



ACÓRDÃO Nº:	170/2024
PROCESSO Nº:	2019/6040/504487
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2019/001569
RECORRENTE:	KENERSON IND. E COM. DE PROD. ÓPTICOS LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.418.159-8
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. OMISSÃO DE REGISTRO DE AQUISIÇÃO. ERRO NA TIPIFICAÇÃO LEGAL. NULIDADE - É nulo o auto de infração que não se apresenta com a devida e necessária subsunção legal.

MULTA FORMAL. OMISSÃO DE REGISTRO DE AQUISIÇÃO. PROCEDÊNCIA - É procedente o crédito tributário que atenda a todas as formalidades materiais e legais necessárias ao devido processo administrativo.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, auto de infração 2019/001569, referente ao período de 01/01/18 à 30/06/18 referente à exigência de ICMS e seus acréscimos legais, sob a acusação de omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas pela presunção do artigo 21, I, "d", da Lei 1.287/01, em face da constatação da omissão do registro de entradas no Sistema Público de Escrituração Digital (contexto 4.1) no valor de R\$ 127.408,29 (cento e vinte sete mil quatrocentos e oito reais e vinte e nove centavos) e MULTA FORMAL pela falta de escrituração de notas fiscais de entradas nos livros de registros de entradas, (contexto 5.11) no valor de R\$ 141.564,76 (cento e quarenta e um mil quinhentos e sessenta e quatro reais e setenta e seis centavos), com base nos levantamentos denominados "LEVANTAMENTO ESPECIAL COMPARATIVO DAS ENTRADAS SEM REGISTRO NA ESCRITURAÇÃO FISCAL todos no período acima mencionado e termo de aditamento, fls. 41 a 43.





A autuada foi intimada do auto de infração pela via postal, em 28/08/19 (fls. 07), tendo apresentado tempestivamente a impugnação de fls. 08/28, destes, requerendo a improcedência do feito, alegando que as notas fiscais relacionadas pelo autuante se referem a mercadorias devolvidas, ou trocas de mercadorias (de clientes finais) e que as referidas notas fiscais estão sim escrituradas. Diz que "as operações ocorridas sequer são tributáveis, visto que não se enquadram nos casos de previsão do Fato Gerador previstos no art. 3º", e que segundo o inciso IX, deste dispositivo, na entrada de mercadorias, só incide ICMS quando destinada ao consumo ou ativo permanente, que não se enquadra no presente caso, visto que são notas de devolução".

A seguir, diz que não houve descumprimento de obrigação acessória da infração do artigo 44, inciso II da Lei 1.287/01, pois não houve omissão do registro de aquisição de mercadorias ou serviços tributados e que em relação ao contexto 5.1, que a empresa deixou de escriturar notas fiscais de DEVOLUÇÃO (produtos não tributados) e assim, a infração apontada padece de 3 vícios insanáveis:

- a) – As operações não são de aquisição e sim de devolução;
- b) – As operações foram sim escrituradas;
- c) – As operações não são tributáveis como descrito na infração;

Finalizando, com base no artigo 26, II, "a" da Lei 1.287/01, requer o deferimento de diligência para a demonstração das notas de substituição em relação as notas apontadas no auto de infração, concedendo-se, nos termos do dispositivo apontado o prazo mínimo de 8 (oito) dias para tanto. Justifica o pedido alegando, "conforme já mencionado, e como demonstra a escrituração fiscal digital a quantidade de notas fiscais substituídas é imensa, sendo que, para demonstração, nota a nota, das substituições das mesmas a Impugnante precisaria de mais tempo do que o concedido para a impugnação.

Vindo os autos ao julgamento monocrático, após relacionar as razões impugnatórias, retornou o processo ao autuante ou a um substituto legal, para retificação do histórico do auto de infração (campo 4.1) e dos dispositivos legais apontados como infringidos, por meio de TERMO ADITIVO e ainda, para juntada dos levantamentos fiscais citados nos respectivos históricos, além das cópias dos DANFES neles relacionados (fls. 30/33).





Por sua vez, o autuante, ao comparecer ao processo (fls. 41/43), solicita a procedência PARCIAL do feito e diz a defesa não trouxe ao processo provas que ilidissem na totalidade a ação fiscal.

