Publicado no Diário Oficial de nº 5.448, de 24 de setembro de 2019

ACÓRDÃO Nº	**086/2019**
PROCESSO Nº:	2016/6040/500899
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.906
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/000588
RECORRIDA:	RB CENTRO AUTOMOTIVO EIRELI - EPP
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.062.522-0
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. LEVANTAMENTO ESPECIAL. NÃO REGISTRO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTADAS. PRESUNÇÃO DESCARACTERIZADA. IMPROCEDÊNCIA – É improcedente a reclamação tributária que exige ICMS, por presunção da ocorrência do fato gerador do imposto derivado da omissão de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias, quando restar comprovado que o imposto foi recolhido por substituição tributária. Preceitos do art. 21, inciso I, alínea “d”, da Lei 1.287/2001.

RELATÓRIO

Versa a autuação, no campo 4, referente ICMS por omissão de saídas presumidas, proveniente da falta de registro de notas fiscais de entradas, na importância de R$ 369.031,83 (trezentos e sessenta e novo mil, trinta e um reais e oitenta e três centavos) apurado por intermédio do Levantamento de Notas Fiscais não Registradas, anexo.

Intimado via postal em 01/04/2016, o sujeito passivo não comparece aos autos, sendo lavrado termo de revelia (fls. 200) em 03/05/2016.

No dia 03/02/2017, a autuada apresenta impugnação intempestiva de fls. 203/230, alegando preliminar de nulidade pela ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que sofreu várias autuações da mesma natureza e os processos não caminharam em paralelo, bem como as provas apresentadas estão omissas em alguns deles.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Alega também nulidade do auto de infração por falta de clareza e precisão no lançamento, e falta de correlação entre as narrativas e os documentos comprobatórios.

Quanto ao mérito, alega a improcedência do auto de infração, pois os documentos fiscais estão registrados, conforme destaque de varias notas fiscais constantes no levantamento do fisco e que estão comprovadamente escrituradas. Além do fato de que a maioria de seus produtos esta sujeitos ao regime de substituição tributária, cujos impostos foram pagos antecipadamente, além de ser optante pelo simples nacional.

Requer diligência para apuração dos fatos e a reunião de todos os processos para que possam ter uma única e exclusiva decisão, tendo em vista que a matéria e tese de defesa são as mesmas, bem como as partes que compõem os processos administrativos. Anexa cópia de diversas notas fiscais de entradas.

Em despacho de nº 2.788/2017 às fls. 405/406, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, respaldado no ordenamento jurídico, o presidente do Conselho Administrativo Tributário chama o processo à ordem para anular os atos praticados às fls. 200, Termo de Revelia na sua lavratura e pelas provas apresentadas pelo sujeito passivo, capazes de elidir parcialmente o ilícito tributário, admite o Recurso Extraordinário de fls. 203 a 230, dando ao mesmo tramitação normal para julgamento em primeira instância.

O julgador de primeira instância em despacho às fls. 407/408, devolve o processo ao autor do lançamento ou seu substituto, para manifestar nos autos sobre as alegações da impugnante e documentos apresentados, bem como rever a tipificação da infração, e se necessário, lavrar termo de aditamento.

Em atenção ao solicitado, o autor do lançamento, após análise, elabora novo levantamento e emite termo de aditamento às fls. 412 alterando a base de cálculo (campo 4.8) para R$ 649.095,75 e valor originário Campo 4.11 para R$ 110.346,28, bem como a penalidade aplicada. Anexa, novo Levantamento de Documentos Fiscais não Registrados de fls. 410 e 411.

Notificado do termo de aditamento, o sujeito passivo comparece aos autos apresentando nova impugnação às fls. 417/424, arguindo a mesma preliminar de nulidade e quanto ao mérito, alega que a nota fiscal n° 1.265 no valor de R$ 550.000,00, refere-se a equipamentos que foi vinculado ao seu imobilizado e lançado na contabilidade. Destacando que o auditor utilizou o mesmo critério até mesmo para notas fiscais de consumo, manutenção de equipamentos, material de expediente, supermercado, produto devolvido para garantia, brindes e outros.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Acrescenta que a empresa sempre cumpriu com suas obrigações e foi a própria que pediu a fiscalização.

O julgador de primeira instância em decisão às fls. 428/433, aduz que, analisando inicialmente as circunstâncias a que se refere a infração transcrita no auto de infração diz a Lei 1.287/2001:

> 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.

No caso em questão, conforme vasta documentação apresentada pela defesa e também pelo ramo de atividade da empresa, constata se que a maioria dos produtos comercializados estão sujeitos ao regime de substituição tributária. Ainda que se traduza a interpretação do art. 21 da citada lei, no âmbito das presunções, relativas a saídas, há que se observar que no mesmo sentido, presume-se que o fato gerador relativo a tais produtos em quase totalidade estão sujeitos ao mesmo regime e que presumivelmente em sua maioria, já foi feito o pagamento do imposto devido.

