



ACÓRDÃO Nº:	097/2024
PROCESSO Nº:	2018/6010/500847
TIPO:	REEXAME NECESSÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2018/001386
RECORRIDA:	C R BANDEIRA LABRE & CIA LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.060.329-3
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E ESTOQUE DESACOBERTADOS DE DOCUMENTOS FISCAIS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE - É nula a reclamação tributária que exige ICMS por venda de mercadorias tributáveis e estoque desacobertados de documentos fiscais, constatada em levantamento quantitativo financeiro diário, por cerceamento de defesa, nos termos do art. 28, II, 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 **2018/001386**. As exigências Tributária é de ICMS pela omissão de receita proveniente de venda de mercadorias tributáveis sem documentação fiscal, item 4.1 no valor de R\$ 100.392,86 referente o período de 2013 e ICMS pela constatação de estoque desacobertados de documentação fiscal, item 5.1 no valor de R\$ 3.231,03 referente o período de 2013, conforme apurado através do Levantamento quantitativo financeiro.

Foram devidamente, carreados para o bojo do processo os seguintes documentos: **LEVANTAMENTO DOS DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO REGISTRADOS; BIC – BOLETIM DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS; NOTA EXPLICATIVA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO, CD E INTIMAÇÃO**, documentos acostados às folhas 05/42.





Intimado em 03/07/2018 e apresentou peça impugnatória, acostada aos autos as fls. 46 a 54, em tese, pelo sócio da empresa alegando em síntese que:

Preliminar de nulidade-período alcançou a caducidade-decadência;

De acordo com o art. 28 Inciso II, da lei nº 1.288/2001, é nulo o ato praticado com cerceamento de defesa.

No levantamento da auditoria fiscal, realizado com recurso da robótica, está somado como aquisição, os retornos das mercadorias remetidas para depósito fechado, CFOP1906, sem considerar a remessa dos itens para depósito fechado, como saídas; também consta como entradas os itens retornados de conserto, CFOP 5915; sem no entanto, lançar a remessa para conserto como saídas e o retorno das mercadorias transferidas para as filiais como entradas, código 1152 sem lançar os numerosos itens de transferência para filiais como saídas.

Assim o levantamento fiscal ficou incompleto, pois somente as vendas realizadas com emissão de cupom fiscal, foram consideradas como vendas com notas fiscais e as demais saídas, como as vendas documentadas com notas fiscais eletrônicas, sem passar pela ECF, CFOP 5929; as notas fiscais emitidas transferindo as mercadorias para filiais; as notas fiscais de remessa para depósito fechado e de remessa para conserto constam do levantamento fiscal como vendas sem emissão de notas fiscais, quando na verdade, com exceção das vendas sem passar na ECF, nem vendas são. Também não foram incluídas, no levantamento da auditoria fiscal, as notas fiscais de devoluções de compras, CFOP nº 6.202.

Portanto, tendo em vista que no levantamento da auditoria fiscal, constam como saídas com notas fiscais somente as vendas realizadas com emissão de cupom fiscal, procedeu -se equivocadamente, ao transferir os demais itens citados, para o campo das diferenças de base de cálculo de ICMS, denominando, em seu levantamento, como saídas sem documentação fiscal, da qual cobra complementação de ICMS em autuação.

Como o levantamento da auditoria fiscal abrange todos os itens comercializados durante o ano, somente no presente exercício de 2013, seu papel de trabalho consta de 4735 páginas e ainda está incompleto: inclusão somente o CFOP de vendas com cupom fiscal. Assim fica humanamente impossibilitada para os representantes da requerente completa-lo sem a ferramenta eletrônica de uso fiscal. Além do exíguo prazo ainda teria que fazer juntadas de vasta documentação probatória.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Assim, por estar incompleto, o levantamento da auditoria fiscal não respalda legalmente o lançamento tributário complementar, pois no estágio em que se encontra, não pode sequer afirmar a existência de itens de vendas sem registro no exercício fiscalizado.

Portanto, sua nulidade se impõe por força do art. 28 Inciso II, da lei nº 1.288/2001, é nulo o ato praticado com cerceamento de defesa. Conforme também o entendimento do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins.

Portanto, nobre julgador, considerando a autuação irresolúvel para constituir legalmente crédito tributário, deve decretar sua nulidade por cerceamento de defesa, absolvendo a requerente do ônus tributário indevido.

MÉRITO.

