|  |  |
| --- | --- |
| **ACÓRDÃO No**  PROCESSO No: | **060/2020**  2017/6640/500739 |
| RECURSO VOLUNTÁRIO No: | 8.754 |
| AUTO DE INFRAÇÃO No: | 2017/002037 |
| RECORRENTE: INSCRIÇÃO ESTADUAL No: | ATACADÃO DA CONSTRUÇÃO B & R LTDA  29.417.614-4 |
| RECORRIDA: | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |

**EMENTA**

ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. SALDO DA CONTA FORCEDORES EM ABERTO. OMISSÃO PRESUMIDA DE SAÍDAS TRIBUTADAS. PRESUNÇÃO DESCARACTERIZADA. IMPROCEDÊNCIA – É improcedente a reclamação tributária que exige ICMS proveniente da presunção de saídas tributadas, quando comprovada a inocorrência do ilícito supostamente praticado.

**RELATÓRIO**

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário através do auto de infração nº 2017/002037, contra a Recorrente qualificada na peça inaugural, por deixar de recolher o ICMS, conforme levantamento da conta fornecedor, relativo ao balanço do exercício de 2016, onde se constatou a existência de passivo fictício no saldo final de 2016 maior que a documentação apresentada.

A Recorrente foi intimada do auto de infração por via postal em 13/11/2017 (fls.09/11) para apresentar impugnação ou pagar o crédito tributário reclamado, não comparecendo ao processo, incorrendo em revelia (fls.13). Em 19/01/2018 compareceu intempestivamente ao processo, com pedido de dilação do prazo de defesa, que prontamente foi atendido pelo presidente do CAT. Na impugnação (fls.16), pede a anulação do auto de infração, por não constar provas da existência da dívida que já foram pagas ou inexistentes, portanto, em desacordo com artigo 35 da lei 1.288/2001.

Através do despacho nº 06/2018 (fls.19), o Julgador de Primeira Instância comparece ao feito, devolve o processo a autora do procedimento ou seu substituto legal, para reanalisar os levantamentos da conta fornecedor – analise de saldo e manifestar sobre as argumentações da defesa.

A autuante compareceu aos autos (fls.21/22), informando que o levantamento da conta fornecedor – análise de saldo é um documento hábil para que se faça cobrança do passivo fictício. Que foi apresentado no balanço patrimonial de 2016 (fls.06), conta fornecedor um saldo final de R$ 213.540,14, durante a fiscalização foi solicitada a Recorrente as duplicatas para zerar o saldo, porém não foram apresentadas, gerando o passivo fictício previsto no artigo 22 da lei 1.288/01. Na impugnação teve novamente a oportunidade de anexar as duplicatas para zerar o saldo existente no balanço patrimonial de 2016 e não fez.

Adveio a sentença de primeira instância às fls.24/28, que em análise de preliminar consignou o seguinte:

REJEITO a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo, não deve prosperar, pois, 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.

No mérito, o douto Julgador de Primeira Instância aduz que:

No entanto, na oportunidade em que comparece aos autos, não apresenta qualquer elemento de prova capaz de ilidir o lançamento fiscal. Foi oportunizado ao impugnante apresentar as provas de que não houve passivo fictício no balanço de encerramento, ou ter contestado o levantamento realizado pela auditoria, com provas documentais que comprovasse erro no levantamento que pudesse modificar os valores autuado. Deixando de atender a disposição contida no inciso I do art. 45 da Lei 1.288/2001.

Desta forma, o ilustre Julgador de Primeira Instância, julgou PROCEDENTE o auto de infração nº 2017/002037, CONDENANDO a Recorrente ao pagamento do CRÉDITO TRIBUTÁRIO conforme valor indicado no campo 4.11 do auto de infração – No valor de R$ 38.437,23 (trinta e oito mil, quatrocentos e trinta e sete reais e vinte e três centavos) com a penalidade em conformidade ao artigo 48, inciso III, alínea “a” da Lei 1.287/2001 (com redação dada pela Lei 2.253 de 16.12.09).

A Recorrente foi intimada da decisão singular às fls. 35 apresentando Recurso Voluntário (fls. 38/42), alegando em sede de preliminar que inexiste prova do fato gerador. No mérito, aduziu que:

Não obstante o autor do procedimento ter acusado a existência de obrigações já pagas ou inexistentes no passivo constatado pelo Levantamento Conta Fornecedores, o valor apontado não é oriundo de fornecedores, mas sim de transferência de créditos de ICMS ocorrida por meio da emissão da nota fiscal nº 43.717, datada de 05/04/2013, da empresa Distribuidora de Materiais para Construção B e R Ltda, devidamente autorizada pelo fisco estadual.

[...]

Insta observar que a referida transferência de crédito de ICMS foi glosada pelo fisco por intermédio do auto de infração nº 2017/002413 que corre no processo administrativo tributário nº 2017/6640/500860.

Por fim, pede o provimento do Recurso Voluntário para reformar a r. sentença de primeira instância, julgando improcedente auto de infração nº 2017/002037.

De outro lado, a Representação Fazendária – REFAZ, em parecer às fls. 48/51, após a devida fundamentação, aduz que no presente caso a Recorrente não carreou aos autos provas e argumentos de que seus procedimentos estão de acordo ao que prevê a legislação tributária, sugerindo seja mantida *a quo* por seus próprios fundamentos.

