Publicado no Diário Oficial de nº 5.800, de 03 de março de 2021

ACÓRDÃO Nº:	**013/2021**
PROCESSO Nº:	2013/6640/500208
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.694
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2013/000404
RECORRIDA:	J R SOBRINHO
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.046.909-0
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTADAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando a tipificação não condiz com a descrição da infração.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, alusivo a omissão de saídas de mercadorias tributadas, admitida a presunção do fato gerador presumido, referente à manutenção em seu passivo de obrigações já pagas, caracterizando fraude nos livros contábeis (passivo fictício), constatado por meio de Levantamento Especial-Conta Fornecedores, relativo ao exercício de 2008.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal, e apresenta requerimento junto a Delegacia da Receita solicitando dilação de prazo para apresentação da defesa administrativa, tendo sua solicitação atendida com dilação de prazo de 15 dias.

Novamente intimado, o ora Recorrente apresenta impugnação (fls.97/113) dos autos, arguindo, preliminarmente, a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa em razão de apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos, uma vez que o fiscal auferiu valores aleatórios.

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

Aponta também nulidade do auto em razão das notificações não descreverem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para cálculos de multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

No mérito, alega que em vários anos de funcionamento e revisões fiscais ocorridas nunca foi alvo de autos de infração. Assevera, que a exigibilidade do tributo enfocado pela ora notificação restará suspenso, em conformidade com o artigo 151 do Código Tributário Nacional-CTN, em face da interposição da presente defesa.

Em relação ao valor da multa aplicada, entende ser arbitrária e ilegal, caracterizando confisco, em consonância com o artigo 150 da Constituição Federal-CF. Estas devem incidir na quantia de 2% por cento do valor da prestação original, conforme artigo 52 da Lei nº 9.298/96, não sendo permitida a capitalização na execução fiscal e nos autos de infração.

Ao final, pugna pela nulidade das notificações, caso não seja esse o entendimento, que o feito seja convertido em diligência a fim de apurar as informações prestadas no tocante aos valores auferidos pelo agente fiscal nos meses relacionados. E adentrando-se ao mérito da presente defesa, que seja constatado a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente.

O julgador de primeira instância retornou os autos ao autor do procedimento para juntada de cópia do balanço patrimonial de 2007 e manifestações sobre as alegações da defesa.

O autor do procedimento se manifesta e diz que o lançamento do crédito tributário foi em razão de lançamento errado de débitos originados da conta fornecedor, de vendas a prazo, e, como não existia no ano de 2007 os livros necessários, verificar-se- à a situação constatada. Informa, que a recorrente reconhece que não registrava a conta fornecedores em 2007, sendo que a empresa iniciou a escrituração contábil em 2008, conforme se observa nos documentos de fls. 018/076, e que o saldo inicial da conta fornecedor é zero.

Em despacho às fls. 123/124, o julgador monocrático, com base no artigo 8º, inciso VII e VIII do anexo ao Decreto nº 3.198/2007, encaminha os autos ao Presidente do Contencioso Administrativo Tributário- CAT, em que solicita orientação e manifestação, tendo em vista a existência de revelia nos autos e a

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

dilação do prazo para impugnação feita de forma indevida, ao qual é orientado a considerar a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

O julgador monocrático retorna os autos ao autor do procedimento para saneamento, sendo lavrado termo de aditamento (fls.30), retificando os contextos descritos no campo 4 do auto.

Intimado do termo de aditamento o contribuinte não se manifestou.

O julgador de primeira instância, mais uma vez retorna os autos ao Presidente do CAT, em decorrência do entendimento de que houve revelia nos autos, e o presidente retorna ao julgador monocrático determinado o cumprimento do despacho de fls.124 dos autos e para que seja proferida sentença considerando a impugnação.

O processo, a pedido do julgador monocrático, é convertido em diligência, para a posse da documentação do contribuinte e as constantes dos autos, e que se ateste a veracidade das alegações da defesa e juntada de documentos probatórios da acusação.