Enquanto que, se o objetivo é o pagamento de imposto decorrente de uma pretérita omissão de saídas, o sensato seria que tal presunção referisse a mercadorias que tivessem um tratamento normal, que por não ser antecipado o pagamento do imposto, traria sim, a viabilidade de cobrança, tendo em vista a presunção do não pagamento do imposto devido anteriormente ao não registro.

No mesmo prisma, já foi aplicado a multa formal penalizando o sujeito passivo do não cumprimento da obrigação acessória pelo não registro das operações, em processo distinto.

Pondera que o lançamento do crédito tributário ora pretendido pelo fisco estadual, da forma que se encontra, é evidenciado de erro técnico que, uma vez não sanado, ainda que tenha sido expurgada grande parte do valor autuado pelo Termo de Aditamento, ficou cabalmente demonstrado que não foram separadas as mercadorias tributadas, daquelas sujeitas ao regime de substituição tributária, o que contemplaria a aplicação da infração infringida.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Diante do exposto, refuta as preliminares arguidas pela impugnante, e pelas inconsistências no trabalho elaborado, julga nulo por cerceamento de defesa o auto de infração nº 2016/000588, sem análise de mérito.

Submete a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, nos termos da legislação.

A Representação Fazendária em parecer às fls. 434/435, manifesta pela confirmação da decisão de primeira instância, que julgou nula a exigência tributária, pois, da análise dos autos verifica-se, que a sentença objeto destes, é adequada para o presente processo, haja vista que prolatada em consonância com a materialidade dos documentos probantes inclusos aos autos ficando caraterizado o cerceamento de defesa da impugnante.

Foi dada ciência direta, ao contribuinte, da decisão de Primeira Instância e manifestação da Representação Fazendária, e este não se manifestou.

É o Relatório.

VOTO

A presente lide se configura na autuação por omissão presumida de saídas tributadas, caracterizadas pela falta de registro de documento fiscal de entradas no livro próprio.

A infração tipificada como infringida foi o art. 44, inciso II da Lei 1.287/2001.

Em sua impugnação, o sujeito passivo, alega preliminar de nulidade e no mérito, que os documentos fiscais estão registrados.

Ao ser instigado para manifestar-se quanto às alegações da impugnante, o autor do lançamento, por aditamento, retifica os valores autuados.

Ciente do aditamento, a autuada comparece aos autos, alegando a existência de nota fiscal com produto destinado ao seu ativo imobilizado e que não deve receber a mesma penalidade dos demais produtos.

O julgador de primeira instância, argui que a atividade da empresa abrange em sua maioria produtos cujos impostos já foram pagos antecipadamente,

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

entendendo que desta forma os mesmos não devem incidir na base de cálculo de produtos tributados e devem ser excluídos desta, assim julga nulo o auto de infração, para que novo trabalho de auditoria deva ser feito, excluindo tais produtos.

A Representação Fazendária manifestou pela confirmação da sentença singular.

Analisando os documentos anexados aos autos, bem como as alegações da autuada, que resultaram na decisão de primeira instância, e avalizado pela Representação Fazendária, conclui-se que ao excluir os produtos sugeridos pela decisão em primeira instância, pouco resta a ser cobrado, portanto desnecessário se torna refazer os trabalhos efetuados, que inclusive já foram objeto de aditamento anterior ao julgamento.

Portanto, entendo que sendo possível proceder às exclusões que embasou a decisão singular, e, pelo princípio da economia processual, evitar-se-á um trabalho de refazimento, oneroso tanto para o Estado, quanto para o contribuinte.

Após o procedimento de exclusão, percebe-se a inexistência de documentos fiscais relativos a produtos com tributação normal, que ensejaria a presunção de omissão de saídas tributadas, não remanescendo, ao final, nenhum valor a exigir crédito tributário.

Como restou comprovado que a autuada não omitiu o registro de notas fiscais de entradas tributadas pelo sistema normal de apuração do imposto, descaracterizou-se a presunção ora imputada ao sujeito passivo, nos termos do disposto no art. 21, inciso I, alínea “d”, da Lei 1.287/2001:

> 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.

Assim, por trata se de presunção de saídas tributadas, em que a autuada conseguiu provas em contrário na sua totalidade, desqualificando o trabalho de auditoria, necessariamente a decisão de primeira instância deve ser modificada.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Ressalta-se que, na defesa oral, a parte autuada abdicou das preliminares de nulidade.

Diante do exposto, em reexame necessário, voto reformando a decisão de primeira instância, que julgou nula a reclamação tributária e julgar improcedente a na importância de R$ 110.346,28, referente ao campo 4.11, do auto de infração nº 2016/000588. Valor alterado por termo de aditamento.

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 o auto de infração 2016/000588 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de R$ 110.346,28 (cento e dez mil, trezentos e quarenta e seis reais e vinte e oito centavos) referente ao campo 4.11. Valor alterado por termo de aditamento fls. 412. O causídico Gilsimar Cursino Beckman e o Representante Fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade, fizeram sustentação oral pela Recorrida e Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Valcy Barbosa Ribeiro, Ricardo Shiniti Konia, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Marcélio Rodrigues Lima e Maria das Graças Vito da Silva Veloso. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e três dias do mês de julho de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

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

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Luiz Carlos da Silva Leal

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Conselheiro relator

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br