Diz que a presunção legal de omissão de saídas prevista no artigo 21 da Lei da Lei 1287/01, independe de serem as mercadorias tributadas ou não, e sim a falta do crédito na conta caixa por ocasião do pagamento ocorrido e que a anulação de recebimentos por devolução ou qualquer outro fato que exija crédito na conta caixa e o mesmo não aconteça, autoriza a presunção de saídas.

Aduz que a penalidade está plenamente vinculada à infração cometida e ao texto legal.

Finalizando, lavrou o TERMO ADITIVO, retificando os campos 4.1, 4.8, 4.11, 5.1, 5.8 e 5.11, do presente Auto de Infração.

Com a retificação acima mencionada, as exigências tributárias assim ficaram fixadas:

Campo 4.8 – Base de Cálculo: R\$ 707.823,82

Campo 4.11 – Valor originário: R\$ 127.408,29

Campo 5.8 – Base de Cálculo: R\$ 707.823,82

Campo 5.11 – Valor originário: R\$ 141.564,76

O campo 4.13 (dispositivo legal infringido) foi retificado para: Art. 21, inciso I, alínea "d" da Lei 1.287/01; art. 44, inciso II, ambos da Lei 1.287/01 (redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11), c/c art. 384-C, inciso II e § 2º do Anexo Único ao Decreto 2912/06, com redação dada pelo Decreto 5.060/14.

O campo 5.13 (dispositivo legal infringido) foi retificado para: o art. 44, inciso II da Lei 1.287/01 (redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11), c/c art. 384-C, inciso II e § 2º do Anexo Único ao Decreto 2912/06, com redação dada pelo Decreto 5.060/14.

Em 12/11/20, a autuada requereu a juntada da Mídia eletrônica – CD de fls. 36/37, destes a qual traz a lista das notas fiscais substitutivas mencionadas na impugnação inicial.





A autuada foi intimada do aditamento acima descrito em 24/12/2020, pela via postal (fls. 44/45), nos termos do artigo 22, inciso I da Lei 1.288/01, reiterando na íntegra as razões da impugnação inicial, inclusive quanto ao pedido de diligência.

O Julgador de primeira instância entende que as provas em desfavor da autuada, são irrefutáveis.

A legislação tributária acima mencionada exige a escrituração de todas as operações e prestações efetuadas, independentemente da natureza dessas operações. Essa exigência tem a precípua finalidade de permitir o perfeito controle, pela Fazenda Pública Estadual, sobre as operações que envolvam circulação de mercadorias e, fundamentalmente, de garantir o cumprimento da obrigação principal, quando da efetiva saída dos produtos comercializados. Assim, 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 (contexto 4.1), e de MULTA FORMAL pelo descumprimento de obrigação acessória (contextos 5.1) em face da comprovação de que no período houve omissão do registro de entradas de mercadorias no Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

As alegações da defesa, merecem acolhimento apenas EM PARTE neste Contencioso Administrativo, pois como aduz o autuante em sua manifestação de fls. 40/42, destes, não tem fundamento, pois "omissão de qualquer pagamento, seja de mercadorias ou não, anulação de recebimentos por devolução ou qualquer outro fato que exija crédito na conta Caixa e o mesmo não aconteça, autoriza a presunção de omissão de saídas". (grifamos)

E ainda, "a omissão de escrituração, ou de pagamentos, ou de anulação de recebimentos, independem se são tributáveis ou não. O fato determinante da presunção legal é a falta do obrigatório crédito na conta Caixa".

Entendeu que ao Auditor Fiscal da Receita Estadual, no exercício de suas atividades de fiscalização, cabe verificar se o contribuinte cumpriu o que é determinado na legislação tributária e, ao identificar a ocorrência de algum ilícito, lhe compete aplicar as sanções devidas.





