

**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



ACÓRDÃO Nº:	071/2019
PROCESSO Nº:	2014/6640/500589
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2014/002353
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.734
RECORRENTE:	ORIGINAL LATICÍNIOS IND. E COMÉRCIO LTDA - ME
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.340.645-6
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. OMISSÃO PRESUMIDA DE SAÍDAS TRIBUTADAS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária que exige ICMS de omissão saídas por presunção, quando constatado nos autos erro na determinação da infração, caracterizando o cerceamento de defesa, campos 4.11 a 8.11.

MULTA FORMAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. RECONHECIMENTO E PAGAMENTO DEPOIS DA IMPUGNAÇÃO. PROCEDÊNCIA – É procedente a reclamação tributária que exige Multa Formal por omissão de registro de notas fiscais de entradas, quando houver o reconhecimento do sujeito passivo, tornando a lide incontroversa, após o efetivo pagamento constante nos autos.

RELATÓRIO

O contribuinte foi autuado nos campos 4.1, 5.1, 6.1, 7.1 e 8.1, referente a ICMS por omissão de saídas, na importância de R\$ 52.668,03 (cinquenta e dois mil, seiscentos e sessenta e oito reais e três centavos) R\$ 86.113,36 (oitenta e seis mil, cento e treze reais e trinta e seis centavos) R\$ 16.930,11 (dezesesseis mil, novecentos e trinta reais e onze centavos) R\$ 67.225,20 (sessenta e sete mil, duzentos e vinte e cinco reais e vinte centavos) R\$ 64.395,29 (sessenta e quatro mil, trezentos e noventa e cinco reais e vinte nove centavos) respectivamente, constatado por intermédio do Levantamento Especial – Demonstrativo de Notas Fiscais de Entradas não Registradas, anexo.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



A infração infringida foi o art. 44, inciso III da Lei 1.287/2001.

E nos campos 9.1, 10.1, 11.1, 12.1 e 13.1, referente a Multa Formal por descumprimento de obrigação acessória ao deixar de registrar notas fiscais de entradas, na importância de R\$ 30.981,19 (trinta mil, novecentos e oitenta e um reais e dezenove centavos) R\$ 133.080,60 (cento e trinta e três mil, oitenta reais e sessenta centavos) R\$ 53.930,94 (cinquenta e três mil, novecentos e trinta reais e noventa e quatro centavos) R\$ 223.487,70 (duzentos e vinte e três mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e setenta centavos) e R\$ 158.976,69 (cento e cinquenta e oito mil, novecentos e setenta e seis reais e sessenta e nove centavos) respectivamente, constatado por intermédio do Levantamento Especial – Demonstrativo de Notas Fiscais de Entradas não Registradas, anexo.

A autora do lançamento às fls. 06, anexa termo de aditamento corrigindo os campos 5.8 e 5.11, base de cálculo e valor originário, respectivamente.

Intimado via postal, o sujeito passivo comparece aos autos, apresentando impugnação tempestiva (fls. 2.274/2.281) alegando duas preliminares de nulidades do auto de infração:

Uma pela falta de notificação do contribuinte, informando o início da auditoria mediante termo por escrito, não preenchendo os requisitos legais de instrução e lavratura.

Outra pela ocorrência de Bis In Idem, ao cobrar multa proporcional e multa formal em que ambas as infrações são resultado de um fato comum, sendo que a multa formal será aplicada apenas quando decorrer de descumprimento de obrigação acessória que não resulte em diferença de imposto.

No mérito alega que:

Em 2009 a auditora duplicou a nota fiscal, sequência 11 e 13, razão social do emitente FIBRASA Nordeste S/A no valor de R\$ 14.659,59 datada de 29/12/2009 e a nota nº 8439 emitida em 19/09/2009 no valor de R\$ 42.750,00 foi devidamente escriturada em 25/09/2009.

Em 2010 o Levantamento Especial - Demonstrativo de Notas Fiscais de Entradas não Registradas, utilizado para aplicação da multa formal, os valores são divergentes do levantamento relativo ao imposto a recolher, e tal fato comprova que a maioria das notas fiscais estão lançadas.

Alega também, que o mesmo fato ocorreu em 2011, 2012 e 2013.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Alega ainda, que a legislação em vigor concede benefício fiscal para empresas que atuem com derivados do leite, e a auditora aplicou a alíquota de 17%.

Ao final requer a nulidade do auto de infração.

A julgadora de primeira instância em despacho às fls. 2.158, solicita o retorno dos autos à origem, para que a autora do lançamento ou seu substituto reveja os levantamentos considerando as alegações da autuada, retificando o auto de infração através de aditamento, se necessário.

Em atenção ao solicitado, a autora do lançamento informa que o levantamento do exercício de 2009, às fls. 17, foi retificado e que as notas fiscais nº 27424 e 4244 em duplicidade foram retiradas, e as colunas “valor total e multa formal de 10%” foram corrigidas, conforme levantamento anexo.

