ACÓRDÃO Nº:	**202/2023**
PROCESSO Nº:	2019/6040/504415
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2019/001550
RECORRENTE:	TOCANTINS COMÉRCIO E DIST. DE EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.402.254-6
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. IMPRECISÃO E FALTA DE CLAREZA. NULIDADE - É nula a reclamação tributária que não possui clareza e precisão no seu lançamento, conforme art. 35, inciso I, alínea "c", caracterizando cerceamento ao direito de defesa, disposto inciso II do Art. 28, todos da Lei 1.288/2001.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o sujeito passivo qualificado na peça inicial através da lavratura do auto de infração 2019/001550. A exigência fiscal refere-se ao ICMS e seus acréscimos legais, sob a acusação de omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas, no Sistema Público de Escrituração Digital, pela presunção do artigo 21, I, "d", da Lei 1.287/01, em face da constatação da omissão do registro de entradas de mercadorias, nos livros fiscais próprios relativo ao período de 01/01/11 à 31/12/12, item 4.1 no valor de R$ 144.371,61 e item 5.1 no valor de 70.645,89, com base no levantamento denominado "LEVANTAMENTO ESPECIAL – DEMONSTRAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO ESCRITURADOS NO LIVRO PRÓPRIO (ENTRADA), COBRANÇA DO ICMS POR ARBITRAMENTO" (fls. 04/06) e documentos de fls. (fls.07/24).

Foram juntados aos autos o levantamento fiscal acima mencionado (fls. 04/06), cópia de DANFES relacionados no trabalho fiscal (fls. 07/23), mídia eletrônica (fls. 24), cópia dos livros fiscais (fls. 25/62), certidão do julgamento do processo 2013/6040/502860 (fls. 63), cópia do julgamento do dito processo (fls.

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

64/71) e cópia do despacho nº 855/2018 do presidente do CAT, encaminhado à Agencia de Atendimento de Palmas e à Delegacia Regional de Palmas, noticiando o julgamento nulo de parte do auto de infração 2013/002012 e determinando, se houver conveniência e a possibilidade de refazimento dos trabalhos, seja o mesmo refeito e lavrado novo auto de infração (fls. 72).

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração pela via postal (fls. 74/75, comparecendo ao processo (fls. 76/104), tempestivamente, alegando preliminarmente:

01) - **Da Incompetência da autoridade Fiscalizadora para proceder a Ação Fiscal. Recorrente optante pelo Simples Nacional**. – Diz que em relação ao período de autuação de 01/01/11 à 31/12/11, a empresa estava no regime de tributação do Simples Nacional, conforme o documento juntado a impugnação e que diante desta informação, a impugnante não pode ser tributada do ICMS como se fosse obrigada a apuração normal do imposto sobre circulação de mercadorias, fato que está em desacordo com a Lei Complementar 126/03, que prevê o recolhimento unificado do ICMS, juntos com tributos administrado pela Receita Federal do Brasil.

02) - **Violação das regras afetas as ações fiscais dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional. Resolução CGSN nº 30, de 7 de Fevereiro de 2008**. – Diz que a Ação Fiscal referida abrangeu período em que a recorrente era optante pelo Simples Nacional, sendo a Autoridade Fiscalizadora, à época dos fatos, autoridade absolutamente incompetente para apreciar a matéria, por consequência maculou toda a Ação Fiscal.

Aduz que os regramentos contidos na LC 123/06, bem como na Resolução nº 30 CGSN/2008, não foram atendidos (Sistema Eletrônico único de Fiscalização), portanto, é inegável o vício ocorrido na presente Ação Fiscal, o que maculou todos os procedimentos seguintes.

No mérito, pede a improcedência do presente auto de infração, alegando:

a) – **Decadência do Crédito Tributário relativo ao período de 01/01/11 à 31/12/12.** – Aduz que como o lançamento do crédito tributário se deu em 28/08/19, o período analisado, fora alcançado pela Decadência previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, que é de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para que a administração promova a homologação expressa, caso não o faço, ocorre a homologação tácita.

