|  |  |
| --- | --- |
| **ACÓRDÃO No**  PROCESSO No: | **059/2020**  2017/6040/500323 |
| RECURSO VOLUNTÁRIO No: | 8.702 |
| AUTO DE INFRAÇÃO No: | 2017/000074 |
| RECORRENTE: INSCRIÇÃO ESTADUAL No: | O & M MULTIVISÃO COMERCIAL EIRELI - EPP  29.413.237-6 |
| RECORRIDA: | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |

**EMENTA**

ICMS E MULTA FORMAL. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. IMPRECISÃO, FALTA DE CLAREZA E ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE – É nula a reclamação tributária que não possui clareza e precisão no seu lançamento, além de erro na determinação da infração, conforme art. 35, inciso I, alínea “c”, caracterizando cerceamento a defesa, disposto inciso II do Art. 28 todos da Lei 1.288/2001.

**RELATÓRIO**

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário através do auto de infração nº 2017/000074, contra o sujeito passivo qualificado na peça inaugural, a título de MULTA FORMAL, pela falta de escrituração das notas fiscais de entradas no livro de registro de entrada e também por deixar de recolher o ICMS provenientes das vendas de mercadorias tributáveis, ocorridas em data anterior à aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais eletrônicas não registradas em livro próprio. Esta omissão de receita se dá em virtude de fato gerador presumido previsto no artigo 21, inciso I, alínea “d” da lei 1.287/2001, referente ao exercício de 2016.

Foram anexados aos autos: Levantamento das notas fiscais de entradas não registradas, BIC, relatório de arrecadação por contribuinte, registros fiscais dos documentos de entradas de mercadorias e aquisição de serviço e Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE (fls. 04/118).

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal em 07/03/2017 (fls.119/120), para apresentar impugnação ou pagar o crédito tributário reclamado e apresenta impugnação tempestiva em 05/04/2017 (fls.121/147), alegando preliminarmente a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, porque não foram operações praticadas pela impugnante, podendo observar nas informações do rodapé dos documentos fiscais, que parte dessas operações os materiais foram destinados a endereços divergente da impugnante; que ocorreu imprecisão na determinação da infração. No mérito alega não haver prova que essas operações foram praticadas pela impugnante, não pode ser imputada uma penalidade em operações que a atuada não praticou e nem tomou conhecimento.

O Julgador de primeira instancia relata que o sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, a intimação é válida, por cumprirem os mandamentos do art. 22 da Lei no 1.288/2001, a impugnação ao auto de infração é tempestiva por ser apresentada dentro do prazo legal previsto no art. 26 da Lei no 1.288/2001 e foi apresentada pelo próprio contribuinte nos termos do caput do art. 20 da Lei no 1.288/2001. Entende que a infração cometida pelo sujeito passivo está de fato concreta, por não ter registrado notas fiscais de entrada de mercadoria durante o exercício de 2016, consequentemente deixou de recolher o ICMS, relativo a omissão de receita, proveniente das vendas de mercadorias tributadas, por presunção ocorrida em data anterior a aquisição das mesmas, conforme previsto no artigo 21, inciso I, alínea “d” da lei 1.287/2001, este é o fato gerador que culminou na lavratura do auto de infração.

Que as infrações foram apuradas através do Levantamento das notas fiscais de entradas não registradas, relatório de arrecadação por contribuinte, registros fiscais dos documentos de entradas de mercadorias e aquisição de serviço e Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE.

Que com relação ao cerceamento do direito de defesa em relação as operações não praticadas pela impugnante, podendo observar nas informações do rodapé dos documentos fiscais, que parte dessas operações os materiais foram destinados a endereços divergente da impugnante, entende que não deve prevalecer, a obrigação é do sujeito passivo de zelar e registrar todos os eventos em sua inscrição de cadastro de contribuinte de acordo com legislação pertinente. Neste caso, todas as compras foram destinadas ao sujeito passivo, no CNPJ, Inscrição estadual e endereço do mesmo. O fato de algumas notas fiscais estarem com observação para serem entregue em outro endereço, não muda a natureza da operação e nem desonera o sujeito passivo da obrigação tributária.

Por esta razão rejeitou a preliminar arguida pela impugnante, pois houve violação da legislação tributária pertinente. O levantamento das notas fiscais de entradas não registradas no livro próprio e DANFE – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica, espelha as NFe que não foram registradas no seu livro fiscal próprio. Entendeu que está prejudicado seu pedido de preliminar.O processo administrativo tributário cumpre na integra todos os requisitos do artigo 35 da lei 1.288/2011, todos foram observados, afastando a nulidade alegada pela impugnante. A pretensão fiscal encontra respaldo na legislação tributária, assim como a penalidade proposta está de acordo com o ilícito fiscal descrito no auto de infração.

No mérito, alega não haver prova que essas operações foram praticadas pela impugnante, não pode ser imputada uma penalidade em operações que a atuada não praticou e nem tomou conhecimento. Entende que também não deve prevalecer, a obrigação é do sujeito passivo de zelar e registrar todos os eventos em sua inscrição de cadastro de contribuinte de acordo com legislação pertinente, portanto, a razão assiste ao fisco estadual, sendo legítima a exigência tributária.

