

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



ACÓRDÃO Nº: 080/2019
PROCESSO Nº: 2015/6040/504122
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2015/003486
REEXAME NECESSÁRIO Nº: 3.611
INTERESSADO: FABIANO COM. ATAC. DE FERR. E MAT. DE
CONST. LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.051.260-3
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. LEVANTAMENTO ESPECIAL. NÃO REGISTRO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA. OMISSÃO DE SAÍDAS. PROCEDENTE EM PARTE – É procedente em parte a reclamação tributária que exige o ICMS, por presunção da ocorrência do fato gerador do imposto derivado da omissão de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas nos livros fiscais próprios EFD/SPED, e ou livros contábeis excluindo-se a parte referente as notas fiscais devidamente registradas, nos termos do Art. 21, inciso I, alínea “d”, da Lei 1.287/01.

RELATÓRIO

A Empresa FABIANO COM. ATAC. DE FERR. E MAT. DE CONST. LTDA foi autuada por meio de lançamento de ofício neste auto de infração, nas reclamações tributárias de ICMS normal, em campo 4.11 - Valor originário de R\$ 96.323,24, campo 5.11 - Valor originário de R\$ 79.198,56, em campo 6.11 - Valor originário de R\$ 95.184,13, em campo 711 - Valor originário de R\$ 75.802,05.

Trás descrição da infração ao ICMS nos contextos 4.1, 5.1, 6.1, 7.1, em síntese, que o sujeito passivo deverá recolher o ICMS normal, proveniente de entradas de mercadorias, não escriturada no Livro Registro De Entradas, relativo à Presunção do Fato Gerador do imposto embasado no art. 21, inciso I, alínea “d” da Lei 1.287/2001, referente às saídas de mercadorias tributadas e não registradas no Livro Registro de Saídas, identificada em Levantamento Especial e Demonstrativo de Notas Fiscais – DANFE’s, de Entradas de Mercadorias não registradas no Livro próprio. Anexo cópia do Livro de Saída (CD). Dos exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015.

Tipificou a Infração em campo 4.13 a 7.13, a que se Leia: Art. 44, inciso III, Lei 1.287/01, C/C Art. 21, inciso I, alínea “b” da Lei 1.287/01, onde postula:



SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



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;

C/C,

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

I – o fato de a escrituração indicar;

b – suprimentos de caixa não comprovados

Em alteração por termo de aditamento de fls. 135/136, para Art. 44, inciso II, Lei 1.287/01; C/C art. 21, inciso I, alínea “d”, Lei 1.287/01;

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;

C/C

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 autuante juntou aos autos, cópias dos Levantamentos Fiscais, Especial, em Demonstrativos de Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias não registradas no Livro Fiscal Próprio, cópia de Livro de Entrada e Saída e de DANFE”s. Dos exercícios 2012,2013,2014,2015, Acostados as fls. 05 a 28 dos autos.

O sujeito passivo é intimado do auto de infração, via AR Correio. E comparece tempestivamente, através de seu Causídico em Procuração fls. 69,





a pleitear Defesa com impugnação a este auto de infração, nos fatos e razões a que alega e argumenta, para cada um dos campos do auto de infração, a que descreve cada contexto e a infração, na apresentação de igual teor de defesa; a cada campo.

Na arguição em preliminar; sejam;

- a) Nulidade por erro de formalização do auto de infração;
- b) Nulidade do auto de infração por erro de formalização do auto de infração devido à falta de correlação entre a infração denunciada e penalidade aplicada;
- c) Nulidade do auto de infração devido a indeterminação do fato gerador.

De Nulidade por erro de formalização do auto de infração, que o Fisco Estadual esta a exigir nesse processo o imposto ICMS acrescido de Multa Proporcional, com base em presunção de saídas tributadas não registradas. Apuradas pelo levantamento especial de notas fiscais de Entrada de mercadorias não registradas em livro próprio. E em outro auto de infração de outro processo exige multa formal na alegação de não registro de notas fiscais de entradas. Trás como base o Art. 47, e alega que na aplicação de uma penalidade exclui as demais em relação ao mesmo ilícito fiscal, preceitos do art. 50, § 2º, Lei 1.287/01.

Da nulidade do auto de infração por erro de formalização do auto de infração devido à falta de correlação entre a infração denunciada e penalidade aplicada, Que ocorre que a infração esta incorreta, não há infração, na indicação do art. 21, I, alínea b, Lei 1287/01, o fato da escrituração indicar; suprimentos de caixa não comprovados. Indaga; Como a autuante chegou à informação de que há suprimentos de caixa não comprovados? Portanto o auto de infração é nulo por erro de formalização

E de nulidade do auto de infração devido a indeterminação do fato gerador. Que há nada mais nada menos que dois levantamentos sobre o mesmo período, com resultados diferentes, e geraram duas penalidades sobre o mesmo ilícito.