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

Reitera que no presente caso, os créditos tributários estão fulminados pelo instituto da decadência, pois já se passaram mais de 05 anos do fato gerador do tributo, o que extingue a obrigação tributária.

b) – **Exceção de alíquota utilizada para fixação do valor devido de ICMS, visto ser a recorrente optante pelo Simples Nacional**. - diz que é indevida a cobrança de ICMS no caso ora discutido. Mas, ainda que se admitisse os valores fixadas de alíquota de ICMS, os 17% (dezessete por cento) estão acima aos fixados para os contribuintes optante pelo Simples Nacional. Aduz que o Fisco deveria ter utilizado as disposições contidas na LC 123/2006, no anexo I, os valores para fixação dos supostos valores devidos a título de ICMS.

c)

d) – **Da Não Possibilidade de Arbitramento na Cobrança do ICMS**. – Diz que no presente processo não foi encontrado nenhum levantamento de arbitramento de saída, o que prejudica a defesa do contribuinte, ficando prejudicado o lançamento do crédito.

Outrossim, diz que além de não apresentar o documento mencionado acima a agente do fisco, trás como possibilidade de constituição de crédito tributário para fazenda pública o arbitramento, sendo que não existe previsão legal de arbitramento de ICMS quando a empresa possui escrituração contábil regular.

Vindo os autos a este Contencioso Administrativo monocrático, vimos a necessidade dos mesmos retornarem a autuante, ou a um substituto legal, para retificação dos respectivos históricos do Auto de Infração (campo 4.1 e 5.1) e dos dispositivos legais apontados como infringidos (campo 4.13 e 5.13), como descrito no próprio despacho de fls. 106/107, destes.

O substituto da autuante, por sua vez, lavrou o TERMO DE ADITAMENTO (fls. 109/110), retificando os respectivos históricos do AI e apontando como infringidos o artigo 44, inciso II, da Lei 1.287/01, alterado pela Lei2.549/11, c/c artigo 384-C, inciso II e § 2º, do Anexo Único ao Decreto 2912/06, com a redação do Decreto nº 5.060/14.

Novamente, a autuada foi intimada pela via postal (fls. 113/114) e não se manifestou no prazo legal, conforme o TERMO DE INOCORRÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO (fls. 115).

O Julgador de primeira instância, em sua manifestação, acata a preliminar de ***Violação das regras afetas as ações fiscais dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional - Resolução CGSN nº 30, de 7 de Fevereiro de 2008,*** *arguida*

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

pela defesa, com relação aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/11 à 31/12/11, visto que os documentos de fls. 91/104, dos autos, são suficientes para indicar o equívoco cometido pela ilustre representante do Fisco estadual, uma vez que neste período, a autuada estava submetida a um regime de tributação diferente da apuração normal do ICMS, logo, a Fiscalização deveria ter empregado papéis de trabalhos próprios e caso constatasse eventual infração à legislação, constituído o respectivo crédito tributário, no instrumento próprio, observando o disposto na Lei 123/06.

Com estes argumentos, julgou NULO o crédito tributário estampado no campo 4.1 do lançamento de fls. 02/03, destes, deixou de analisar as demais alegações preliminares, em face de que todas elas dizem respeito ao exercício de 2011, o qual foi julgado nulo e passou à análise do Mérito propriamente dito.

Que o processo está devidamente formalizado e atende ao disposto no artigo 56 da Lei 1.288/01, com a nova redação dada pela Lei 2.521/11.

Que a pretensão fiscal (remanescente), considerando o TERMO ADITIVO de fls. 109/110, destes, encontra respaldo na legislação tributária tipificada no art. 21, inciso I, alínea "d", da Lei 1.287/01, art. 44, inciso II, da Lei nº 1.287/01, alterada pela Lei 2.549/11, c/c art. 384-C, inciso II e § 2º, do RICMS, aprovado pelo Decreto 2912/06, com redação dada pelo Decreto 5.060/14.

