



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	089/2020
PROCESSO Nº:	2017/6040/504829
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.919
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/001870
RECORRIDA:	4 BIO MEDICAMENTOS S.A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.431.305-2
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. FALTA DE REGISTRO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA. AUSÊNCIA DE PROVAS. LEVANTAMENTO INSUBSISTENTE. IMPROCEDÊNCIA – É improcedente a reclamação tributária por insuficiência de elementos comprobatórios que demonstrem a ocorrência de fato gerador da obrigação tributária.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente às exigências de ICMS sobre notas fiscais de saídas de mercadorias tributadas não registradas nos livros próprios nos exercícios de 2015 e 2016, totalizando o valor de R\$ 33.330,28 (trinta e três mil, trezentos e trinta reais e vinte e oito centavos), conforme auto de infração (fls. 02/03).

Foram anexados ao presente processo, intimação, levantamentos fiscais e mídia eletrônica contendo Livro de registro de Saídas, relação de chaves e demonstrativo fiscal (fls. 04/06).

A Recorrida foi intimada por via postal e apresentou impugnação acompanhada de documentos arguindo preliminares de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, com fundamento no inciso II, do art. 28, da Lei nº 1.288/01, pela ausência de documentos comprobatórios, conforme inciso IV, do art. 35, da Lei no 1.288/01, aduz que as notas fiscais relacionadas no levantamento não lhe pertencem; ao final, pede afastamento da multa de 20% destacando seu efeito confiscatório e em suas razões de mérito, alega inoccorrência de fato gerador; que as notas fiscais se referem a mercadorias recusadas antes do seu recebimento e que esta não se confunde com operação de devolução. Cita dispositivos do





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Regulamento do ICMS Estadual e de São Paulo e ainda apresenta documentos comprobatórios de suas alegações. Em seguida, o processo foi remetido para julgamento (fls. 07/113).

Sobreveio à sentença de primeira instância às fls.115/119, que de início se manifestou acerca da preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa em face da ausência de documentos comprobatórios, conforme inciso IV, do art. 35, da Lei nº 1.288/01, e neste particular deixou de analisá-las em sede de preliminar porque segundo a ilustre julgadora, esta se confunde com o mérito e lá será analisada.

Ainda em sede de análise de preliminares, quanto à alegação de nulidade do auto de infração pelo caráter confiscatório da multa, a douta Julgadora firma seu entendimento acerca das preliminares de mérito no seguinte sentido:

Quanto a esta preliminar, essa instância julgadora não tem competência para arguir quanto à constitucionalidade da imposição de multas, apenas faz cumpri-las. O foro competente para tal é o Poder Judiciário, único ente que poderá apreciar a eficácia da multa sugerida. Portanto, rejeito a preliminar.

No mérito, a douta Julgadora singular assevera que:

Em suas razões de mérito de fato o sujeito passivo tem razão, pois o autuante se quer apresentou as provas documentais suficientes para comprovar que o sujeito passivo praticou todas as operações relacionadas nos levantamentos fiscais (fls. 05/06) e tão pouco trouxe a comprovação de que todas elas deveriam estar registradas nos respectivos livros de registros de entradas ou de saídas do sujeito passivo.

Ampla e profícua fundamentação conducente à distinção das notas constantes dos autos, conclui que: “[...] é válido afirmar que o sujeito passivo não infringiu os comandos legais da legislação tributária”.

Desta forma, a ilustre Julgadora de Primeira Instância julgou improcedente o auto de infração no 2017/001870, e absolveu a Recorrida do pagamento dos créditos tributários nos valores de:

1. R\$ 1.914,06 (um mil, novecentos e quatorze reais e seis centavos), referente ao campo 4.11, e;

2. R\$ 31.416,22 (trinta e um mil, quatrocentos e dezesseis reais e vinte e dois centavos), referente ao campo 5.11.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Devidamente intimado por meio do AR de fls. 125, a Recorrida não apresentou recurso voluntário.

A Representação Fazendária – REFAZ, em parecer às fls. 120/121, após a devida fundamentação, recomenda pela manutenção da decisão singular.

É o Relatório.

VOTO

Visto, analisado e discutido o presente processo que exige ICMS sobre notas fiscais de saídas de mercadorias tributadas não registradas nos livros próprios nos exercícios de 2015 e 2016, totalizando o valor de R\$ 33.330,28 (trinta e três mil, trezentos e trinta reais e vinte e oito centavos), conforme auto de infração.

De início, insta destacar que a Julgadora Singular ao conferir razão ao contribuinte ancora seu juízo sentenciante na ausência de provas documentais suficientes para comprovar que o sujeito passivo praticou todas as operações relacionadas nos levantamentos fiscais, senão vejamos:

Em suas razões de mérito de fato o sujeito passivo tem razão, pois o autuante se quer apresentou as provas documentais suficientes para comprovar que o sujeito passivo praticou todas as operações relacionadas nos levantamentos fiscais (fls. 05/06) e tão pouco trouxe a comprovação de que todas elas deveriam estar registradas nos respectivos livros de registros de entradas ou de saídas do sujeito passivo.

A nobre Julgadora aduz que a documentação acostada serve na verdade para conferir razão a tese do contribuinte, haja vista que as notas fiscais 12188 (fls. 92) e 449596 (fls. 97), pertinentes aos levantamentos fiscais (fls. 05/06), se referem à devolução de mercadorias que não adentraram no estabelecimento do sujeito passivo e se referem a retornos de mercadorias, assim, como muito bem afirmou o sujeito passivo em sua defesa, as notas fiscais se referem a mercadorias recusadas pela impugnante antes do seu recebimento e estas operações não se confundem com operações de devolução.