Nos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013, as bases de cálculos dos levantamentos de ICMS Normal são as mercadorias tributadas, as bases de cálculos dos levantamentos de multa formal, são as mercadorias tributadas, as do ativo imobilizado, e consumo.

Informa também, que os campos “9.8 – Base de Cálculo” e “9.11-Valor Originário” não foram alterados pelo levantamento corrigido, não sendo objeto do aditamento.

Notificada dos documentos anexados às fls. 2.360/2.361 pela autora do lançamento, a autuada apresenta nova impugnação às fls. 2368/2369 com os mesmos argumentos da impugnação anterior, acrescentando preliminar de decadência do crédito tributário com base no § 4º do art. 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

A julgadora de primeira instância, em sentença às fls. 2.379 a 2.383, conhece da impugnação apresentada, nega-lhe provimento e julga procedente o auto de infração, por entender que, quando às preliminares arguidas, em que o sujeito passivo alega que a notificação para início do procedimento não foi feito, além do mesmo não juntar provas da sua alegação, a autora do lançamento anexou aos autos documentos e livros fiscais da autuada, fato que comprova que houve a entrega dos mesmos pelo contribuinte, certamente atendendo a uma intimação prévia.

Aduz ainda, que não existe duas punições para o mesmo fato, tendo em vista que não se trata dos mesmos ilícitos, mas infrações distintas e concomitantes, decorrentes da falta de registro de notas fiscais de entradas.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Quanto à decadência, no presente caso, aplica-se a regra prevista no art. 173, inciso I do CTN, por trata-se de ICMS e multa formal, não sujeitos a homologação.

A vista do exposto, nega provimentos às preliminares e passa a análise do mérito arguindo que quanto a documentos fiscais em duplicidade no exercício de 2.009, foram excluídos pela autora do lançamento.

Quanto às divergências entre os valores de base de cálculo dos impostos devidos e das multas formais, foram devidamente explicadas pela autuante.

Quanto ao fato dos documentos fiscais terem sido escriturados nos livros contábeis razão e diário não invalida o lançamento, pois os mesmos deveriam ter sido lançados sobre tudo no livro de registro de entradas conforme exige o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 2.912/2006.

E quanto a redução da base de cálculo, a Lei nº 1.584/2005 estabelece em seu art. 4º que “as operações tributadas, apuradas como omissões em ação fiscal, não podem usufruir dos benefícios fiscais”.

Dessa forma, julga procedentes os campos 4.11 a 8.11 referente a ICMS, e os campos 9.11 a 13.11, referente a multa formal que fica extinto pelo pagamento.

Notificado via postal da decisão de primeira instância, a autuada apresenta recurso voluntário tempestivo de fls. 2.397 a 2.406 a este Conselho, refutando a decisão de primeira instância com os mesmos argumentos em sede de impugnação.

A Representação Fazendária em parecer às fls. 2.407/2.411, após suas análises e considerações, pede a nulidade dos campos 4.1 a 8.1 por entender que as infrações descritas nestes campos não guardam perfeita correlação com a tipificação legal, cujo artigo correto seria o 21 da Lei nº 1.287/2001. Quanto aos campos 9.1 a 13.1 que exige multa formal, pede pela procedência ficando extinto pelo pagamento.

Em sessão plenária do dia 17 de novembro de 2017, o este Conselho decidiu converter o julgamento em diligência, arguida pelo Conselheiro Relator, para que o sujeito passivo comprove o lançamento das notas fiscais objeto da autuação, no Livro Diário, mediante cópia do referido livro, relatório contendo número da nota fiscal, data do lançamento e página do Livro Diário, no prazo de trinta dias, em meio físico.

Notificado via postal para cumprir o solicitado, o sujeito passivo não se manifestou.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



É o relatório.

VOTO

A presente lide se configura pela exigência de crédito tributário, ICMS nos campos 4 a 8 por omissões de vendas de mercadorias, e multa formal nos campos 9 a 13, ambos provenientes da falta de registro de notas fiscais de entradas.

As infrações tipificadas foram: para os campos 4 a 8, o art. 44, inciso III, da Lei 1.287/2001, e para os campos 9 a 13, o art. 44, inciso II, da Lei 1.287/2001.

Em sua defesa, o sujeito passivo alega preliminares de nulidade do auto de infração.

E no mérito, alega que as notas fiscais estão devidamente contabilizadas no seu livro Diário.

A julgadora de primeira instância, após cumprimento de diligência rejeita as preliminares arguidas pela impugnante e no mérito, decide pela procedência do auto de infração, e extinto pelo pagamento os campos 9 a 13.

Ciente da decisão singular, a autuada apresenta recurso voluntário, com os mesmos argumentos em sede de impugnação.

