

SECRETARIA DA  
**FAZENDA E**  
**PLANEJAMENTO**

GOVERNO DO  
**ESTADO DO**  
**TOCANTINS**



**ACÓRDÃO Nº:** 066/2019  
**PROCESSO Nº:** 2016/6040/503052  
**AUTO DE INFRAÇÃO Nº:** 2016/002613  
**REEXAME NECESSÁRIO Nº:** 3.965  
**INTERESSADO:** MGC COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA  
**INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:** 29.394.611-6  
**RECORRENTE:** FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

## EMENTA

ICMS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DIÁRIO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária que exige ICMS por saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, constatada em levantamento quantitativo financeiro diário, que exige ICMS por erro na determinação da infração e cerceamento de defesa, nos termos do art. 28, II, IV, Lei 1.288/2001 (Redação dada pela Lei 3.018, de 30.09.15).

## RELATÓRIO

A Empresa MGC COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA é autuada por meio de lançamento de ofício neste auto de infração, na reclamação tributária de ICMS em campo 4.11 - valor originário de R\$ 7.304,28, campo 5.11 – valor originário de R\$ 4.593,47, campo 6.11 – valor originário de R\$ 37.403,71.

Trás descrição em contexto da infração ao campo 4.1 a 6.11, em síntese, que, o sujeito passivo deverá recolher ICMS NORMAL, referente as saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documentos fiscais. Conforme demonstrado através do Levantamento Específico de mercadorias (Levantamento quantitativo financeiro diário) dos períodos anexos. Referente aos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

Tipificou as Infrações em campo 4.13 a 6.13, a que se leia: Art. 44, III, Lei 1.287/01, onde postula:

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

[.....]



SECRETARIA DA  
**FAZENDA E**  
**PLANEJAMENTO**

GOVERNO DO  
**ESTADO DO**  
**TOCANTINS**



III – emitir, com fidedignidade, documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, tributada ou não, inclusive sujeita ao regime de substituição tributária, ainda que dispensada a escrituração;

Trás como Penalidade sugerida campo 4.15 ao 6.15, no art. 48 inciso III, alínea “a”, da Lei 1.287/01, (Redação dada pela Lei 2.253/2009), a saber:

**Art. 50** 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;

O autuante juntou aos autos, cópia do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário; Auditor Eletrônico; 2012, 2013 e 2014, demonstrativos das mercadorias sem documentos fiscais de saídas e não registrados, cópia BIC, cópia CD-ROOM Mídia, Termo de Verificação Fiscal, acostados as fls. 05 a 48 dos autos.

O sujeito passivo é intimado (fls. 04) do auto de infração, via direta, com ciência na data 23/06/2016.

Comparecendo, o sujeito passivo ao processo, na data de 21/06/2016, por intermédio de sua representante Sócia, no prazo legal, tempestivamente, apresentando impugnação ao auto de infração nº 2016/002613 deste processo nº 2016/6040/503052, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir;

Não consta alegação de preliminar;

De mérito;

De início discorre sobre o fato de que é empresa com atividade de colchoaria, é exclusiva representante da marca “Castor”, e tem que cumprir algumas exigências do fabricante. Como usar o mesmo código do produto em operações que ocorrer com o fabricante.

Argumenta que, a auditoria foi feita através dos arquivos SPED fiscal entregues ao fisco. Porém cada software também tem suas adequações conforme exigência do próprio fisco estadual, com isso no sistema cada produto tem dois códigos, sendo o de referencia gerado pelo próprio sistema e o código do fabricante.



**SECRETARIA DA  
FAZENDA E  
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO  
ESTADO DO  
TOCANTINS**



Devido a essa exigência do fabricante utilizar o mesmo código da fábrica, foram surpreendidos com o auto de infração. Em que o lançamento de ofício tem como fato gerador, o ICMS, proveniente de desacertos com códigos de produtos.

Alega que, nas compras e vendas anuais das mercadorias no arquivo SPED fiscal estão os códigos de referencia gerado no software utilizado pela empresa, porém o arquivo gerado de inventário de mercadorias consta o código do produto exigido pelo fabricante. Com isso houve a divergência na auditoria.