De mérito, em síntese das alegações e argumentos, sem prejuízo ao texto original, discorre da autuação na alegação de que, a presunção do fato gerador do imposto, com base no art. 21, I, "b", Lei 1.287/01, tem discordância em Salvo Prova em contrário, é que a empresa possui escrita contábil, e não se pode aplicar a presunção, exceto na descaracterização de sua contabilidade. Anexa como prova um relatório de inconsistências, aleatório de 20 notas fiscais e comprova com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD entregue ao Fisco estão devidamente escrituradas. Que o relatório anexo fazem parte do levantamento que originou o auto de infração. Nesse demonstrativo anexo há indicação do numero das notas fiscais, da chave de acesso das linhas dos arquivos e mês e dos números HASH, onde estão registradas as notas.





Pede o Impugnante pela insubsistência do Auto de Infração, nas preliminares de nulidades alegadas e o considerando no mérito ser pela Improcedência.

Encaminhado o processo para a julgadora singular, sentenciar. Esta entende proceder com o saneamento do processo, da alínea “b” do inciso I, do Art. 21, Lei 1287/01, e inciso III, do Art. 44, tipificado como infração, e ademais na juntada dos Livros Fiscais, e de DANFE’s, reveja os contextos e infrações através de Termo Aditivo, devolvendo a Autuante, para atender no solicitado.

A autuante em cumprimento ao Despacho, anexa cópia do LRE, por amostragem as fls. 137 a 455, e LRS fls. 456 a 743, com Relatórios de Nota Fiscal Eletrônica Autorizada, cópias de DANFE’s, por amostragem, devido ao grande volume de documentos. E apresenta também os documentos solicitados em CD-Midia. Faz e emite Termo de Aditamento, fls. 135/136, na alteração da infração de campos 4.13 a 7.13 do auto de infração.

O sujeito passivo é notificado via AR-Correio dos procedimentos e Termo Aditivo, r de fls. 135/36. Comparece a Empresa Impugnante a ratificar todos os termos de sua defesa, já apresentados.

Em sentença da julgadora de primeira instância, de início faz explanação em relatório da impugnação nos argumentos e alegações expendidos. Passando a decidir, preliminarmente diz que, diversos equívocos foram cometidos na elaboração dos levantamentos fiscais, tendo em vista que inúmeras notas fiscais de entradas estão devidamente registradas/lançadas nos Livros Registros de Entradas, conforme demonstrado pela impugnante as fls. 76/79 e comprovados com os livros fiscais anexados pela autuante.

Além disso, a autora dos procedimentos lavrou Termo Aditivo retificando as infrações, mas não os contextos, embora contasse expressamente no despacho exarado pela instância julgadora.

A sentenciadora, argui preliminar, que tal fato caracteriza cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e a conseqüente nulidade do auto de infração, nos termos a que preceitua o art. 28, inciso II, da Lei 1.288/01.

Em razão da nulidade não foram analisadas as demais preliminares alegadas pela defendente e tampouco o mérito deste contencioso.

Submete a decisão à apreciação do colendo conselho nos termos dos artigos 56 e 58 da Lei 1.288/01, com redação dada pela Lei 3.018/2015.

A Representação Fazendária, em reexame necessário, relata os fatos impugnatórios, a razão da decisão em sentença singular, de sua análise





apresenta manifestação, que concorda com a decisão singular e pede a sua manutenção. Com observação, em ressalva dos fatos conhecidos pela julgadora de primeira instância, na ocorrência de provas apresentadas ao reclamado, seja pela improcedência.

O sujeito passivo é notificado via AR-Correio, da decisão em sentença de primeira instância e manifestação da Representação Fazendária.

O sujeito passivo não comparece aos autos, e deixa de apresentar recurso nesse reexame necessário, ao COCRE.

É em síntese o relatório.

CAT, 04/09/2017.

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

Constam dos autos que o presente processo foi pautando para sessão de julgamento aos vinte e três dias do mês de setembro de 2017, que em sessão plenária decidiu por unanimidade, converter o julgamento em diligência a pedido deste conselheiro relator, conforme Resolução nº 018/2017.

Trata-se de diligência, para que a atuante ou substituto legal faça análise quanto ao relatório de inconsistência apresentado de fls. 76/79, se condiz com o ali informado, e quanto às demais notas fiscais restantes, encontram registradas ou não, observando sempre os lançamentos (registros e escriturações) no início do mês seguinte, não sendo necessário fazer Termo de Aditamento.