É o relatório

**VOTO**

A presente lide se configura na exigência de crédito tributário, por presunção de omissões de receitas tributadas, proveniente de saldo na conta fornecedores a maior que os comprovados, caracterizando passivo fictício.

A infração tida como infringida, foi o art. 21. Inciso I, alínea “c”, da Lei 1.287/2001, combinado com o art. 44, inciso II, da Lei 1.287/2001. (Com redação dada pela Lei nº 2.549/2011).

Ao recorrer da autuação, o sujeito passivo alega preliminar de nulidade do auto de infração e quanto ao mérito alega que o autuante não fez provas da inexistência da dívida, tão pouco que tais dívidas já haviam sido pagas.

O julgador de primeira instância em sua decisão nega provimento à preliminar arguida, e quanto ao mérito, julga procedente o auto de infração.

Inconformada com a decisão em primeira instância, a autuada apresenta recurso voluntário arguindo a mesma preliminar em sede de impugnação e no mérito alega que o saldo constatado não é da conta fornecedores, mas de transferência de créditos de ICMS devidamente autorizado pelo fisco estadual e contabilizado erradamente na conta fornecedores, tratando apenas de uma transferência de saldo credor de ICMS, sem característica de venda mercantil.

A Representação Fazendária em suas considerações entende que as questões suscitadas na primeira instância foram a contento combatidas pelo julgador singular e pede a sua manutenção.

No compulsar dos autos, observa-se que, de um lado, a autora do lançamento, achou por bem, glosar os valores contabilizados na conta fornecedores por falta de documentos que comprovam a existência dos mesmos naquele momento. Por outro lado, a autuada em seu recurso alega que não se trata de operação mercantil, embora fora contabilizada de forma errada na conta fornecedores, e por este motivo não foi apresentada as duplicatas que comprovam o pagamento da operação. Cita, inclusive, que o valor da transferência do saldo credor fora posteriormente glosado pelo fisco por intermédio de auto de infração de nº 2017/002313.

Em procedimento de verificação junto ao banco de dados da SEFAZ, confirma-se, que o auto de infração citado, originou o processo administrativo nº 2017/006640/500860, que posteriormente, submetido a julgamento, teve como desfecho a improcedência do mesmo, pelo fato de que a transferência do saldo credor de ICMS fora devidamente homologada pelo órgão competente da Secretaria da Fazenda, não sendo apresentado nenhum fato ou motivo para a ocorrência da glosa, ficando insubsistente a ação do fisco naquele processo.

Desta forma, como está comprovado nos autos que o valor ora exigido, decorre de procedimento de exigência tributária submetida a esta Corte, e julgada improcedente, entendo que nestas circunstâncias não há o que se exigir também, na presente ação fiscal, nos termos que preceitua o Código Tributário Nacional em seu art. 114, que assim dispõe:

Art. 114 – Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

No presente caso, como a obrigação principal, ou seja, aquela que deu causa a esta, foi declarada improcedente, mesmo destino deve ser dado às subsequentes, pois não ficou comprovada a suposta presunção de omissão de saídas de mercadorias, como está disposto no art. 21, em seu inciso I, alínea “c”, prescrito a seguir:

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

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

I – o fato de a escrituração indicar:

[...]

c) manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

Há de se frisar ainda, que foi arguida nulidade da exigência tributária, por erro na determinação da infração, onde consta como infringido, o art. 21, Inciso I, alínea “c” supra referido, combinado com o art. 44, Inciso II, conforme disposto:

**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 nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído;(Redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11).

Nota-se que a infração transcrita no campo 4.13, art. 21 da Lei 1.287, trata das presunções de saídas, e não é imputação infracional, mas apenas uma condicionante para que se proceda a ação fiscal, entendimento este, já sedimentado por esta Corte. Da mesma forma, o art. 44, inciso II, da Lei 1.287/2001, trata da obrigação do registro de notas fiscais de entradas, enquanto que o presente caso, refere-se a omissão presumida de registro de saídas tributadas, resultante da falta de emissão de notas fiscais de saídas , em que o correto seria o art. 44, inciso III, da mesma Lei.

Portanto, ambas as citações, leva a nulidade do auto de infração e consequentemente ao refazimento dos trabalhos de auditoria, e pelo que consta nos autos, a exigência fiscal está fragilizada, e um provável refazimento, pouco ou nada traria de positivo para os cofres públicos.

Assim, por questão do mérito, e pelo princípio da economicidade processual, a nulidade arguida deixa de ser analisada.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto, e voto pela improcedência da exigência tributária, campo 4 do auto de infração nº 2017/002037, reformando a decisão de primeira instância, e absolvendo o sujeito passivo da imputação que lhe foi imposta.

É como voto.

**DECISÃO**

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento para, reformando a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de campo 4.11: R$ 38.437,23 (trinta e oito mil, quatrocentos e trinta esete reais e vinte e três centavos). O advogado Aldecimar Esperandio e o Representante Fazendário Rui José Diel fizeram sustentações orais pela Recorrente e 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 dez dias do mês de março do ano de 2020.

Marcélio Rodrigues Lima

Presidente substituto

Valcy Barbosa Ribeiro

Conselheiro Relator

Luiz Carlos da Silva Leal

Conselheiro Autor do Voto Vencedor