Ocorre se fizer juntar os dois códigos do produto, no final o estoque vai fechar de acordo com a realidade da empresa. Para tanto faz um demonstrativo dos códigos de referencia com código de fabricante. Faz também anexo um Laudo Técnico emitido pela empresa Quantum Serviços de Informática Ltda, como meio de comprovar as informações mencionadas.

Diante do exposto, seja apreciada a impugnação, onde pede sejam acolhidas as razões de mérito ao efeito de julgar improcedente o auto de infração.

Faz e trás anexos a impugnação, documentos, tais como: Cópia da 9ª alteração contratual, cópia do BIC, cópia do laudo técnico da empresa Quantum Serviços de Informática Ltda, cópia do Auto de Infração, cópia dos Levantamentos fiscais, cópia de Lista de mercadorias com código de referencia e do fabricante, cópia Termo de Verificação Fiscal – TVF, cópia de relatórios. Fls. 52 a 258 dos autos.

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

Este, considerando a necessidade de firmar convencimento, entende se for o caso por sanear o processo. Devolvendo-o ao autor ou substituto, para atender aos requisitos identificados em seu despacho, fls. 260.

Solicito em atender o despacho do julgador de primeira instancia, o autuante tece suas alegações e argumentos nas arguições de impugnação, não merecendo serem apreciadas, sendo improcedentes e incapazes de invalidar a inicial, pois que apenas requer a confrontação dos códigos do produto, considerando o espaço de amostragens nas quantidades de itens selecionados mínimas para o específico.

No entanto entende que o alegado não tem sentido. O programa auditoria fez cálculos na equação básica específico:  $EI + C = EF + V$ , de dados retirados de EFD – SPED.



SECRETARIA DA  
**FAZENDA E**  
**PLANEJAMENTO**

GOVERNO DO  
**ESTADO DO**  
**TOCANTINS**



Desta forma, conforme legislação, nos procedimentos de auditoria geralmente aceitos, o lançamento está correto e não faz sentido os argumentos da atuada.

O sujeito passivo é notificado, intimado, fls. 265, do Parecer de fls. 261/262, via AR-Correio fls. 266, ciente em 26.07.2017.

Comparece o sujeito passivo aos autos, com impugnação em Recurso voluntário ao Parecer do atuante, nas mesmas teses de defesa em alegações e argumentos já apresentadas em impugnação inicial.

Porém, a serem analisadas e observadas na apreciação deste contencioso no seu amplo direito de defesa e contraditório.

O julgador singular em sua análise aos autos apresenta a sentença, com seu relatório circunstanciado nas razões de impugnação, no parecer do atuante e recurso ao parecer. E nos fundamentos de fato e de direito, aduz,

O auditor atuante, em seu parecer de fls. 261/262, não esclareceu suficientemente as alegações e argumentos do sujeito passivo. As alegações de impugnação têm fundamentação que merecem serem analisadas com mais profundidade. Faltou ao fisco averiguar as divergências apontadas, de forma mais pontual, na análise do fato dos documentos apresentados pela impugnante.

Diz que concorda com a peça impugnatória. Os autos não estão aptos e ou suficientes para demonstrar a materialidade do ilícito denunciado, tampouco à dar sustentabilidade à acusação. Pois não atende os requisitos mínimos dispostos no inciso IV, do Art. 35 da Lei 1.288/2001.

E por constatar que os elementos de provas carreados na impugnação foram suficientes para demonstrar a incerteza e insegurança aos fatos denunciados na inicial.

Entende o sentenciador, que houve cerceamento de defesa, e que há “*erro na determinação da infração*” e conseqüente nulidade do auto de infração nos termos do disposto art. 28, inciso II e IV da Lei 1.288/2001.

No exposto, o julgador singular em decisão de sentença, de sua análise convicta, julga pela nulidade da reclamação tributária na exigência do valor originário de campo 4.11 a 6.11, deste auto de infração. Em razão da nulidade não foi analisado o mérito deste contencioso.