O processo é encaminhado para a atuante, que em verificação ao Relatório de Inconsistência, houve a necessidade de refazer o levantamento especial e excluir todas as notas fiscais que se encontravam escrituradas no livro fiscal próprio, anexando um novo levantamento especial.

O processo é encaminhado à Representação Fazendária, para sua manifestação e parecer.

Tece seus comentários em relato da constituição do crédito tributário, das alegações de impugnação, da decisão em sentença singular, e da anterior edição em manifestação da Representação Fazendária.

Do atendimento da atuante à Resolução nº 018/2017, quanto aos levantamentos fiscais refeitos.

Que embora a atuante tenha feito os levantamentos fiscais e excluído as notas fiscais do Relatório de Inconsistência, não cumpriu na íntegra a revisão, pois continuam com erros na existência de outras notas fiscais





devidamente registradas nos livros fiscais, fato que pode ser constatado conforme numero das notas fiscais que são indicadas e relacionadas.

Que, em análise ao SPED, mais precisamente no EFD, esta Representação Fazendária elaborou um novo demonstrativo das notas fiscais de entradas não registradas, onde foram excluídas todas as notas fiscais efetivamente encontradas registradas nos livros de registros da empresa.

Diante do exposto, a Representação Fazendária, recomenda a este egrégio Conselho, que altere a sentença singular que julgou nulo o auto de infração por cerceamento de defesa, para julgar parcialmente procedente as reclamações tributárias deste auto de infração, da seguinte forma;

Campo 4.11 – procedente o valor de R\$ 28.674,77 e improcedente o valor de R\$ 67.648,47;

Campo 5.11 – procedente o valor de R\$ 17.641,99 e improcedente o valor de R\$ 61.556,77;

Campo 6.11 – procedente o valor de R\$ 22.267,20 e improcedente o valor de R\$ 72.916,93;

Campo 7.11 – procedente o valor de R\$ 11.849,58 e improcedente o valor de R\$ 63.952,47.

É o relatório complementar.

ADITIVO EM RELATÓRIO COMPLEMENTAR; A RESOLUÇÃO Nº 005/2018.

O presente processo é mais uma vez pautando para sessão de julgamento aos vinte e seis dias do mês de junho de 2018, que em sessão plenária decidiu por unanimidade, converter o julgamento em diligência a pedido deste conselheiro relator, conforme Resolução nº 005/2018.

Devido a Representação Fazendária, dentro de suas atribuições, contra-arrazoar recurso voluntário e impugnação que se opuserem ao COCRE, art. 5º, inciso II, Lei 1.288/2001 (redação dada pela Lei 2.521, de 10.11.11), e manifestar-se, pela confirmação ou reforma das decisões recorridas, art. 5º, inciso II, alínea “a”, Lei 1.288/2001, (redação dada pela Lei 2.521, de 10.11.11), apresentar-se aos autos com seu PARECER JA- REFAZ/CAT nº 032/2018, fls. 1.022 a 1.032, dos autos.

Neste seu Parecer, a Representação Fazendária, foi compelida a manifestar-se em anterior resolução nº 018/2017, a pedido deste Conselheiro,





para a autuante analisar um Relatório de Inconsistência apresentado pela impugnante, informando se as demais notas fiscais se encontram registradas ou não. Que embora a auditora autuante tenha feito os levantamentos fiscais, não foi cumprido na íntegra.

Que, motivado o REFAZ procedendo na conferência dos registros no EFD – Escrituração Fiscal Digital constatou ainda mais notas fiscais escrituradas, procedendo a suas exclusões em demonstrativos feitos, na constatação de novos valores, sendo que são mais benéficos ao sujeito passivo.

Advém então a resolução nº 005/2018, a pedido deste Conselheiro relator, para dar ciência sobre este parecer/manifestação e do demonstrativo da Representação Fazendária, para o sujeito passivo, ter o conhecimento e apresentar comprovação de registro da Escrituração Fiscal Digital – EFD, e ou a escrituração nos Livros Contábeis, destas notas fiscais.

O Presidente do CAT em despacho encaminha à Delegacia da Receita de Palmas, para o cumprimento do descrito na Resolução.

A Agência de Atendimento de Palmas procede com a intimação (fls. 1.042) e a notificação, (fls. 1.043), do Parecer/Manifestação da Representação Fazendária e da Resolução nº 005/2018, via AR-Correio, fls. 1044, com o conhecimento, por quem de direito da empresa, na data de 22.08.2018.