Cumpre esclarecer que a empresa matriz (ora fiscalizada) centraliza a maioria de suas compras, por questão de logística, e de acordo com as necessidades do mercado, as compras são transferidas para as empresas filiais do grupo, salientando que cada filial além de receber as mercadorias em transferência, também fazem compras e vendem as mercadorias em seus estabelecimentos, onde mantem escrituração própria de entradas, saídas e estoques.

Somente no exercício fiscalizado (2013), foram adquiridas mercadorias, pela matriz e transferidas para serem vendidas nas filiais, num montante de R\$850.898,73, que não constam do levantamento da auditoria fiscal.

Excepcionalmente, os itens vendidos na empresa matriz, que não constam em estoque, são transferidos das filiais para concluir as vendas da matriz. A maioria dos itens transferidos são vendidos nas próprias filiais que os receberam.

Levando em consideração que somente a composição monetária das transferências, que não foram inclusas no levantamento fiscal, supera o valor da base de cálculo da autuação, não há mais como sustentar o lançamento complementar de ICMS a Recolher, tendo em vista que a autuação abrange todos os itens de mercadorias comercializada no exercício de 2013, e, mesmo com a inclusão de lucratividade na conta mercadoria, a base de cálculo tributária do fisco é menor do que o os itens de transferência a preço de custos, não incluso no papel de trabalho da auditoria. Portanto o cancelamento da autuação, que cobra ICMS sobre saídas não registradas deve ser procedido pelo nobre julgador, pois seu valor foi





gerado pela falta de inclusão de todos os itens de saídas de mercadorias, não podendo tecnicamente prosperar no respaldo de autuação.

Em face ao exposto, tendo em vista que o levantamento fiscal gerou diferença de ICMS a Recolher Indevida, pois não considerou as saídas em transferências para as filiais, as devoluções de compras; as remessas para depósito nem remessas para conserto, que completado o levantamento fiscal, a diferença deixa de existir, requer respeitosamente à Vossa Excelência que seja determinado o cancelamento do Auto de

Infração n- 2018/001386, em sua totalidade, por ser medida de inteira e salutar justiça.

*Chegando os autos para julgamento, o julgador retornou os autos para Delegacia Regional para que seu titular solicitasse a autor do procedimento ou seu substituto legal que se manifestasse quanto à defesa da autuada e reveja o Levantamento elaborado, caso entenda ser necessário, conforme **DESPACHO Nº 013/2022 – CAT/JPI, acostado às fls. 69 a 71.***

O autor do procedimento emitiu manifestação asseverando que:

Não há que se falar, “in casu”, de decadência dos trabalhos executados na autuação referente ao período de 2013. Há que se ressaltar que o caso é de lançamento por homologação, cuja perda do direito de se reclamar o crédito tributário esta prescrito no art. 173, inciso I, do CTN.

Assim sendo, no caso em questão, tanto a lavratura do Auto de Infração, como a ciência por parte do sujeito passivo, se deram dentro do exercício de 2018 e, contados o prazo a partir do ano seguinte, a perda do prazo em vista da decadência se daria mesmo em 01/01/2019, o que não ocorreu. Para tanto, não há que se falar em retirada de quaisquer documentos fiscais do Levantamento em curso anexo a lavratura do Auto de Infração em comento, relativo aos créditos tributários reclamados junto ao exercício de 2013. Conforme “AR” anexado aos presentes Autos de Infração, as fls. 45, o contribuinte tomou ciência em 03/07/2018.

Desta forma, o entendimento no caso em tela, é que a contagem, conforme citado no artigo acima se atém ao primeiro dia do ano subsequente, como assim citou a própria impugnante em sua peça de defesa, ou seja, cinco anos contados a partir do primeiro dia do ano seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, o prazo final para a autuação e citação do sujeito passivo se daria em 31/12/2018.





Quanto a questão do Levantamento específico a sistemática já foi demonstrada nas Notas Explicativas 1 e 2, como se vê às fls. 07 a 11. É bom frisar que o Levantamento trabalha com as informações consignadas junto a EFD do contribuinte, considerando todas as entradas, saídas, bem como o Inventário apresentado pelo sujeito passivo. Quanto ao inventário inicial, é bom que se diga que a sua apresentação se deu dentro do exercício em que se baseou todo o trabalho de Auditoria Fiscal, cuja apresentação se dá no mês de fevereiro, precisamente em data prevista até o final deste período. Assim sendo, não há que se falar, no caso em questão, de decadência.

