



ACÓRDÃO Nº: 100/2023
PROCESSO Nº: 2017/6040/505831
TIPO: REEXAME NECESSÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2017/002365
RECORRIDA: TAG COMERCIAL DE PRODUTOS
INDÚSTRIAS LTDA - EPP
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.476.182-9
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS POR PRESUNÇÃO. ERRO NA ELABORAÇÃO DO LEVANTAMENTO FISCAL. IMPRECISÃO NO QUANTUM DEVIDO. NULIDADE – É nulo o lançamento tributário cujo levantamento que lhe dá suporte foi elaborado com imprecisão técnica, comprometendo a verificação exata da matéria tributável.

RELATÓRIO

O contribuinte qualificado na exordial teve contra si lavrado o Auto de Infração de nº 2017/002365, que reclama ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributadas, não registradas no livro próprio, no valor de R\$ 10.669,54 (Dez mil, seiscentos e sessenta e nove reais e cinquenta e quatro centavos), referente ao período de 01/01/2017 a 30/09/2017, constatado por meio do Levantamento de Arbitramento de Saídas de Notas Fiscais de Entradas de Mercadorias não Registradas no Livro Próprio.

Foram anexados aos autos: levantamento de arbitramento das saídas de mercadorias referentes às notas fiscais não registradas em livro próprio; cópia por amostragem de aquisições de mercadorias e CD (mídia) das notas fiscais de entradas e livros de registros de entradas de mercadorias.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal, na data de 21/12/2017, comparecendo tempestivamente ao feito na data de 19/01/18 (fls. 08/19) alegando o seguinte:

f e





1. Preliminarmente:

- Argui a nulidade do auto de infração com base no art. 35, inciso I, alínea "c" da Lei nº 1.288/2001, por cerceamento do direito de defesa, visto que a acusação tem que ser clara e precisa, trazendo todos os elementos fundamentadores, de forma que o autuado possa saber do que está sendo acusado.

- Aduz que as informações trazidas aos autos são alheias à contabilidade da impugnante, apenas presunções.

2. No mérito:

- Contradita o lançamento tributário e afirma haver erros de interpretação do fisco estadual quanto aos números citados no levantamento fiscal, que não correspondem com a realidade da empresa.

- Afirma que o levantamento apresentado pelo fisco estadual traz presunção de saída flagrantemente equivocada, quando lança tributos relativos a nota fiscal de entrada relativa à devolução de mercadorias ou aquisição de produtos consumidos. Cita as NFe's nºs 9.174 e 140.411, fls. 13/14 dos autos.

O julgador de primeira instância retorna os autos ao autor do procedimento para saneamento processual quanto ao dispositivo infringido citado, juntada dos documentos comprobatórios de acusação e manifestação sobre as alegações da defesa.

O autor do procedimento apresenta seu contra arrazoamento às fls. 25/27 dos autos e em síntese diz:

- Que são falsas as alegações da defesa quanto a erros das planilhas apresentadas e que efetuou o levantamento fiscal com base na documentação apresentada pela impugnante.

- Que a preliminar de cerceamento do direito de defesa não deve prosperar, visto que a Auditoria Fiscal foi acompanhada pelo contador responsável e que esse tinha conhecimento de toda a situação e dos levantamentos fiscais realizados; que a descrição do ilícito constatado está em conformidade à legislação tributária vigente e a infração cometida pela impugnante.

Quanto ao mérito, diz que o arbitramento das saídas está tipificado na legislação que determina o lançamento por presunção; a respeito das alegações que





as mercadorias foram devolvidas, o código de operações que consta dos documentos fiscais não demonstra e não configura devolução, bem como compras para consumo ou ativo fixo da empresa.

Constam às fls. 28/29 o levantamento fiscal elaborado na inicial e CD (mídia) contendo as notas fiscais de entradas e os livros fiscais de registros de entradas de mercadorias.

O autor do procedimento emite o termo de aditamento de fls. 30, onde altera o campo 4.13 do auto de infração, relativamente ao dispositivo infringido.

O sujeito passivo é novamente intimado por via postal e edital (fls. 32/34) e não compare ao feito, sendo emitido o termo de incorrência de manifestação às fls. 35 dos autos.