Apresenta-se e comparece aos autos o sujeito passivo, por meio de sua causídica, em instrumento de procuração as fls.1.055, na entrega de Recurso Voluntário, (fls. 1.045 a 1.054), tempestivo, nas suas contraditas razões;

De início relata da autuação deste processo na aplicação de ICMS; e concomitante a outro processo na exigência de multa formal; da decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração; do parecer da Representação Fazendária na sua concordância, suficiente para a improcedência; da decisão do COCRE converter o julgamento em diligência na Resolução 18/2017; no parecer/manifestação da REFAZ nº 032/2018 em elaborar demonstrativo, excluindo notas fiscais, com apresentação de novos valores, recomendando ao Conselho a alteração da sentença singular que julgou nulo, para julgar parcialmente procedente.

Relatados os termos acima, passa as considerações necessárias, com vistas à contrarrazões ao recurso de ofício, em reexame necessário nº 3.611, à REFAZ.

Reintera todas as preliminares arguidas em sede de impugnação, por não concordar com o PARECER JÁ-REFAZ/CAT nº 033/2018.





Das questões de direito,

Agora suscita as Preliminares,

1) Em nulidade por erro de formalização do auto de infração.

Diz que, o art. 47 da Lei 1.287/2001, em inciso I, trás multa proporcional ao valor do imposto; e no inciso II, a multa formal por descumprimento de obrigação acessória. Também foram formalizados dois processos , sendo este para Multa Formal e um para o ICMS.

Que é de se observar no art. 50, § 2º, é transcrito que na aplicação de uma penalidade exclui as demais em relação ao mesmo ilícito fiscal, preferindo a maior delas.

Como pode exigir a multa proporcional sobre o valor do imposto e multa formal de não registro de notas fiscais de entradas.

Portanto requer a nulidade do auto de infração pelas razões aqui apontadas.

2) Em nulidade do auto de infração devido a indeterminação do fato gerador.

Por ocasião da auditoria, elaborou-se dois levantamentos fiscais, denominados “Levantamento Especial – Demonstrativo de notas fiscais de entrada de mercadorias não registradas no livro fiscal próprio”, resultantes em dois resultados diferentes. Que geraram a aplicação de duas penalidades sobre o mesmo ilícito.

E tendo em vista claramente erro de natureza formal, inviabiliza a determinação do “quantum” do crédito tributário devido, pede a nulidade do auto de infração.

3) Preliminar de nulidade do ato constante do parecer JÁ-REFAZ/CAT nº 032/2018, nos termos do art. 28, I, da Lei 1.288/01.

O ato impugnado é o demonstrativo de notas fiscais não registradas no livro próprio apresentado em manifestação da Representação Fazendária, fls. 1.025/1.030, a que entende não estar no âmbito da competência da mesma, conforme art. 5º, da Lei 1.288/2001 e Regulamento em art. 11, do Decreto 3.198 de 07.11.2001. Se arvorar da sua competência de sustentar o crédito tributário.

Este é um ato ilegal, por autoridade incompetente, cabendo ao conselho julgar nulo o auto de infração.





De mérito;

O fato que originou a reclamação é na presunção do fato gerador do imposto, com base no art. 21, I, “b”, da Lei 1.287/2001, referente saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais e não registradas em livro próprio.

Reintera a infração em art. 44, II, Lei 1.287/01, combinado com art. 21, I, alínea d, da Lei 1.287/01.

Discorda das alegações de presunção relatada, invoca no entanto a ressalva da prova em contrário. Que possui a escrita contábil, neste contexto não se aplica a presunção.

E na falta de registros das notas fiscais de entradas, e estão convictos de que todas as mercadorias que estavam acompanhadas dos respectivos documentos fiscais e foram registradas por ocasião de sua entrada no estabelecimento. Estão todas registradas na escrituração fiscal digital EFD, devidamente entregue ao Fisco do Estado.

Que, se a própria Representação Fazendária, em seu Parecer às fls. 1.025, admite erros no levantamento, como pode prosperar par sustentar em exigência indevida.

Em resumo, ao exposto, reintera o pedido de nulidade absoluta do auto de infração, nas preliminares arguidas. E no mérito, a improcedência do auto de infração, na comprovação dos registros na escrituração fiscal digital – EFD-ICMS.

O processo foi encaminhado a Representação Fazendária, que pronunciou já constar manifestação de fls. 1.025/1.030,, solicitando encaminhar o processo ao COCRE.

Conclui-se que para os efeitos da Resolução 005/2018, não foram atendidos a contendo, haja vista que o sujeito passivo, não apresentou os livros registros em EFD – SPED como também não apresentou os seus livros Contábeis.

É o relatório aditivo complementar.