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade de prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora possa analisar, desde que faça transladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal e por força do Art. 393 do CPC, a que se aplica subsidiariamente, só poderá ser questionado um levantamento fiscal, com outro procedimento de igual teor, indicando os erros e enganos porventura cometidos e provados devidamente. Cabe ao sujeito passivo, ingressar com uma ação regressiva contra o remetente, caso tenha usado indevidamente seus dados.

No entanto,na oportunidade em que comparece aos autos não apresenta qualquer elemento de prova capaz de ilidir o lançamento fiscal, deixando de atender a disposição contida no inciso I do art. 45 da Lei 1.288/2001, assim, não restando dúvida que os argumentos do sujeito passivo não devem prosperar, pois, o lançamento atende o que dispões a legislação tributária, cumprindo na integra os requisitos do art. 35 da lei 1.288/2001 e suas alterações. O sujeito passivo em sua impugnação, apenas manifesta de forma superficial e não produz provas para contraditar a ocorrência do fato gerador prevista na legislação retro citada.

Neste caso, entendeu que a reclamação tributária está amparada na inicial, o trabalho realizado está correto e a razão assiste ao fisco estadual, não deixando nenhuma dúvida em relação à infração cometida.Os documentos produzidos e anexados aos autos,que por si só comprovam que o contribuinte cometeu infrações devidamente qualificadas pelo autor do procedimento, identifica claramente e analiticamente os elementos constitutivos que deram origem ao crédito tributário reclamado na peça básica.

Que está comprovado, que o sujeito passivo descumpriu a legislação tributária ao deixar de recolher o ICMS, referente ao fato gerador presumido, relativo a omissão de vendas de mercadorias no período de 01.01.2016 a 31.12.2016, em data anterior a aquisição de mercadorias com recursos financeiros omitidos, constatada pela omissão de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias e MULTA FORMAL relativo a omissões de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas no livro próprio no mesmo período.

Diante do exposto, julgou procedente o auto de infração no 2017/000074, condenando o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário, conforme campos abaixo:

Campo 4.11 do auto de infração – No valor de R$ 33.716,24 (trinta e três mil, setecentos e dezesseis reais e vinte quatro centavos), mais os acréscimos legais, referente a multa formal;

Campo 5.11 do auto de infração – No valor de R$ 30.344,62 (trinta mil, trezentos e quarenta e quatro reais e sessenta e dois centavos), mais os acréscimos legais, referente a ICMS.

Intimada em 03 de julho de 2018 sobre a sentença, a autuada apresenta recurso em 24 de julho com as seguintes alegações:

Faz breve relato do conteúdo processual e invoca preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa; Que diversas notas relacionadas no demonstrativo do auditor, não foram operações praticadas pela autuada; nulidade por erro na determinação da infração: Que “caso houvesse a omissão de receitas, o ato infracional se remeteria a falta de emissão de notas fiscais e não os simples registros destas pois não existe o registro sem a efetiva emissão do documento; nulidade por imprecisão da matéria tributária, por erro na elaboração dos levantamentos para configuração do ilícito fiscal; Que a simples omissão de registro de notas de entrada não é suficiente para caracterização do ilícito descrito, seria necessário a recomposição da conta caixa: No mérito alega que não foi juntada as provas da ocorrência do suposto fato; que as operações tem destino a terceiros e endereço divergente da autuada, fato que prova que não foi efetuada por ela; que o Estado tem controle interestadual da circulação das mercadorias, fato que poderia comprovar as alegações do recurso, ao final requer a nulidade ou a improcedência do auto de infração.

A Representação Fazendária faz um breve relato sobre o conteúdo processual e refuta as alegações feitas no recurso da autuada. Entende que os fundamentos da julgadora em sua sentença está correta e recomenda a sua confirmação.

É o Relatório

**VOTO**

A presente lide se configura na autuação por falta de registro de notas fiscais de entradas no livro próprio, incidindo Multa Formal pelo descumprimento de obrigação acessória e ICMS por omissão presumida de saídas tributadas. A infração tipificada como infringida foi o art. 44, inciso II da Lei 1.287/2001, combinado com o art. 247 do RICMS, aprovado pelo Decreto 2.912/2006. Em sua impugnação, o sujeito passivo, alega preliminar de nulidade, pelo motivo de constar no levantamento notas fiscais de entradas cujos produtos não foram adquiridos pela autuada.

No mérito, alega a improcedência do auto de infração pelo fato de que em momento algum o autor do lançamento apresentou provas que as operações com mercadorias foram praticadas pela autuada, nos termos do art. 247 do RICMS e da Lei 1.287/2001 – CTE. A julgadora de primeira instância, refutou a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo, por entender que “a pretensão fiscal encontra respaldo na legislação tributária, assim como a penalidade proposta está de acordo com o ilícito fiscal descrito no auto de infração”.