*Os autos, considerando o TERMO ADITIVO acima mencionado, estão aptos para serem julgados, suficientes, para demonstrar, a materialidade do ilícito denunciado na inicial e para dar sustentação à acusação fiscal. Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, deu-lhe parcial provimento, para julgar por sentença **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº 2019/001569 e **CONDENAR** o sujeito passivo deste Contencioso ao pagamento do crédito tributário exigido na inicial, retificado pelo TERMO ADITIVO de fls. 41/43, destes, acrescido das cominações legais e **ABSOLVE-LO** do restante da imputação que o Fisco lhe fez.*

Campo 4.11 – ICMS - Valor Procedente: R\$ 127.408,29 (cento e vinte e sete mil, quatrocentos e oito reais e vinte e nove centavos), acrescidos das cominações legais;

Valor Improcedente: R\$ 330.975,83 (trezentos e trinta mil, novecentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos).

Campo 5.11 – MULTA FORMAL - Valor Procedente: R\$ 141.564,76 (cento e quarenta e um mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e setenta e seis centavos), acrescidos das cominações legais;

Valor Improcedente: R\$ 367.750,92 (trezentos e sessenta e sete mil, setecentos e cinquenta reais e noventa e dois centavos).

Intimado o contribuinte da sentença de primeira instância, em 28 de março de 2022, apresentou recurso voluntário em 27.04.2022 com a alegação “DO MERITO DA NÃO INICIDÊNCIA DE ICMS NAS OPERAÇÕES”, que não adquire mercadorias e que as notas são de devolução, em síntese reitera as alegações feitas na impugnação.

A Representação fazendária faz breve relato do conteúdo processual, refuta as alegações feitas pela recorrente e ao final a recomenda a confirmação da sentença, fls. 78 a 81.

Na véspera do julgamento, o representante do sujeito passivo apresenta “memoriais” basicamente reiterando suas alegações anteriores, fls. 88 a 130.

No dia do julgamento, dia 04/04/2024, o presidente do COCRE, por meio da resolução 010/2024, converte o procedimento em diligência para que o sujeito passivo apresente provas materiais de sua alegação apresentada em recurso, fls. 131.





Em 19/07/2024, a recorrente apresenta documentos que, em sua visão, atenderia o que foi solicitado na RESOLUÇÃO 010/2024.

É o relatório.

VOTO

Visto analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração nº 2019/001569, referente ao período de 01/01/18 à 30/06/18 referente à exigência de ICMS e seus acréscimos legais, sob a acusação de omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas pela presunção do artigo 21, I, "d", da Lei 1.287/01, em face da constatação da omissão do registro de entradas no Sistema Público de Escrituração Digital (contexto 4.1) no valor de R\$ 127.408,29 (cento e vinte sete mil quatrocentos e oito reais e vinte e nove centavos) e MULTA FORMAL pela falta de escrituração de notas fiscais de entradas nos livros de registros de entradas, (contexto 5.11) no valor de R\$ 141.564,76 (cento e quarenta e um mil quinhentos e sessenta e quatro reais e setenta e seis centavos), com base nos levantamentos denominados "LEVANTAMENTO ESPECIAL COMPARATIVO DAS ENTRADAS SEM REGISTRO NA ESCRITURAÇÃO FISCAL todos no período acima mencionado e termo de aditamento, fls. 41 a 43.

O Julgador monocrático, diante de todos os fatos apresentados no procedimento, conheceu da impugnação apresentada, deu-lhe parcial provimento, para julgar por sentença PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração nº 2019/001566 e CONDENAR o sujeito passivo deste Contencioso ao pagamento do crédito tributário exigido na inicial, retificado pelo TERMO ADITIVO.

Inconformada com a sentença, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário em 27.04.2022 com a alegação "DO MERITO DA NÃO INICIDÊNCIA DE ICMS NAS OPERAÇÕES", que não adquire mercadorias e que as notas são de devolução, em síntese reitera as alegações feitas na impugnação.

A Representação Fazendária recomendou a confirmação da sentença.

Em análise de todos os fatos que se apresentam no procedimento é necessário verificar as matérias de fato e direito e as formalidades inerentes necessária na constituição do crédito tributário.





O Autor do procedimento utilizou o disposto nos art. 21, I, "D" c/c com art. 44, II ambos da lei 1.287/01.

Art. 21. Presume-se ocorrido o fato gerador do imposto, salvo prova em contrário:

I – o fato de a escrituração indicar:

d) a entrada de mercadorias não escrituradas fiscal ou contabilmente;

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:

II - escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído; (*Redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11*).