VOTO

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

A Fazenda Pública Estadual reclama em lançamento de ofício efetuado através de quatro (04) contextos deste auto de infração, que,





O sujeito passivo deverá recolher o ICMS normal, proveniente de entradas de mercadorias, não escriturada no livro registro de entradas, relativo à presunção do fato gerador do imposto embasado no art. 21, inciso I, alínea “d” da Lei 1.287/2001, referente às saídas de mercadorias tributadas e não registradas no livro registro de saídas, identificada em Levantamento Especial e Demonstrativo de Notas Fiscais – DANFE’s, de entradas de mercadorias não registradas no livro próprio. Anexo cópia do livro de saída e entrada (CD). Dos exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015.

Nutrem os autos a respeitável sentença monocrática, pela qual decide a julgadora de primeira instância, alegar sua preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, em conter erro na elaboração do levantamento fiscal, dar provimento a impugnação, para julgar por NULIDADE as reclamações tributárias em valores originários de campos 4.11, a 7.11, deste auto de infração, sem análise de mérito.

E nesse reexame necessário, tenho a aduzir;

De inicio, em análise às preliminares;

1) Questiona o ilustre causídico “*ex adverso*”, em defesa oral, na sessão realizada neste Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais - COCRE, ser a decisão singular, com o efeito retroativo, desde então, “*Ex tung*”.

Contrarrazoando, o ato tributário nulo, assim por cerceamento de defesa, na nulidade do auto de infração, sentenciada em decisão de primeira instância, não é ou se torna absoluta.

No processo tributário, há a inversão do ônus da prova. Esta cabe ao sujeito passivo, já que o lançamento tributário goza da citada presunção de certeza e liquidez.

Essa presunção, entretanto, é relativa (*juris tantum*) e pode ser derrubada por (parte ou total) de prova em contrário produzida pelo contribuinte ou responsável.

E a própria autoridade administrativa recorre dos atos praticados por ela, ou seja, revê o lançamento efetuado. Isto quer dizer que, se a Administração Pública constata por si mesmo erro ou irregularidade no ato que praticou, pode tomar a iniciativa de revê-lo. Essa revisão de ofício aplica-se também em casos em que a autoridade administrativa depende de informações prestadas pelo contribuinte ou responsável para efetuar o lançamento (art. 149 do CTN, Lei 5.172/66).

Primordial na presente demanda, é testificar o mandamento da legislação tributária, nos seus fatos e fundamentos interlocutórios.





Devido á decisão de o julgamento monocrático ser desfavorável a Fazenda Publica, em valores acima de alçada, assim deve ser submetido ao duplo grau de jurisdição. O sentenciador encaminha à decisão a apreciação do Colendo Conselho, nos termos dos art.s 56, inciso IV, alínea “f”, com art. 58, parágrafo único, da Lei 1.288/2001, alterada na redação dada pela Lei 3.018/2015, “**verbus**”:

Art. 56. A decisão de primeira instância conterà:

[.....]

IV – os dispositivos em que se apoiem as questões submetidas a julgamento mencionando:

[.....]

f) remessa de ofício ao COCRE, quando a decisão for desfavorável à Fazenda Pública, em relação ao crédito tributário cujo valor seja superior a cinco mil reais. (Redação dada pela Lei 3.018/2015).

Art. 58. O julgamento no COCRE atenderá às disposições desta Lei e do regimento interno.

[.....]

Parágrafo único. É sujeita ao duplo grau de jurisdição administrativa, produzindo efeito somente depois de confirmada pelo COCRE, a decisão de primeira instância desfavorável à Fazenda Pública, em relação ao crédito tributário cujo valor seja superior a cinco mil reais. (Redação dada pela Lei 3.018/2015). (Grifei).

Desta forma, rejeito a preliminar ao questionado “*desideratum*”, (o que se deseja), da nulidade, (com o efeito retroativo, desde então), “*Ex tung*”.

Ainda nas preliminares,

2) Nulidade por erro de formalização do auto de infração.

3) Nulidade do auto de infração por erro de formaliz ação na aplicação da penalidade.

4) Nulidade por cerceamento de defesa;

Contrarrazoando, estas invocadas nulidades, quer o nobre causídico, comparar penalidades para duas infrações distintas.

Seja, uma multa de obrigação principal, do ICMS em outro auto de infração, e deste processo em descumprimento de obrigação acessória, de Multa Formal para este auto de infração. Vê-se que, em ambas as infrações





com processos distintos, e ainda com penalidades distintas, ou seja, multa formal, e multa proporcional.