Em síntese, a douta Julgadora conclui seu raciocínio pela ausência do fato gerador do tributo cobrado na presente reclamação tributário, o que pode ser extraído no seguinte trecho:





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUENTES E RECURSOS FISCAIS

Ora, a presente autuação descrita no campo 6.1 é clara e diz que o sujeito passivo deixou de recolher ICMS pela falta de registro de notas fiscais de saídas no livro próprio. Por outro lado, mesmo que aqui se estivesse cobrando o ICMS pela presunção da ocorrência do fato gerador prevista no art. 21 da Lei nº 1.287/01 considerando que as referidas notas fiscais não foram registradas no livro de registro de entradas também não prevaleceria a cobrança, pois esta situação está sendo cobrada no auto de infração 2017/001869 – Processo 2017/6040/504827.

Ora, tendo por objeto a cobrança de tributos por deixar o contribuinte de recolher ICMS pela falta de registro de notas fiscais de saídas no livro próprio, caberia ao Fisco demonstrar tal ocorrência, mas o que restou demonstrado nos autos é justamente o contrário, que na verdade não houve a ocorrência do fato gerador do tributo.

Veja que as notas fiscais 12188 (fls. 92) e 449596 (fls. 97), relacionadas nos levantamentos fiscais (fls. 05/06), foram recusadas e retornadas ao estabelecimento fornecedor (vendedor), conforme informação no campo de informações complementares das próprias notas fiscais 106 e 450580 (fls.113 e 97), e documentos fls. 107/110, ou seja, sequer adentraram no estabelecimento do contribuinte, assim, não se pode imputar penalidade da qual inexistente fato gerador.

Nesse aspecto, importante trazer à baila jurisprudência em casos análogos, senão vejamos:

DIREITO TRIBUTÁRIO - ISSQN - COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA - FATO GERADOR - EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COMPROVAÇÃO DE APOSENTADORIA E DECLARAÇÕES DE QUE O CONTRIBUINTE NÃO EXERCIA ATIVIDADE PROFISSIONAL - AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO PELA MUNICIPALIDADE - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA - INSUFICIÊNCIA PARA LEGITIMAR A COBRANÇA DO IMPOSTO. 1. O fato gerador do ISSQN é a prestação de serviço, que, no caso do autônomo, é realizada no local onde o prestador é estabelecido. 2. Ante a ausência do fato gerador, indevido o ISSQN. 3. Recurso não provido. (TJ-MG - AC: 10145063078631001 MG, Relator: Raimundo Messias Júnior, Data de Julgamento: 13/05/2014, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/05/2014)

ICMS - TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA NO ESTADO - AUSÊNCIA DE FATO GERADOR - MULTA ISOLADA - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - VALIDADE. -
- ""O simples deslocamento de mercadoria de um para outro





**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS**

estabelecimento do mesmo contribuinte, ainda que para ser utilizada como matéria prima, não caracteriza operação mercantil sujeita à incidência de ICMS. Aplicação da Súmula 166/STJ" - Agravo regimental improvido (STJ - AGRESP 251925 - MG - 2ª T. - Rel. Min. ELIANA CALMON - DJU 20.08.2001 - p. 00427). (TJ-MG 100560408242540011 MG 1.0056.04.082425-4/001(1), Relator: WANDER MAROTTA, Data de Julgamento: 02/08/2005, Data de Publicação: 24/08/2005)

É como lecionam MISABEL ABREU MACHADO DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

No direito brasileiro, tanto no Direito Civil, como no Direito Comercial, o contrato de compra e venda - embora perfeito - não transfere a propriedade. É necessário ainda que se dê a tradição, modo comum de se alterar o domínio das coisas móveis. Somente assim a mercadoria circula juridicamente, realizando-se o fato gerador do ICMS.

(...)

"O direito tributário acompanha, coerentemente, a regulação da matéria no direito privado. Assim, o legislador tributário escolheu como momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, a saída da mercadoria do estabelecimento do comerciante, industrial ou produtor. Não se trata de saída meramente física, mas de saída como execução de um ato ou negócio (operação jurídica) translativo da titularidade da mercadoria" (in A hipótese de incidência do ICMS: Irrelevância dos contratos de compra e venda, sem tradição ou entrega das mercadorias, apud Direito Tributário Aplicado - Estudos e Pareceres, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, ps. 183/184).

Destarte, compartilho do mesmo entendimento exposto pela Julgadora Singular quando entende que: Sendo assim, é válido afirmar que o sujeito passivo não infringiu os comandos legais da legislação tributária.

Vale dizer, não havendo descumprimento aos comandos legais da legislação tributária, não há que se falar em fato gerador por descumprimento de obrigação acessória, tampouco inexistência penalidade a ser cominada.

Portanto, à luz dos elementos fáticos e jurídicos acima delineados, decido pela manutenção da decisão de primeira instância, para julgar improcedente o auto de infração e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz nos valores de: campo 4.11 - R\$ 1.914,06 (um mil, novecentos e quatorze reais e seis centavos),





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

campo 5.11- R\$ 31.416,22 (trinta e um mil, quatrocentos e dezesseis reais e vinte e dois centavos).

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, em reexame, confirmar a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz nos valores de: campo 4.11: R\$ 1.914,06 (um mil, novecentos e quatorze reais e seis centavos), campo 5.11: R\$ 31.416,22 (trinta e um mil, quatrocentos e dezesseis reais e vinte e dois centavos). O Representante Fazendário Rui José Diel, fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Valcy Barbosa Ribeiro, Marcelo Rodrigues Lima, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga e Ricardo Shiniti Konya. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e dois dias do mês de outubro de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos quatorze dias do mês de julho de 2020.

Luiz Carlos da Silva Leal
Vice - Presidente

Valcy Barbosa Ribeiro
Conselheiro relator