Quanto ao mérito, entende que na oportunidade em que autuada comparece aos autos, não apresenta qualquer elemento de prova capaz de ilidir o lançamento fiscal, e decide pela procedência da ação fiscal. No recurso voluntário, a autuada recorre da decisão proferida em primeira instância, com as mesmas alegações em sede de impugnação acrescida das preliminares de: erro na determinação da infração e erro na produção do levantamento, onde o correto deveria ser a reconstituição da conta caixa.

O Representante Fazendário, em sua manifestação, concorda com a decisão de primeira instância, e pede sua confirmação. Analisando os documentos anexados aos autos, bem como as alegações da autuada em seu recurso,observa-se o seguinte: Em referência ao campo 5, onde se exige ICMS por omissão presumida de saídas tributadas, em que a recorrente alega erro na determinação da infração, ou seja o art. 44, inciso II, da Lei 1.297/2001, vejamos sua disposição:

**LEI 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:

[...]

II - escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nosprazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído;(Redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11).

**Decreto nº 2912/2006**. Aprova o Regulamento do ICMS e adota outras providências.

[...]

Art. 247. O livro Registro de Entradas, modelo1, ou 1-A, destina-se à escrituração do movimento de entradas de mercadorias, a qualquer títulono estabelecimento, bem como para registro de utilização de serviços de transportes e de comunicação.

O contexto do campo 5.1 do auto de infração, tem como descrição: “omissão de receitas, proveniente das vendas de mercadorias tributadas ... a referida omissão de receitas se dá em virtude de fato gerador presumido previsto no art. 21, inciso I, alínea “d”, da Lei 1.287/2001”.

Nota-se que a imputação da infração foi o art. 44, inciso II, da Lei 1.287/2001, trata da obrigação do registro de notas fiscais de entradas, enquanto que a descrição da infração cometida, contexto do campo 5.1, refere-se a omissão presumida de registro de saídas tributadas, resultante da falta de emissão de notas fiscais de saídas e não de entradas, ao posso que o art. 21 da Lei 1.287, inserido no contexto, trata das presunções de saídas, e não é imputação penal, mas apenas uma condicionante para que se proceda a ação fiscal, entendimento sedimentado por esta Corte, conforme citação:

**ACÓRDÃO 062/2013. EMENTA**– ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PRESUMIDO. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO COMETIDA – É nula a exigência tributária cuja tipificação da infração cometida não se relaciona com o histórico dos fatos tidos como infringidos.

Quanto ao campo 4 que exige multa formal por falta de registro de notas de entradas, em que a recorrente alega imprecisão da matéria tributável e erros no levantamento, observa-se pelos documentos fiscais, anexados tanto pela autuada, quanto pelo autuante, a existência de documentos fiscais tidos como não lançados, nos quais, entre eles, a cobertura de produtos, cujas operações são outras situações de natureza não comercial, tais como: não especificados, remessa de venda futura, decorrente de emissão de ECF, e outras situações, além das alegadas como desconhecidas pelo sujeito passivo, que nem o fisco nem a recorrente apresentaram provas consistentes para suas suposições e alegações.

O que a meu ver, ao contrário do entendimento do julgador singular, implica sim em cerceamento de defesa da autuada, nos termos do art. 28 e art. 35, ambos da Lei 1.288/2001, transcritos a seguir:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

[...]

II – com cerceamento de defesa;

III – por erro na determinação da infração.

**Art. 35.** O Auto de Infração:

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

[...]

c) a descrição clara, precisa e resumida do fato e a indicação do período de sua ocorrencia;

Portanto, entendo que as exigências tributárias constantes nos campos 4 e 5 do auto do infração ,em decorrência de inconsistências nos levantamentos e erro na tipificação da infração, respectivamente, arguidas pela recorrente, levam à nulidade por cerceamento de defesa.

Em razão da preliminar acatada, a preliminar arguida por erro na produção do levantamento, onde o correto seria a reconstituição da conta caixa, fica prejudicada e deixa de ser analisada, havendo de considerar apenas o não cabimento, pois, a possível ocorrência do suscitado, caberia a verificação nos registros contábeis e não a reconstituição da conta caixa, conforme alegado pela recorrente.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto, acolho a preliminar arguida pela recorrente, e voto pela nulidade das exigências tributárias, campos 4 e 5 do auto de infração nº 2017/000074, sem análise de mérito, reformando a decisão de primeira instância.

É como voto.

**DECISÃO**

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por maioria, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento ao direito de defesa, arguida pela Recorrente e julgar nulo o auto de infração. Votos divergentes dos conselheiros Ricardo Shiniti Konya e Marcélio Rodrigues Lima. A empresária Tânia Magalhães, seu assessor Diógenes Peixoto Leandro e o Representante Fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade, fizeram sustentações orais pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente.Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya, Valcy Barbosa Ribeiro, Marcélio Rodrigues Lima e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento aos dezenove dias do mês de novembro de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e oito dias do mês de fevereirode 2020.

Marcélio Rodrigues Lima

Presidente substituto

Ricardo Shiniti Konya

Conselheiro Relator

Luiz Carlos da Silva Leal

Conselheiro Autor do Voto Vencedor