Temos que, as multas tanto corretivas quanto pecuniária são apenas “*sugerida*” nos meandros do Art. 35, inciso I, alínea “e”, da Lei 1.288/2001, “*verbus*”:

Art. 35. O Auto de Infração:

I – formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:

e -) a sugestão da penalidade aplicável;

Observo também que, ao infrator da legislação do ICMS serão aplicadas as penalidades determinantes do art. 47, incisos I, II, Lei 1.287/2001, “*verbus*”

Art. 47. Ao infrator da legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades:

I – multa proporcional ao valor do imposto devido ou da operação, quando decorrer de infração relativa à total ou parcial omissão de pagamento; (Redação dada pela Lei 1.304, de 07.03.02).

II – multa formal, quando decorrer de infração relativa ao descumprimento de obrigação acessória; (Grifos nosso).

Daí alega o nobre patrono do sujeito passivo, que o § 2º, do art. 50, da Lei 1.287/2001, a que transcreve, diz que: “*a aplicação de uma penalidade exclui as demais em relação ao ilícito fiscal*”. Vejo que ao transcrever a legislação, o causídico esquece-se de mencionar ser: ...”*em relação ao mesmo ilícito*”.

Pois bem, então verificando a legislação do art. 50, caput, da Lei 1.287/2001, onde indicou, mas também não a transcreveu o causídico, agora a descrevendo temos, “*verbus*”:

Art. 50. A multa prevista no inciso II do art. 47 será aplicada, na forma a seguir, em moeda nacional, cumulativamente com o pagamento do imposto devido, se for o caso: (Grifei).

Com efeito, no art. 50, acima declinado, mensura informando a previsão **no inciso II do art. 47**, tratar da **multa formal**, quando decorrer de infração relativa ao **descumprimento de obrigação acessória**.

E mais, nesse art. 50, constata ser atribuindo-lhe incisos de I ao XXVI e seis parágrafos. Dentre eles o § 2º, “*verbus*”:





§ 2º. A aplicação de uma penalidade exclui as demais em relação ao mesmo ilícito fiscal, preferindo a maior delas. (Grifei)

Destarte, deste § 2º observa-se legislar fazendo referência tão apenas ao art. 50, para com os seus incisos que, “a aplicação de uma penalidade exclui as demais em relação ao mesmo ilícito fiscal, preferindo a maior delas”.

Concluindo, vê se para com estes dois (2) processos anunciados pela parte “*ex adversa*”, não tratar do *mesmo ilícito fiscal*, sendo para o processo nº 2015/6040/504120 no *descumprimento de obrigação acessória* é com penalidade sugerida no art. 50, inciso IV, alínea c, da Lei 1.287/2001, (Redação dada pela Lei 2.253/2009), porquanto a este processo nº 2015/6040/504122 na infração de obrigação principal, o ICMS, a penalidade sugerida é no art. 48, inciso III, alínea a, da Lei 1.287/2001, (Redação dada pela Lei 2.253/2009).

Desta forma rejeito estas preliminares aventadas em impugnação e recurso voluntário, vez não serem condizentes com a legislação os pedidos propostos.

Contudo, ainda insurge o ilustre causídico com recurso voluntário, para alegar uma nova preliminar; seja;

Preliminar de nulidade do ato constante do parecer JA-REFAZ/CAT nº 032/2018, nos preceitos do inciso I, do art. 28, da Lei 1.288/2001.

Art. 28. É nulo o ato praticado:

I – por autoridade não identificada, incompetente ou impedida;

Notadamente, vale recordar que o processo foi colocado em sessão de julgamento, onde foi solicitada uma Diligência para a autuante analisar um “*Relatório de Inconsistência*” apresentado pela impugnante, que não analisado anteriormente, na busca da verdade material, feito a pedido deste conselheiro relator, acatada em Resolução nº 018/2017, do COCRE.

Após a autuante analisar o solicitado nessa Diligência, onde revisionou e fez novos demonstrativos acostados as fls. 1.005 a 1.020, conforme pedido.

Importante trazer a tona que a Representação Fazendária, dentro de suas atribuições, contra-arrazoar recurso voluntário e impugnação que se opuserem ao COCRE, art. 5º, inciso II, Lei 1.288/2001 (redação dada pela Lei





2.521, de 10.11.11), e manifestar-se, pela confirmação ou reforma das decisões recorridas, art. 5º, inciso II, alínea “a”, Lei 1.288/2001, (redação dada pela Lei 2.521, de 10.11.11), apresenta-se aos autos com seu PARECER JA-REFAZ/CAT nº 032/2018, fls. 1.022 a 1.024, dos autos.

Neste seu Parecer, a Representação Fazendária, foi compelida a manifestar-se no Demonstrativo refeito pela autuante de fls. 1.005 a 1.020, do pedido deste Conselheiro, para a autuante analisar o “*Relatório de Inconsistência*” apresentado pela impugnante, que não analisado anteriormente, informando se as demais notas fiscais se encontram registradas ou não.