A legislação tributária acima mencionada exige a escrituração de todas as operações e prestações efetuadas, independentemente da natureza da operação. Essa exigência tem a precípua finalidade de permitir o perfeito controle, pela Fazenda Pública Estadual, das operações que envolvam circulação de mercadorias e, fundamentalmente, de garantir o cumprimento da obrigação principal, quando da efetiva saída dos produtos comercializados.

O descumprimento da obrigação acessória priva a administração fazendária do controle sobre as operações mercantis levadas a efeito e não lhe fornece garantias sobre o efetivo recolhimento do imposto devido pelas saídas de mercadorias.

Diante desta situação, está correta a cobrança de ICMS e seus acréscimos legais em decorrência da presunção de saídas de mercadorias tributadas, autorizada pelo artigo 21, I, alínea "d", da Lei 1.287/01, em face da comprovação de que no período fiscalizado, houve omissão do registro de entradas de mercadorias no Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, conforme relacionado no levantamento fiscal acima mencionado.

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

Para o Fisco, o não registro de operações mercantis de entradas/aquisição de mercadorias, devolução, etc., indica que houve movimentação irregular da conta caixa da empresa, isto é, o pagamento destas aquisições utilizou recursos oriundos de receitas não contabilizadas, o que justifica a presunção de ocorrência do fato gerador do imposto. Neste passo, não importa se as notas fiscais não registradas, relacionam aquisição de mercadorias ou serviços para comercialização, industrialização, ou para uso e/ou consumo do estabelecimento, ou devolução de vendas.

As alegações da defesa, que não atendem o artigo 45, inciso I, da Lei 1.288/01, não merecem acolhimento neste Contencioso Administrativo, pelos seguintes motivos:

– Não merece acolhimento a alegação de Decadência do crédito tributário relativo ao período de 01/01/12 à 31/12/12, fundada no artigo 150, § 4º, do CTN, posto que ***a presente reclamação fiscal deriva da anulação do Auto de Infração 2013/02012, lavrado em 2013, referente ao período de 01/01/11 à 31/12/12,*** *por falta de clareza e precisão no seu lançamento conforme art. 35, inciso I, alínea "c", caracterizando cerceamento do direito de defesa, nos termos no inciso II do Art. 28, todos da Lei 1.287/01, cujo julgamento se deu em 23/05/18.*

Verificada sua existência, o ato constitutivo do crédito tributário submete-se a uma apreciação de submissão ao princípio da vinculação, uma vez que ou ele se perfaz nos estritos termos da Lei ou padece de invalidez. Antes de dizer acerca da procedência ou improcedência do ato de lançamento, solução residual, é preciso que sejam ultrapassadas as questões inerentes à sua validade, nos termos do artigo 28, da Lei 1.288/01.

O Conselho de Contribuintes do Estado do Tocantins – COCRE, em julgamento realizado no dia 03/05/18 (fls. 64/71), ao analisar o recurso impetrado pela autuada, acatou a tese de nulidade do feito, quanto aos contextos 6.1 e 7.1, aduzindo, "constata-se que as diversas tentativas para sanear o processo solicitada pela Nobre Julgadora, a autuante não obteve êxito ao elaborar os termos de aditamentos, mantendo-se a falta de clareza e imprecisão no auto de infração", cujo teor da ementa do Acórdão 104/2018, é o seguinte:

ACÓRDÃO Nº. : 104/2018 - EMENTA: *MULTA FORMAL. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NO LIVRO PRÓPRIO. PROCEDENTE - É procedente a reclamação tributária quando ficar provado nos autos, que houve descumprimento de obrigação de escrituração das notas fiscais de entradas, disposto no inciso II do Art. 44 da Lei 1.287/2001.*

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

ICMS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. IMPRECISÃO E FALTA DE CLAREZA NA ELABORAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE - É nula a reclamação tributária que não possui clareza e precisão no seu lançamento conforme art. 35, inciso I, alínea "c", caracterizando cerceamento a defesa, disposto inciso II do Art. 28 todos da Lei 1.287/2001. *(grifamos)*

O auto de infração 2013/02012, como já disse, foi ANULADO por vício formal (cerceamento do direito de defesa), por não ter observado o artigo 28, inciso II, da Lei 1.288/01 e o presente auto de infração, considerando o seu Campo 1.5, é o resultado do REFAZIMENTO daquele trabalho.