O autor do procedimento apresenta planilha do livro razão do contribuinte, referente ao exercício de 2008, com os lançamentos a débito da conta fornecedores, com cópias das duplicatas pagas naquele exercício, às fls.142/434, retifica as razões já apresentadas e demonstra (fls.435/448) a prática dos lançamentos efetuados no livro diário nº 01 da impugnante, alegando que o sujeito passivo cometeu fraude contábil realizando lançamentos inexistentes.

Em sua análise, o julgador de primeira instância, entende que as preliminares arguidas não devem prevalecer, visto que os autos foram convertidos em diligência e verificado a apuração dos valores lançados, bem como emitido termo de aditamento, corrigindo erros técnicos sanáveis.

Assevera, que o sujeito passivo, em sua defesa, em momento algum discute o mérito da reclamação tributária e que em relação ao pedido de suspensão de exigibilidade do crédito, entende que o processo segue seu trâmite regular.

Quanto à alegação de confisco e aplicabilidade de multas e juros abusivos, entende que a alegação deve ser proposta por meio de ação judicial devida, para que seja declarada a inconstitucionalidade da norma legal.

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

Entretanto, o julgador entende que a penalidade sugerida pelo autor do procedimento, relacionada à suposta situação de cometimento de fraudes, não deve prevalecer, pois nos autos não está caracterizada essa situação, entendendo assim que a penalidade aplicada deve ser a do artigo 48, inciso III, alínea “a” da Lei 1.287/2001.

O pedido de diligência da defesa foi prontamente atendido e consta nos autos.

Aduz, que restou comprovado que a documentação fiscal da impugnante não traz informações acerca dos valores dos saldos das contas de fornecedores do exercício de 2007, restando constatado existência de escrituração contábil do contribuinte de passivo fictício, o que permite a presunção do fato gerador do imposto, conforme artigo 21, inciso I, alínea “c” da Lei 1.287/01.

Pelo exposto, o julgador conheceu da impugnação apresentada, negou provimento e julgou procedente o auto de infração nº 2013/000404 e termo de aditamento de fls. 130 dos autos, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R$ 80.845,86 (oitenta mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e oitenta e seis centavos), mais acréscimos legais, com a penalidade do artigo 48, inciso III, alínea “a” da Lei nº 1.287/01.

Intimado da sentença de primeira instância, o sujeito passivo comparece aos autos, em sede de recurso voluntário, reiterando todas as alegações feitas em sede de impugnação e acrescentando a tese de prescrição do exercício de 2008, exercício em julgamento.

Discorre em seu recurso que o ICMS deveria ser consttuído em janeiro de 2008, assim o fisco teria até 01/2013 para formalizar o crédito, já que o termo prescricional se iniciaria em 01/2009.

Assim, deduz que se a ação fiscal se iniciou em outubro de 2013, o fisco poderia apenas formalizar os créditos tributários a partir de outubro de 2009, e todos os créditos referentes aos meses anteriores a 10/2009 já estariam prescritos, nos termos do artigo 67-A da Lei 11.287/2001.

Argumenta que no presente auto o recorrente foi intimado da ação fiscal em 02/2013, no mês subsequente a ocorrência da prescrição do período de 01/2008.

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

Dessa forma, pleiteia pela declaração da prescrição do período de 01/2008, e de todos os saldos correspondentes aquele período, que não poderão ser utilizados para fins de lançamento tributário, somente os créditos de 02/2008 em diante.

Alega ainda, a ocorrência de prescrição intercorrente no presente processo, em razão do auto ter ficado paralisado por mais de 3 anos durante o seu andamento processual administrativo. Ao final, pugna pela reforma da sentença de primeira instância para que seja declarado nulo o auto de infração, ou, que seja reconhecida a prescrição em relação ao mês 01/2008, bem como a prescrição intercorrente.

A Representação Fazendária faz um breve relato dos fatos e recomenda a este Conselho a confirmação da sentença de primeira instância, que julgou procedente o auto de infração.

É o Relatório.

VOTO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, alusivo a omissão de saídas de mercadorias tributadas, admitida a presunção do fato gerador presumido, referente à manutenção em seu passivo de obrigações já pagas, caracterizando fraude nos livros contábeis (passivo fictício), constatado por meio de Levantamento Especial-Conta Fornecedores, relativo ao exercício de 2008.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal, e apresenta requerimento junto a Delegacia da Receita solicitando dilação de prazo para apresentação da defesa administrativa, tendo sua solicitação atendida com dilação de prazo de 15 dias.