Entretanto, motivado na sua curiosidade tributária, o REFAZ, entendeu por revisar o levantamento fiscal, procedendo na conferência dos registros no EFD – Escrituração Fiscal Digital, fato que constatou ainda, mais notas fiscais escrituradas, levando a exclusões destas notas fiscais para os seus demonstrativos refeitos, resultando neste, a constatação de novos valores, sendo que são mais benéficos ao sujeito passivo.

Que embora a auditora autuante tenha refeito os levantamentos fiscais, não foi cumprido deverás na íntegra, ao pedido solicitado.

É patente que o lançamento do crédito tributário em auto de infração foi lavrado por auditora fiscal, autoridade competente, não existe este alçô de insinuação de que a Representação Fazendária refez o lançamento tributário. Isto é impossível, pois já existe. O que fez a Representação Fazendária foi à justiça tributária, em desmistificar no demonstrativo, a ocorrência de não registro de algumas notas fiscais eletrônicas, não transmitidas com omissão de informações, em EFD/SPED.

Fica por demais evidentes, no postular da legislação ao artigo 28, inciso I, da Lei 1288/2001, que: “*é nulo o ato praticado por autoridade não identificada, incompetente ou impedida*”, fato que não ocorreu.

Nesse seguinte, haja vista o postulado em legislação que, a Representação Fazendária é autoridade identificada, competente e desimpedida, no desempenho de suas funções tributárias, conforme se constata nas resenhas acima.

Face ao exposto, rejeito também a esta preliminar aventada pelo nobre causídico em recurso voluntário.

De mérito;

No presente caso observo, nos procedimentos adotados pela sentenciadora, ao levantamento fiscal praticado, no seu entendimento não se encontram de acordo com técnicas apropriadas e suficientes para





materializar com efetiva certeza o resultado. Os autos não se tornaram aptos e ou, suficientes, para demonstrar a materialidade do ilícito denunciado na exordial. Para tanto a nulidade.

Haja vista que, mediante a impugnação observável, é trazido como prova, um “*relatório de inconsistências*”, fls. 76 a 79, com cópias de recibos de entrega de escrituração fiscal digital, fls. 80 a 123, na indicação de notas fiscais relacionadas em levantamento fiscal, na alegação de estarem registradas em seus livros próprios. No entanto sem confirmações probantes em EFD/SPED, que é relativa (*júris tantum*).

Entendo que, não foi apreciado pela instância singular este relatório de inconsistência, na acareação de estarem ou não escrituradas / registradas nos livros fiscais, EFD/SPED, estas notas fiscais.

Pode haver sim exclusões nestas reclamações tributárias, mas esta de momento não foi esclarecedora, deixando de fazer a conferência mais aprofundada para com a apresentação destes documentos probantes. Deixa de analisar documentos dos fatos fundamentados, apenas em meras alegações trazidas e aventadas em impugnação, contudo no probabilismo dos fatos, indício que deixa de presumir a verdade.

Medida baseada na relação entre o número de casos favoráveis e o número total dos casos possíveis.

Motivo pelo qual, existindo dúvidas, esse relator solicitou diligência estabelecida em Resolução nº 018/2017, onde: “Trata-se de diligência, para que a autuante ou substituto legal faça análise quanto ao “RELATÓRIO DE INCONSISTÊNCIA” apresentado de fls. 76 a 79, se condiz com o ali informado, e quanto às demais notas fiscais restantes, encontram registradas ou não, observando sempre os lançamentos (registros e escriturações) no início do mês seguinte, não sendo necessário fazer Termo de Aditamento”.

E comprovado ficou em demonstrativos apresentados, a existência de notas fiscais eletrônicas com omissão de escrituração, não registradas nos livros fiscais próprios em EFD/SPED, e também em seus Livros Contábeis.

Haja vista oportunizado por vezes ao sujeito passivo, na evidencia aos autos, de nada apresentarem, para indicar onde constarem em seus registros nos livros EFD/SPED, ademais nos Livros Contábeis. Nada trouxeram e nada apresentaram de seus livros próprios, a não serem meras falácias sem documentos probantes.

O auto de infração atende os requisitos exigidos em uma autuação, conforme determinada na 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).

Que as pretensões fiscais foram tipificadas conforme legislação tributária, na infração ao art. 44, incisos II, III, da Lei 1.287/2001, c/c art. 21, inciso I, alínea “d”, Lei 1.287/2001 “**verbis:**”

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). (Grifei)

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;

C/C (combinado com)

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;

Ao bom Princípio da Economicidade, desse processo, vou reconhecer o trabalho elaborado em demonstrativos elaborados pela Representação Fazendária em seu parecer e manifestação JA/REFAZ/CAT nº 032/2018, para acolher o resultado indicado e julgar parcialmente procedente as reclamações tributárias deste auto de infração, ali demonstradas.