Da leitura do artigo 173, II do CTN, depreende-se que a decisão administrativa ou judicial, tem caráter declaratório de um vício intrínseco do lançamento e somente após a definitividade desta decisão (anulada por vício formal), é que se iniciará em favor do Fisco o prazo decadencial para se efetivar novo lançamento.

Eis a redação do dispositivo legal referido:

> "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:...
>
> II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado".

Entendeu não ser necessário a análise, por parte deste julgador, da alegação defensiva de Exceção de alíquota utilizada para fixação do valor devido de ICMS, visto ser a recorrente optante pelo Simples Nacional, em face de que este argumento se refere ao exercício de 2011, julgado NULO, conforme acima demonstrado.

Da mesma forma, não merece acolhimento a alegação da não possibilidade de arbitramento na cobrança do ICMS, uma vez que o crédito tributário reclamado no campo 5.1 e 5.11, respectivamente, do presente auto de infração, não teve origem em arbitramento e sim na presunção da ocorrência do fato gerador de ICMS, fundada no art. 21, inciso I, alínea "d", da Lei 1.287/01, que concluiu pela ocorrência de omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas, no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, tendo em vista a constatação de omissão do registro de entradas de mercadorias, no período analisado.

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

Com isto, concluo que o Fisco estadual, no presente caso, conseguiu caracterizar apenas em parte, ilícito praticado pela autuada, impondo-se, portanto, como medida de justiça, a elisão de parte da presente reclamação fiscal, a ser declarada por sentença.

Concluindo, os autos estão aptos para serem julgados, suficientes, para demonstrar, em parte, a materialidade do ilícito denunciado no campo 5.1 da inicial e para dar sustentação a esta parte da acusação fiscal, considerando o TERMO ADITIVO de fls. 109/110, destes.

Isto posto, considerou formalizado o processo e tudo mais que dos autos consta, conheceu da impugnação ofertada, deu-lhe PARCIAL provimento para julgar por sentença NULO a reclamação estampada no Campo 4.1 e PROCEDENTE a reclamação contida no Campo 5.1 do auto de infração nº 2019/001550 (fls. 02/03) e condenar o sujeito passivo deste Contencioso, ao pagamento da importância abaixo discriminada e ABSOLVÊ-LO do restante da imputação que o Fisco lhe fez.

Campo 4.11 – **Julgado NULO**

Campo 5.11 – **Valor Procedente**: R$ 70.645,89 (setenta mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta e nove centavos), acrescido das cominações legais.

Por ser desfavorável aos interesses da Fazenda Pública Estadual e superior ao valor de alçada, submeto esta decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos do artigo 58, Parágrafo Único da Lei 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15.

Intime-se e Notifique-se o contribuinte.

Intimado o contribuinte em 30 de novembro de 2021, apresentou recurso voluntário em 30.12.2021 com as seguintes alegações; Decadência pelo fato da ocorrência do fato gerador ser de 2012; que o termo de aditamento foi elaborado em 03.03.2021; prescrição intercorrente e o registro da nota fiscal 9418 de 28.12.2012 registrada em janeiro de 2013 e ao final requer a decadência do feito, ou a prescrição e no Mérito a improcedência da nota devidamente lançada.

A Representação fazendária faz breve relato do conteúdo processual e entende que as alegações apresentação não são capazes de ilidir o feito e recomenda a confirmação da sentença.

É o relatório.