O entendimento do CAT (Conselho Administrativo Tributário) é de que quando houver possibilidade de se mensurar, dentro do prazo temporal a infração, a contagem do prazo decadencial é por vez do fato gerador, caso contrário, segue a sistemática prevista no art. 173, inciso I, do CTN, cuja contagem é por vez do primeiro dia útil a partir do ano seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado, senão vejamos a Súmula 555, do STJ.

Foram anexadas amostras do Levantamento, bem como do Inventário Inicial e Final, sendo as provas em sua totalidade constam a disposição para análise via do CD-Rom em anexo.

Diante de tais alegações, reafirmamos seja o presente auto de infração julgado procedente nos termos do que foi atribuído como infração e penalidade.

O Julgador de primeira instância esclarece que:

O sujeito passivo encontra-se, devidamente, identificado no auto de infração e a intimação é válida por atender o disposto no Art. 22, inciso I, da Lei nº 1288/01. (in verbis)

Consoante isso, intimado, via postal, nos termos do Art. 22, inciso I, da Lei nº 1288/2001, com redação dada pela Lei nº 1.304 de 07.03.2002. O sujeito passivo comparece aos autos, apresentou impugnação, conforme fls. 204 a 208. Na qual me manifesto pela tempestividade da peça impugnatória.

Aduzo que o sujeito passivo, representado pelo seu procurador, ora designado simplesmente, por impugnante, tem capacidade processual, conforme disposto no Art. 20, parágrafo primeiro, da Lei 1288/2001, com redação dada pela Lei nº 2521/2011.





A demanda presente refere-se à exigência do ICMS NORMAL, apurado através do LEQFID – Levantamento quantitativo financeiro diário relativos aos exercícios de 2013, conforme cópias às fls. 12 a 41.

O referido Levantamento fiscal tem por finalidade verificar a movimentação financeira de entradas e saídas das mercadorias e, conseqüentemente, apurar as eventuais omissões considerando os registros realizados pelo sujeito passivo na sua EFD - Escrituração Fiscal Digital e Contábil.

Para a elaboração do mencionado levantamento fiscal devem ser utilizadas as quantidades referentes aos estoques inicial e final declaradas pelo contribuinte na EFD - Escrituração Fiscal Digital, e, também, as quantidades das mercadorias descritas nas notas fiscais de saídas e entradas.

Preliminarmente, apenas por amor ao debate, assevero prima facie que é mansa e pacífica arguir a ocorrência do Instituto da decadência, no trabalho executado pelo Fisco Tocantinense, que mereça exame o inventário inicial refere-se a 31.12.2012, bem como os fatos geradores ocorridos entre 01.01.2013 a 02.07.2013, um dia antes da data da ciência do auto de infração em epígrafe, logo, decorridos, cinco anos, após a ocorrência do fato gerador, de pronto contamina a ocorrência do Instituto da Decadência.

Esclareça-se ainda, a Defesa sustenta que o cerceamento de defesa em razão de falta de documentos essenciais. Logo, alinho-me a aqueles que o fato de não se encontrar todos os documentos capazes de comprovar o ilícito, entendo contaminar de forma frontal a peça básica, uma vez que o fisco não comprovou de plano o ilícito acarretando assim, a inevitável ocorrência do cerceamento do direito de defesa.

No caso em questão, verifica-se, por exemplo, que as cópias do levantamento fiscal do exercício de 2013, fls. 12/41, não demonstram com clareza suficiente às omissões apuradas, pois, não há uma identificação clara dos produtos, bem como, também não há um resumo demonstrando os estoques final e inicial e a respectiva movimentação de cada produto (entradas e saídas) e as eventuais diferenças apuradas nos estoques, a exemplo do que ocorre no levantamento específico de mercadorias.

Esclareça-se ainda, que nem o autuante nem a impugnante asseveram algo acerca dos recibos de sua ECD - Escrituração Contábil Digital, dizem respeito ou não se referem à movimentação bancária da empresa. Nesse sentido restrito, a apresentação de sua movimentação financeira ou bancária, através de fornecimento



[Assinatura]



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

de extratos, contratos, documentos diversos, bem como intimação para fins de esclarecimento e confrontação de valores ainda, que por amostra, (grifei)

Ainda, no auto de infração não consta o demonstrativo do crédito tributário como foi apurada a omissão de receitas e estoque desacobertas, nos valores de R\$ 100.392,86 e R\$ 3.213,03, respectivamente, referentes ao exercício de 2013.