Submete à decisão a apreciação do colendo conselho, nos termos dos arts. 56 e 58 da Lei 1.288/2001, redação dada pela Lei 3.018/2015.





Perquirida, a Representação Fazendária, neste Reexame Necessário, está observa quanto ao credito constituído neste auto de infração, da reclamação na ocorrência aos créditos tributários, do contraditório, em parecer do autuante ao auto de infração, da sentença singular, e da matéria de fato e de direito, conclusão.

Reclama-se o ICMS decorrente de saídas tributadas sem emissão de documentos fiscais, apurados por levantamento específico de mercadorias (Levantamento quantitativo financeiro diário), exercícios 2012, 2013, 2014.

Que as pretensões fiscais foram tipificadas conforme legislação tributária, na infração ao art. 44, inciso III da Lei 1.287/2001, “**verbis**”

**Art. 44.** São obrigações do contribuinte e do responsável:  
[.....]

III – emitir, com fidedignidade, documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, tributada ou não, inclusive sujeita ao regime de substituição tributária, ainda que dispensada a escrituração;

Aduz que o levantamento fiscal detectou mercadorias sem emissão de notas fiscais ou omissão de saídas diárias. E não reflete de maneira incisiva a realidade dos fatos apontados, tendo em vista que o contribuinte faz seus lançamentos de entradas e saídas, bem como apuração do imposto mensal e não diários.

Entende ser impossível matematicamente se chegar a um resultado exato através do levantamento específico, por meio do levantamento quantitativo financeiro diário, com a flexibilização dos prazos de registros de entradas e saídas, e não necessariamente coincidentes com datas de seus registros na escrita fiscal.

Que o levantamento fiscal não se encontra de acordo com as técnicas de auditoria e em desacordo com os requisitos da legislação tributária, nos preceitos do art. 35, inciso IV, Lei 1.288/2001, assim prejudicando o crédito tributário nas pretensões da Fazenda Publica.

Portanto, tal evidencia gera a nulidade do auto de infração nos preceitos do inciso II do Art. 28, da Lei 1.288/2001.

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.





Do exposto a Representação Fazendária, pede que, seja reformada a sentença singular de nulidade do auto de infração, por erro na determinação da infração, para nulidade por cerceamento de defesa em não apresentar os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

Em despacho do Presidente do CAT, encaminha-se a Agencia de Atendimento de Palmas, para intimar/notificar o sujeito passivo da decisão em sentença singular e manifestação/parecer da Representação Fazendária.

O sujeito passivo é intimado/notificado conforme fls. 1.297, da decisão em sentença singular, e manifestação/parecer da Representação Fazendária, via AR-Correio fls. 1.298, com ciente na data de 09/10/2018.

O sujeito passivo deixa de comparecer aos autos do processo.

É em síntese o Relatório,

É em síntese o Relatório,

## VOTO

Vistos, analisados e discutidos o presente processo tem-se que,

A Fazenda Pública Estadual reclama em lançamento de ofício efetuado através de dois (02) contextos deste auto de infração, que,

O sujeito passivo deverá recolher ICMS NORMAL, referente as saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documentos fiscais. Conforme demonstrado através do Levantamento Especifico de mercadorias (Levantamento quantitativo financeiro diário) dos períodos anexos. Referente aos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

Nutrem os autos a respeitável sentença monocrática, pela qual decide o julgador de primeira instância, alegar uma preliminar de nulidade por erro na determinação da infração, dar provimento a impugnação, para julgar por nulidade as reclamações tributárias em valor originário de campo 4.11, 5.11, e 6.11, deste auto de infração, sem análise de mérito.

Devido o julgado ser desfavorável a Fazenda Publica, em valores submetidos ao duplo grau de jurisdição, submete a decisão a apreciação do Colendo Conselho, nos termos dos art.s 56 e 58 da Lei 1.288/2001, alterada na redação dada pela Lei 3.018/2015.





E nesse reexame necessário, tenho a aduzir;

No presente caso, nos procedimentos adotados pela auditoria, no levantamento fiscal praticado não se encontram de acordo com técnicas apropriadas e suficientes para materializar com efetiva certeza o resultado. Os autos não estão aptos e ou, suficientes, para demonstrar a materialidade do ilícito denunciado na exordial.