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

VOTO

Visto analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração nº 2019/001550, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural. A exigência fiscal refere-se ao ICMS e seus acréscimos legais, sob a acusação de omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas, no Sistema Público de Escrituração Digital, pela presunção do artigo 21, I, "d", da Lei 1.287/01, em face da constatação da omissão do registro de entradas de mercadorias, nos livros fiscais próprios relativo ao período de 01/01/11 à 31/12/12, item 4.1 no valor de R$ 144.371,61 e item 5.1 no valor de 70.645,89, com base no levantamento denominado "LEVANTAMENTO ESPECIAL – DEMONSTRAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO ESCRITURADOS NO LIVRO PRÓPRIO (ENTRADA), COBRANÇA DO ICMS POR ARBITRAMENTO" (fls. 04/06) e documentos de fls. (fls.07/24).

O lançamento tributário tem espeque nas disposições legais contidas no Art. 44, inciso III c/c Art. 21, I, alínea "d" da lei 1.288/01 e penalidade constante do Art. 48, inciso III, alínea "a", todos da Lei n° 1.287/01 alterado pela 2.253/2009.

Em analise aos fatos processuais apresentados constata-se que o autor do procedimento, ao descrever o suposto ilícito cometido pela autuada, item 4.1, não obtém êxito mesmo após o despacho nº 154/2020-CAT/JPI/LLS, fls. 106, do julgador de primeira instância e elaboração de termo de aditamento pelo autoridade lançadora.

A partir da leitura da descrição do ilícito tipificado na peça inicial constata-se que os fatos narrados apresentam equívocos e obscuridade e o procedimento está desprovido de comprovação da infração denunciada.

Destarte, no mesmo sentido, analisando o levantamento fiscal acostado, não resta alternativa que seja a de acolher a argumentação de falta de comprovação do crédito tributário, uma vez que a autora do procedimento não consegue demonstrar com precisão o fato gerador do imposto requerido e não junta os documentos em que se fundamenta.

O já mencionado Art. 35, I, alínea "c" da Lei n° 1.288/01 é claro ao determinar que o auto de infração deva conter em anexo não só os demonstrativos do crédito tributário, mas também os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

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. 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 indicação do período de sua ocorrência;
> IV - contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

A não observância a tal determinação permite concluir que a presença desses obstáculos, ausência de documentos comprobatórios e a demonstração clara e precisa da exigência, cerceia a defesa, como previsto no inciso II, do art. 28, da Lei n2 1.288/01, e que o ato praticado com cerceamento de defesa é nulo:

> Art. 28. É nulo o ato praticado:
> II - com cerceamento de defesa;
> IV - com erro na determinação da infração. (Redação dada pela Lei n° 3.018 de 30.09.15). (grifo nosso).

Contrario sensu, admitidamente acometeu o contribuinte de dúvidas, impedindo a produção de uma defesa contundente; duvidas essas que da mesma forma atingem a perfeita cognição da exigência fiscal, por parte dos julgadores.

Em suma, o que estabelecem no art. 35, em sua condição de garantidores da eficácia do princípio da ampla defesa, é que não basta o auto de infração indicar o montante devido, mas também indicar, de forma clara e precisa, a metodologia de cálculo e elementos utilizados na apuração do crédito tributário. Na hipótese dos autos, a peça acusatória não veio instruída com os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

Com tais argumentos, voto em acatar a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa para julgar nulo o auto de infração 2019/001550, sem análise de mérito.

É como voto.

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

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por maioria, acatar a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, arguida pelo conselheiro relator, para julgar nulo o auto de infração 2019/001550, sem análise de mérito. Voto divergente do conselheiro Edson José Ferraz que rejeitou a preliminar de cerceamento de defesa. O advogado João Paulo Silveira e o Representante Fazendário Hélder Francisco dos Santos fizeram sustentação oral pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Osmar Defante e Edson José Ferraz. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte dias do mês de setembro de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

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

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

João Alberto Barbosa Dias
Presidente

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