Instada a se manifestar, a Representação Fazendária emite parecer opinando pela nulidade dos campos 4 a 8 e consequentemente a reforma da decisão de primeira instância, por entender que a descrição das infrações não guarda correlação com suas tipificações.

Analisando os dados e documentos acostados aos autos, que deram base para à tomada de decisão da julgadora singular, e parecer da Representação Fazendária, entendo que razão assiste a mesma pelo seguinte fato:

Nos campos 4.1, 5.1, 6.1, 7.1 e 8.1, a descrição da infração constatada, tem como contexto, “recolher ICMS referente a omissões de vendas de mercadorias no período, quando a empresa deixou de registrar em seus livros próprios as notas fiscais de compras de mercadorias”.

Enquanto que nos campos 4.13, 5.13, 6.13, 7.13 e 8.13 tem como infringido o art. 44, inciso III, da Lei 1.287/2001.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Vejamos o que prescreve a tipificação citada:

Nº 1.287/2001. Dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins, e adota outras providências.

(...)

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;

(...)

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.

A descrição do citado artigo em seu inciso III, trata da obrigatoriedade de emissão de documentos fiscais, e nada mais que isso.

Observa-se que na descrição da infração, o autuante, diz que a falta de recolhimento de ICMS decorre da omissão de vendas, por ter o sujeito passivo deixado de registrar notas fiscais de compras.

Pois bem, pergunta-se, o que tem a ver a falta de registro de notas fiscais de compras, com omissão de vendas?

A princípio nada tem a ver, porém, a inteligência do art. 21 em seu inciso I, alínea “d”, da mesma Lei, diz o seguinte: o fato da escrituração indicar a entrada de mercadorias não escrituradas fiscal ou contabilmente, presume-se ocorrido o fato gerador do imposto, salvo prova em contrário.

Destarte, a finalidade do art. 21 é condicionar uma provável situação delituosa decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas, pois ao deixar de registrar uma nota fiscal de compras, leva a crer que seu pagamento foi efetuado



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



pelo caixa dois, ou seja, pago com dinheiro de vendas pretéritas, sem nota fiscal, daí a presunção da omissão de saídas.

Neste caso concreto, a descrição da infração não ficou clara quanto ao aspecto da presunção, levando a Representação Fazendária, acertadamente, arguir a nulidade, por erro na determinação da infração, pois, faltou clareza para caracterizar a infração supostamente cometida pelo sujeito passivo, levando à nulidade por cerceamento de defesa, por dificultar o contraditório, cerceando seu direito de defesa, conforme prevê a legislação pertinente, em especial o inciso II, do art. 28 da Lei 1.288/2001, disposto a seguir:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

(...)

II – com cerceamento de defesa.

Portanto, pelo que consta nos autos, entendo que a exigência fiscal ficou fragilizada e deve ser nulificada, possibilitando assim sua revisão, para, reparar ou confirmar os atos supostamente praticados pelo contribuinte, campos 4 a 8, do auto de infração.

Observar-se ainda, a existência de documentos fiscais “outras operações”, tais como: devoluções, simples remessas, inclusas no levantamento, e que não se presta a aferir omissões de saídas por presunção, acarretando também, motivo de nulidade do auto de infração.

Quanto aos campos 9 a 13, estão extintos pelo pagamento.

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento parcial, voto reformando em parte a decisão de primeira instância, para, julgar nula a exigência tributária dos campos 4 a 8, do auto de infração nº 2014/002353, sem análise de mérito, e procedente os campos 9 a 13, porém, extintos pelo pagamento.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade da reclamação



SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



tributária por erro na infração, em relação aos campos 4.11 a 8.11, arguida pelo Representante Fazendário. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte as reclamações tributárias constante do auto de infração 2014/002353 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 30.981,19 (trinta mil, novecentos e oitenta e um reais e dezenove centavos), referente o campo 9.11, R\$ 133.080,60 (cento e trinta e três, oitenta reais e sessenta centavos), referente o campo 10.11, R\$ 53.930,94 (cinquenta e três mil, novecentos e trinta reais e noventa e quatro centavos), referente o campo 11.11, R\$ 223.487,70 (duzentos e vinte e três mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e setenta centavos), referente o campo 12.11, R\$ 158.976,69 (cento e cinquenta e oito mil, novecentos e setenta e seis reais e sessenta e nove centavos), referente o campo 13.11, **sendo todos os campos extintos pelo pagamento**. O Representante Fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e pediu o refazimento dos trabalhos de auditoria em relação aos campos 4.11 a 8.11, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya, Maria das Graças V. da Silva Veloso, Heverton Luiz de Siqueira Bueno e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e nove dias do mês de janeiro de 2019, o conselheiro Suzano Lino Marques.

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

Suzano Lino Marques
Presidente

Luiz Carlos da Silva Leal
Conselheiro Relator