Novamente intimado, o ora Recorrente apresenta impugnação (fls.97/113) dos autos, arguindo, preliminarmente, a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa em razão de apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos, uma vez que o fiscal auferiu valores aleatórios.

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

Aponta também nulidade do auto em razão das notificações não descreverem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para cálculos de multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa. No mérito, alega que em vários anos de funcionamento e revisões fiscais ocorridas nunca foi alvo de autos de infração. Assevera, que a exigibilidade do tributo enfocado pela ora notificação restará suspenso, em conformidade com o artigo 151 do Código Tributário Nacional-CTN, em face da interposição da presente defesa.

O julgador de primeira instância retornou os autos ao autor do procedimento para juntada de cópia do balanço patrimonial de 2007 e manifestações sobre as alegações da defesa.

O autor do procedimento se manifesta e diz que o lançamento do crédito tributário foi em razão de lançamento errado de débitos originados da conta fornecedor, de vendas a prazo, e, como não existia no ano de 2007 os livros necessários, verificar-se- à a situação constatada. Informa, que a recorrente reconhece que não registrava a conta fornecedores em 2007, sendo que a empresa iniciou a escrituração contábil em 2008, conforme se observa nos documentos de fls. 018/076, e que o saldo inicial da conta fornecedor é zero.

Na análise detalhada dos autos, verificamos que, em virtude da alteração da forma de escrituração dos registros contábeis, no final de 2007,o sujeito passivo procedeu um levantamento contábil para a realização de um balanço de abertura em 01 de janeiro de 2018. No referido balanço de abertura, deixou de constar os saldos das contas fornecedores constantes dos levantamentos feitos pelo autuante a título de passivo fictício, ás fls. 04 e 05 que importaram em um montante de R$ 475.563,88 (quatrocentos e setenta e cinco mil e quinhentos e sessenta e três reais e oitenta e oito centavos. Tais valores foram pagos e escriturados nas respectivas contas dos fornecedores, restando um saldo devedor correspondente a cada credor.

No nosso entendimento, não caracteriza um passivo fictício porque na realidade são contas do passivo com saldo negativo (devedor), não tendo causado qualquer prejuízo ao erário público. O máximo que o autuante poderia cogitar seria a aplicação de alguma multa formal, pela falta de escrituração dos referidos autos.

Diante do exposto, claro fica que estamos diante de um erro de determinação de infração, conforme estabelece o art. 28, inciso IV da Lei nº 1.288/01, *in verbis:*

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

> Art. 28. É nulo o ato praticado:
>
> [...]
>
> IV – com erro na determinação da infração.

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins já emitiu decisões sobre o assunto:

> ICMS. AUDITORIA. FALTA DE CLAREZA E PRECISÃO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE – A qualificação da infração cometida não condiz com o fato infringente descrito no lançamento fiscal. Assim, equívocos praticados pela fiscalização no enquadramento da infração constatada maculam a imposição tributária e conduzem à sua nulidade. (Acórdão 063/2015, rel. Kellen C. Soares Pedreira do Vale, j. 26.02.15).

Por todo o exposto, tem-se que a ocorrência dos equívocos destacados vicia a constituição do crédito tributário efetuada pelo Fisco. À luz dos elementos fáticos e jurídicos acima delineados decido pela reforma da decisão de primeira instância, e julgo pela NULIDADE do auto de infração nº 2013/000404.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e por maioria, acolher a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração, arguida pelo conselheiro Sani Jair Garay Naimayer, para julgar nulo o auto de infração. Votos divergentes dos conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal e Edson José Ferraz que votaram pela improcedência do lançamento. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz, Elena Peres Pimentel e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e cinco dias do mês de janeiro de 2021, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e quatro dias de fevereiro de 2021.

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

Sani Jair Garay Naimayer
Conselheiro Autor do Voto Vencedor

Fernanda Teixeira Halum Pitaluga
Conselheira Relatora

Gilmar Arruda Dias
Presidente