Entendo que pode haver sim reclamações tributárias, mas esta de momento não foi esclarecedora, deixando de fazer conferência mais aprofundada com apresentação de documentos probantes dos fatos fundamentados.

O auto de infração não atende os requisitos exigidos em uma autuação, conforme determina a legislação tributária, principalmente no que preceitua e dispõe o art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001, “**verbus**”:

**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. (Grifei).

Reclama-se o ICMS decorrente de saídas tributadas sem emissão de documentos fiscais, apurados por levantamento específico de mercadorias (Levantamento quantitativo financeiro diário), exercícios 2012, 2013, 2014.

Que as pretensões fiscais foram tipificadas conforme legislação tributária, na infração ao art. 44, inciso III da Lei 1.287/2001, “**verbis**”:

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

[.....]

III – emitir, com fidedignidade, documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, tributada ou não, inclusive sujeita ao regime de substituição tributária, ainda que dispensada a escrituração;

Aduz que o levantamento fiscal detectou mercadorias sem emissão de notas fiscais ou omissão de saídas diárias. E não reflete de maneira incisiva a realidade dos fatos apontados, tendo em vista que o contribuinte faz seus



SECRETARIA DA  
FAZENDA E  
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO  
ESTADO DO  
TOCANTINS



lançamentos de entradas e saídas, bem como apuração do imposto mensal e não diários.

Entende ser impossível matematicamente se chegar a um resultado exato através do levantamento específico, por meio do levantamento quantitativo financeiro diário, com a flexibilização dos prazos de registros de entradas e saídas, e não necessariamente coincidentes com datas de seus registros na escrita fiscal.

Que o levantamento fiscal não se encontra de acordo com as técnicas de auditoria e em desacordo com os requisitos da legislação tributária, nos preceitos do art. 35, inciso IV, Lei 1.288/2001, assim prejudicando o crédito tributário nas pretensões da Fazenda Pública.

Portanto, tal evidencia gera a nulidade do auto de infração nos preceitos do inciso II do Art. 28, da Lei 1.288/2001.

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.

Sendo assim entendo que estas falhas constituem em convergência de tipificação com erro na determinação da infração, no postulado do inciso IV, e II, do artigo 28, da Lei 1.288/2001, (Redação dada pela Lei 3.018, de 30.09.15), "**verbus**":

**Art. 28.** É nulo o ato praticado:

II – com cerceamento de defesa;

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

Entretanto se faz necessário ressaltar que apesar do equívoco cometido no levantamento fiscal, em lançamento de ofício realizado, com tipificação da infração, irregularmente inserida em auto de infração, o qual determina o comprometimento do feito fiscal, com a decisão de nulidade, não decide em definitivo a favor do sujeito passivo, resultando apenas absolvição do autuado da imputação que lhe é feita e dirigida por meio do auto de infração. Cujas consequências desse fato, a nulidade, é a abertura de nova oportunidade para que se proceda à nova revisão de auditoria em levantamentos fiscais, à que se proceda à lavratura de outro auto de infração, para a devida cobrança do crédito tributário originário da omissão praticada pelo sujeito passivo, na forma como determina a legislação tributária.

Diante do exposto, conheço do reexame necessário, nego-lhe provimento, acolho a preliminar de nulidade por erro na determinação da infração arguida da



SECRETARIA DA  
**FAZENDA E**  
**PLANEJAMENTO**

GOVERNO DO  
**ESTADO DO**  
**TOCANTINS**



decisão em sentença singular, para julgar confirmando a nulidade das reclamações tributárias deste auto de infração, sem análise de mérito, e extinto o 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 a reclamação tributária constante do auto de infração 2016/002613 e julgar extinto o processo sem análise de mérito. O Representante Fazendário Rui José Diel 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, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Kellen C. Soares Pedreira do Vale. Presidiu a sessão de julgamento aos cinco dias do mês de fevereiro de 2019, o conselheiro Suzano Lino Marques.

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

Suzano Lino Marques  
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira Bueno  
Conselheiro relator

