesmo Município;

II – até 6 dias após a sua emissão, para transportadoras regularmente inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado, observados os artigos 188 e 189;.

III – até 3 dias após a sua emissão nos demais casos, observado o § 7º deste artigo. (grifo nosso).

§ 1º Se for ultrapassado o prazo previsto na hipótese dos incisos II e III do caput deste artigo, é obrigatória a conferência da carga transportada, devendo ser considerado inidôneo o documento fiscal somente quando houver diferença de quantidade de carga. (grifo nosso)

§ 3º Considera-se dia do início aquele indicado no documento fiscal como correspondente à data da saída da mercadoria ou, na sua falta, **a data da emissão do documento fiscal** ou ainda, a data do carimbo do Posto Fiscal de fronteira. (grifo nosso)



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



6º Em se tratando de remessa feita por contribuinte localizado em outra unidade da Federação, o prazo de validade do documento fiscal é de 3 dias corridos, a contar da data do ingresso da mercadoria no território desta Estado, anotada no documento pela repartição fiscal competente. (grifos nosso).

Corroborando com o § 3º, do art. 148, acima citado, constar nestas notas fiscais, a existência em cada uma delas, de um carimbo da Secretaria da Fazenda do Mato Grosso, na data de 05/12/2014 em controlador sequencial aos nº 562059; 86440012; 125792; carimbo controlado eletronicamente, de Posto Fiscal de Divisa de Estado, fronteira.

A apresentação de provas cabais do fato ilide a praticada ação fiscal tida como ilícita por documento fiscal inidôneo e afasta a exigência tributária no fato gerador apontado no auto de infração.

Do exposto, conheço da impugnação apresentada, dar-lhe provimento, e neste reexame necessário, negar-lhe provimento e voto para modificar a decisão em sentença singular de nulidade, e julgar pela Improcedência deste auto de infração, na reclamação tributária em campo 4.11 – valor originário de R\$ 11.950,87, absolvendo-o da imputação que lhe foi dirigida pela peça basilar.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, reformar a decisão de primeira instância, para julgar improcedente a reclamação tributária constante do auto de infração 2015/001395 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de R\$ 11.950,87 (onze mil, novecentos e cinquenta reais e oitenta e sete centavos), referente o campo 4.11. O Representante Fazendário João Alberto Barbosa Dias fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Sani Jair Garay Naimayer, José Cândido de Moraes, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Maria das Graças Vito da Silva Veloso. Presidiu a sessão de julgamento aos dezoito dias do mês de outubro de 2018, o conselheiro Luiz Carlos da Silva Leal.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos onze dias do mês de fevereiro de 2019.



Publicado no Diário Oficial de nº 5.302, de 18 de fevereiro de 2019

**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Suzano Lino Marques
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira Bueno
Conselheiro relator