Desse modo, entendo que o atual levantamento fiscal apresentado pela Fiscalização não demonstram com segurança as omissões descritas no auto de infração e, conseqüentemente, houve o cerceamento do direito de defesa em função da ausência de documentos comprobatórios e demonstrativos dos créditos tributários, razões pelas quais o auto de infração deve ser julgado nulo nos termos do Artigo 28, incisos II da Lei 1288/01.

Esclareça-se ainda, quanto aos documentos que deveriam instruir a autuação fiscal, verifica-se que não foi juntada a cópia do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário ao processo apenas resumos (grifei), contrariando assim, o disposto no artigo 35, inciso IV da Lei 1288/01.

Ressalta-se, ainda, que o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins já analisou a matéria em discussão e, até o momento, tem decidido pela nulidade das autuações fiscais.

Ante o exposto, conheceu da impugnação apresentada, concedeu-lhe provimento e, com fundamento no Artigo 28, incisos II da Lei 1.288/01, julgou NULO, sem análise do mérito, o Auto de Infração 2018/001386, conforme descrição abaixo:

Campo 4.11 - No valor de R\$ 100.392,86 (Cem mil e trezentos e noventa e dois reais e oitenta e seis centavos).

Campo 5.11 - No valor de R\$ 3.231,03 (Três mil e duzentos e trinta e um reais e três centavos).

Com essa decisão é desfavorável à Fazenda Pública, nos termos do artigo 58, parágrafo único da Lei 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15, submeto a mesma à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins.

A Representação fazendária faz breve relato do conteúdo processual e recomenda a confirmação da sentença.



[Assinatura]



Intimado o contribuinte por Edital em 03.01.2024 e lavrado termo de inocorrência em 08/01/2024, fls. 89.

É o relatório.

VOTO

Visto analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração nº **2018/001386** As exigências Tributária é de ICMS pela omissão de receita proveniente de venda de mercadorias tributáveis sem documentação fiscal, item 4.1 no valor de R\$ 100.392,86, referente o período de 2013 e ICMS pela constatação de estoque desacobertas de documentação fiscal, item 5.1 no valor de R\$ 3.231,03 referente o período de 2013, conforme apurado através do Levantamento quantitativo financeiro.

O nobre julgador de primeira instância, após análise dos fatos e direito, conheceu da impugnação apresentada, concedeu-lhe provimento e, com fundamento no artigo 28, incisos II da Lei 1.288/01, julgou NULO, sem análise do mérito, o auto de infração 2018/001386.

Verificando todos os fatos processuais, bem como os argumentos que fundamentaram a sentença prolatada pelo julgador de primeira instância, entendo que a cobrança de ICMS baseado em levantamento específico elaborado sem se ater as especificidades necessárias e sem a apresentação de todos os documentos necessários para materialização do ilícito apurado, caracteriza um procedimento nulo, pois não atende o disposto no art. 35 da lei 1.288/01.

Art. 35. O Auto de Infração:

I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo: 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.

[...]

§3º As incorreções ou omissões do auto de infração podem ser saneadas e não acarretam nulidade.

[...]





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

§5º Os demonstrativos de levantamentos e quaisquer outros documentos que constituam instrumentos de prova do auto de infração, quando em meio eletrônico, devem ser apresentados na forma da legislação específica. (Redação dada pela Lei nº 3.341, de 28.12.17).

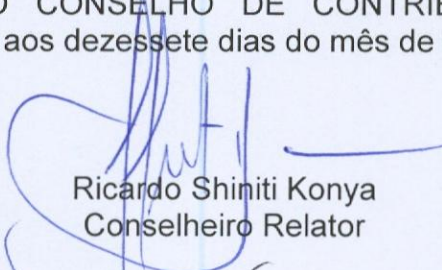
Diante do exposto, em reexame necessário, voto para confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração 2018/001386, por cerceamento de defesa, sem análise de mérito.

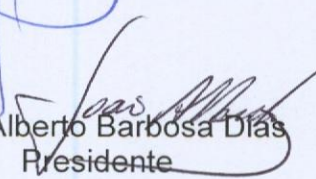
É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração 2018/001386, por cerceamento de defesa, sem análise de mérito. O Representante Fazendário Hélder Francisco dos Santos fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Osmar Defante, Taumaturgo José Rufino Neto e Edson José Ferraz. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e cinco dias do mês de abril de 2024, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos dezessete dias do mês de maio de 2024.


Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