O fenômeno da subsunção é o caso concreto se enquadrando à norma legal em abstrato. É a adequação de uma conduta ou fato concreto (norma-fato) à norma jurídica (norma-tipo).

A maioria do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais-COCRE entende que a correta tipificação legal do ilícito cometido descrito neste auto de infração deve ser o art. 44, III da lei 1.287/01.

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:

III – emitir, com fidedignidade, documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, tributada ou não, inclusive sujeita ao regime de substituição tributária, ainda que dispensada a escrituração;

Neste entendimento, o crédito do item 4.1, deverá ser nulificada por erro material previsto no art. 28, IV da lei 1.288/01.

Considerando que estas preliminares não extingue o lançamento como um todo, passamos a análise do Mérito do processo.

Conforme já relatado, no dia do julgamento, 03/04/2024, por meio da RESOLUÇÃO 010/2024, o Presidente do COCRE converteu o julgamento em diligência para oportunizar ao sujeito passivo a apresentação de provas a fim de elucidar os pontos meritórios do recurso apresentado a este Contencioso.



✓



Em 19/07/2024, a recorrente apresenta documentos que, em sua visão, atenderia o que foi solicitado na RESOLUÇÃO 010/2024, mas na visão deste Conselheiro, após o extenso prazo, a recorrente não obteve êxito em esclarecer as dúvidas dos pontos alegados por ela em seu recurso. Em síntese, a recorrente alega que "DO MERITO DA NÃO INICIDÊNCIA DE ICMS NAS OPERAÇÕES", que não adquire mercadorias, que as notas são de devolução e que ao receber a devolução, a empresa emite nota fiscal própria de entrada. Esta alegação sobre emitir nota fiscal própria a cada devolução foi o motivo da Diligência, o qual não foi devidamente atendida.

Ao analisar o relatório apresentado pela recorrente das notas de emissão própria que justificariam o não registro de notas de entrada, emitidas por terceiros (aquisição, devolução de vendas ou remessas), constatei que na coluna observação da planilha apresentada em atendimento a Resolução 010/2024, muitas notas de emissão própria para acobertar a entrada das mercadorias não registrada, foram emitidas antes da emissão das notas fiscais que foram relacionadas pela autoridade fiscal contidas neste auto de infração. Fato este que, ao meu entender, as provas apresentadas em função da diligência, não atenderam a função de esclarecer fatos obscuros no recurso.

Desta feita, por todos os fundamentos expostos e por tudo mais que dos autos consta, voto para reformar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração 2019/001569 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de: R\$ 141.564,66 (cento e quarenta e um mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), mais os acréscimos legais do campo 5.11 e nulo o valor de no valor de 127.408,29 (cento e vinte e sete mil, quatrocentos e oito reais e vinte e nove centavos) por erro na determinação da infração, conforme art. 28, IV, da Lei 1.288/01 do campo 4.11.

É como voto.

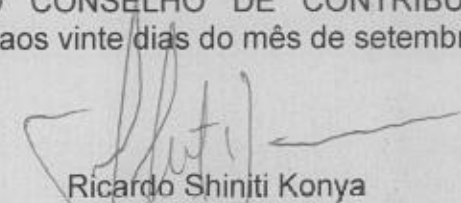


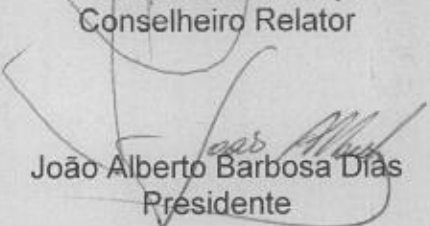


DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, acatar a preliminar de nulidade do lançamento, arguida pelo relator, por erro na determinação da infração, conforme art. 28, IV, da Lei 1.288/01 para julgar nulo o campo 4.11 no valor de 127.408,29 (cento e vinte e sete mil, quatrocentos e oito reais e vinte e nove centavos). No mérito, por unanimidade, julgar procedente o campo 5.11 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 141.564,66 (cento e quarenta e um mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), mais os acréscimos legais. O advogado Otávio de Oliveira Fraz 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, Taumaturgo José Rufino Neto e Galthiery Alves de Sousa Lopes. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte dias do mês de agosto de 2024, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

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


Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