Em retorno ao julgador monocrático são inicialmente analisados os aspectos formais do lançamento tributário, sendo constatado que foram observados na íntegra.

Quanto a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, entende que o lançamento tributário está devidamente revestido de legalidade, a descrição da infração constada, os dispositivos infringidos e a penalidade sugerida estão em consonância com a infração denunciada pelo fisco estadual e atende o que determina o art. 35, inciso I, letra "c" da Lei 1.288/2001; relativamente a alegação de que as informações contidas nos autos são alheias à contabilidade da impugnante, entende não caber apreciação, visto que não consta nos autos nenhuma informação a respeito da contabilidade da impugnante; argumentos que utiliza para refutar a preliminar de nulidade do auto de infração.

Quanto ao mérito, analisando o levantamento fiscal elaborado pelo fisco estadual verifica-se que o autor do procedimento atribui como arbitramento do lucro bruto margem de 40% (quarenta por cento) sobre o valor total das mercadorias.

Que constatado que as notas fiscais de entradas de mercadorias não foram devidamente registradas à época do fato gerador da obrigação (01.01.2017 a 30.09.2017), o valor então presumido seria aquele como referência de supostas mercadorias que naquele período tiveram saídas sem a devida emissão de notas fiscais por parte da impugnante.

Entende, por fim, que o lançamento tributário da forma que se encontra não deve prosperar, visto que o levantamento fiscal contém erros técnicos de elabo-





ração quanto a aplicação de margem de lucro de 40% sobre as mercadorias não registradas pela impugnante e a sustentação do lançamento por meio da aplicação do Art. 21, inciso I, alínea "d" da Lei 1.287/2001, é incompatível.

Ante ao exposto, conhece da impugnação apresentada, dá-lhe provimento e julgo improcedente o auto de infração nº 2017/002365 e termo de aditamento de fls. 30 dos autos, absolvendo o sujeito passivo do pagamento do valor de R\$10.669,54 (dez mil, seiscentos e sessenta e nove reais e cinquenta e quatro centavos).

Submete a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos dos artigos 56, inciso IV, alínea f e 58, parágrafo único, da Lei nº 1.288/01 com redação dada pela Lei nº 3.018/15.

Em análise ao reexame necessário a Representação Fazendária dá razão à decisão singular que julgou improcedente o auto de infração, uma vez que o Art. 21 da Lei nº 1.287/01 trata de fato gerador presumido em operações anteriores, enquanto que o levantamento elaborado pelo fisco refere-se a arbitramento com aplicação de valor agregado em operações posteriores; entende que por essa incompatibilidade o julgador singular decidiu acertadamente, razão pela qual requer ao COCRE a confirmação da decisão de primeira instância administrativa.

O sujeito passivo foi intimado da decisão singular por edital, publicado no Diário Oficial do Estado de nº 5945, na data de 08/10/2021, uma vez que a tentativa de intimação por via postal foi infrutífera.

O contribuinte não se manifestou quanto a intimação realizada.

É o relatório.

VOTO

A exigência tributária trata de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributadas, não registradas no livro próprio, no valor de R\$ 10.669,54 (Dez mil, seiscentos e sessenta e nove reais e cinquenta e quatro centavos), referente ao período de 01/01/2017 a 30/09/2017.





Vistos e discutidos os autos processuais aqui em análise, tem-se que o sujeito passivo foi corretamente identificado no auto de infração, bem como devidamente cientificado do lançamento.

O autuante descrito no campo 05 do auto de infração possui capacidade ativa para a constituição do crédito tributário.

Sendo assim, foram observados os procedimentos estabelecidos na legislação tributária.

A exigência fiscal foi enquadrada como infração ao Art. 44, inciso III da Lei nº 1.287/01 (via Termo de Aditamento de fls. 30) c/c Art. 21, inciso I, alínea "d" da Lei nº 1.287/01.

O auto de infração foi julgado **improcedente** pela instância singular sob o argumento de que em análise ao levantamento elaborado pelo fisco estadual se verifica a agregação de margem de lucro bruto na ordem de 40% (quarenta por cento) sobre o valor total das mercadorias.