Do exposto, a Representação Fazendária, recomenda a este egrégio Conselho, que altere a sentença singular que julgou nulo o auto de infração por cerceamento de defesa, para julgar parcialmente procedente as reclamações tributárias deste auto de infração, da seguinte forma;



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Campo 4.11 – Procedente o valor de R\$ 28.674,77 e improcedente o valor de R\$ 67.648,47;

Campo 5.11 – Procedente o valor de R\$ 17.641,99 e improcedente o valor de R\$ 61.556,77;

Campo 6.11 – Procedente o valor de R\$ 22.267,20 e improcedente o valor de R\$ 72.916,93;

Campo 7.11 – Procedente o valor de R\$ 11.849,58 e improcedente o valor de R\$ 63.952,47.

Da alegação de que a empresa possui escrita contábil regular, e neste contexto não se aplica a presunção. Não é bem assim, primordial é não basta conhecer o fato, é preciso ir além, descobrir suas origens e verificar suas consequências.

Ora, é fato demonstrado em levantamentos fiscais, em demonstrativos específicos, que houve a omissão de escrituração e registro de notas fiscais eletrônicas relacionadas e indicadas nestes demonstrativos, em livros próprios de EFD/SPED, e livros Razão e Diário Contábil, do contribuinte.

A origem primária e elementar é demonstrar a escrituração destes documentos fiscais, em livros fiscais e contábeis do contribuinte. E cuja consequência é a inexistência da escrituração destas notas fiscais eletrônicas de mercadorias, entradas na empresa, nestes livros.

Portanto mesmo que a empresa possua a escrituração contábil regular, é necessária a escrituração, os registros assentados e demonstrados, e visto é não houve esta prova, persistindo a inexistência da escrituração destes documentos fiscais indicados e demonstrados.

Diante do exposto, conheço do reexame necessário, dou-lhe provimento parcial, rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração, por erro nos levantamentos fiscais arguida da decisão em sentença de primeira instância, para reformando a sentença singular, julgar pela procedência em parte das reclamações tributárias deste auto de infração. Condenar o sujeito passivo ao pagamento do valor em Campo 4.11 – Procedente o valor de R\$ 28.674,77 e improcedente o valor de R\$ 67.648,47; Campo 5.11 – Procedente o valor de R\$ 17.641,99 e improcedente o valor de R\$ 61.556,77; Campo 6.11 – Procedente o valor de R\$ 22.267,20 e improcedente o valor de R\$ 72.916,93; Campo 7.11 – Procedente o valor de R\$ 11.849,58 e improcedente o valor de R\$ 63.952,47. Com penalidade de campos 4.13 a 7.13, mais as cominações legais, da imputação que lhe é dirigida através da peça basilar.

É como voto.





DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, rejeitar as preliminares de nulidade da reclamação tributária por cerceamento de defesa, por erro no demonstrativo do crédito tributário e por autoridade incompetente do representante fazendário, arguidas pelo sujeito passivo. No mérito, por unanimidade, conhecer do reexame necessário, dar-lhe provimento parcial para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte as reclamações tributárias constante do auto de infração 2015/003486 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 28.674,77 (vinte e oito mil, seiscentos e setenta e quatro reais e setenta e sete centavos), R\$ 17.641,99 (dezessete mil, seiscentos e quarenta e um reais e noventa e nove centavos), R\$ 22.267,20 (vinte e dois mil, duzentos e sessenta e sete reais e vinte centavos) e R\$ 11.849,58 (onze mil, oitocentos e quarenta e nove reais e cinquenta e oito centavos), referente parte dos campos 4.11 a 7.11, respectivamente, mais os acréscimos legais, e absolver dos valores de R\$ 67.648,47 (sessenta e sete mil, seiscentos e quarenta e oito reais e quarenta e sete centavos), R\$ 61.556,77 (sessenta e um mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e setenta e sete centavos), R\$ 72.916,93 (setenta e dois mil, novecentos e dezesseis reais e noventa e três centavos) e R\$ 63.952,47 (sessenta e três mil, novecentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos), referente parte dos campos 4.11 a 7.11, respectivamente. O Representante Fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo e o advogado Rubens Luiz Martinelli Filho, fizeram sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e Sujeito Passivo, respectivamente. 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 dezenove 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 cinco dias do mês de fevereiro de 2019.

Suzano Lino Marques
Presidente



SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



Heverton Luiz de Siqueira Bueno
Conselheiro relator