Que devido ao fato de o lançamento se apoiar em presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, sob o amparo do Art. 21, inciso I, alínea "d" da Lei nº 1.287/01, tal acréscimo não é tecnicamente correto, o que redundou em erro no levantamento fiscal, não se prestando, desta forma, a um fiel demonstrativo de crédito tributário.

Segue alegando entendimento de que a constatação de que as notas fiscais de entradas de mercadorias não foram devidamente registradas à época do fato gerador da obrigação, que o valor então presumido seria aquele, como referência, os constantes dos próprios documentos fiscais cujos valores foram omitidos nos registros, correspondentes às omissões de saídas sem a devida emissão de notas fiscais por parte do sujeito passivo.

Conclui, por fim, entender que o lançamento tributário, da forma que se encontra, não deve prosperar, visto que o levantamento fiscal contém erros técnicos de elaboração quanto a aplicação da margem de lucro de 40% sobre mercadorias não registradas pela impugnante, tornando-se incompatível com a sustentação no Art. 21, I, "d" da Lei nº 1.287/01.

Em análise, peço *vênia* para divergir da opinião do r. julgador monocrático quanto aos efeitos práticos de uma improcedência no caso concreto, haja vista que





os erros constantes do levantamento nos impede de ter a noção exata quanto a verdadeira omissão do ICMS.

As omissões aqui exigidas reportam recursos extra caixa, oriundos da presunção de pretéritas omissões de saídas, conseqüentemente, sem o valor financeiro que elas representam para fazer frente a despesas futuras, como aquisições de bens e mercadorias, todavia, tais vendas já teriam sofrido a agregação de margem de lucro, assim, mais uma vez aplicar MVA de 40% é tecnicamente ato falho, resultando, conseqüentemente, na imprecisão da base de cálculo e do valor do imposto a ser exigido.

Ao proceder ao levantamento com a técnica indevida o autuante compromete a correta verificação da infração relativamente ao *quantum* devido, que não corresponde a verdade material dos fatos.

Tal vício prejudica sobremaneira o lançamento tributário, posto que impede a necessária precisão da importância devida, não restando assim alternativa outra que a nulidade da autuação sob tais argumentos.

O ponto crucial da discordância que oponho entre a improcedência estabelecida na sentença singular e a nulidade do auto de infração, à qual entendo cabível, se baseia no raciocínio de que improcedente seria o lançamento se correto e devidamente contraditado, fosse comprovado o registro das notas fiscais de entradas, o que fulminaria de vez a alegada presunção.

Aqui o caso é de nulidade, considerado o comprometimento técnico do levantamento, pois que corretamente feito poderia se chegar à conclusão de que realmente a omissão existisse.

Todavia, em se tratando de nulidade material, creio já não mais ser possível o refazimento do presente auto de infração, uma vez que relativamente ao exercício de 2017 já tenha operado a decadência, em conformidade ao Art. 150, §4º do CTN.

Assim, voto por reformar a decisão de primeira instância que julgou improcedente a autuação, para julgar por sua nulidade, por erro na determinação da infração em relação ao *quantum* devido, sem análise do mérito.

É como voto.

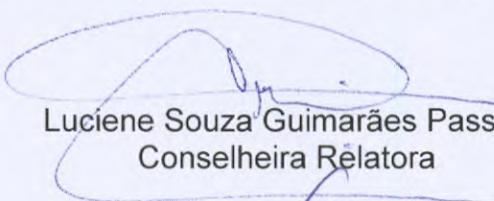


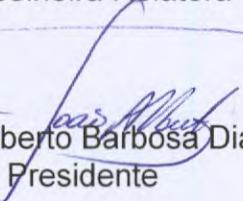


DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por maioria, em reexame necessário, acatar a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração, arguida pela conselheira relatora, para julgar nulo o auto de infração 2017/002365, sem análise de mérito. Voto divergente do conselheiro Edson José Ferraz. O Representante Fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Ricardo Shiniti Konya, Osmar Defante, Taumaturgo José Neto e Edson José Ferraz. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e cinco dias do mês de maio de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos quatro dias do mês de agosto de 2023.


Luciene Souza Guimarães Passos
Conselheira Relatora


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

