



ACÓRDÃO Nº: 089/2021
PROCESSO Nº: 2016/6640/501059
REEXAME NECESSÁRIO Nº: 4.181
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016/005100
INTERESSADO: MACHADO & SANTOS LTDA ME
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.440.789-8
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. PASSIVO OCULTO E FICTÍCIO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE- É nula a reclamação tributária que não tipifica corretamente o dispositivo legal infringido, cerceando o direito de defesa do contribuinte.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente às exigências de ICMS decorrentes da constatação da existência de passivo oculto e fictício nos exercícios de 2014 e 2015.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via direta, comparecendo tempestivamente aos autos em sede de impugnação.

Alega, em síntese, que as presunções são mecanismos utilizados de forma excepcional, no presente auto a auditoria valeu-se da presunção de forma indiscriminada, desrespeitando as limitações e orientações legislativas.

Em sua defesa, alega ainda, que o passivo oculto e o passivo fictício devem ser analisados sob o aspecto fiscal e o contábil e que todas as informações relativas as movimentações da empresa estão demonstradas na contabilidade e que a auditoria ignorou as informações constantes nos livros diário e razão, considerando como pagos apenas as despesas que possuíam comprovantes anexados em papel, esquecendo-se do meio digital e magnético constantes no SPED fiscal e contábil.



J

JR.V.



Junta a sua impugnação o livro Razão referente aos anos fiscalizados como prova da não existência de passivo fictício. Ao final pugna pela improcedência do auto de infração.

A julgadora, por meio de despacho, devolve o processo para revisão da tipificação das infrações e manifestação quanto às alegações do sujeito passivo. A autora do lançamento atende ao despacho e realiza termo de aditamento alterando o campo 4.13 (fls.221/226).

Intimado do termo de aditamento o sujeito passivo não compareceu aos autos, sendo lavrado termo de inoocorrência de manifestação.

Novamente o julgador, por meio de despacho, devolve o processo para revisão da tipificação das infrações e intimar o sujeito passivo.

A autora do lançamento procede a alteração e lavra termo de aditamento alterando a tipificação da infração dos campos 4.13 e 5.13 (fls.232/234).

Intimado do termo de aditamento, o sujeito passivo comparece aos autos, reiterando as alegações feitas em sede de impugnação, acrescentado a tese da Bitributação, aduzindo não deve incidir o ICMS sobre o passivo fictício em razão de se tratar do regime substituição tributária, em que os impostos já foram recolhidos.

Ao final pugna pela nulidade do auto de infração em razão da bitributação.

A julgadora de primeira instância, em sua análise, entende que os requisitos previstos no artigo 35 da Lei nº 1.288/01 não foram observados pelo autuante, pois mesmo procedendo a alteração da tipificação das infrações não conseguiu tipificá-las corretamente.

Vejamos que as infrações são descritas: "Recolher ICMS...referente a passivo oculto...constatado...". O que se pretendia dizer era que os ilícitos fiscais se referem a constatação da ocorrência de omissão de vendas nos exercícios de 2014 e 2015, presumindo-se que o sujeito passivo praticou saídas de mercadorias desacobertadas das correspondentes notas fiscais.

Assim, além das infrações não estarem descritas com clareza e precisão, ferindo a disposição contida na alínea "c", do inciso I, do artigo 28 da



J
JAN.



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Lei 1.288/01, caracterizando cerceamento de defesa, os dispositivos legais indicados pela autora do lançamento também não tipificam corretamente a infração.

Dessa forma, razão assiste ao sujeito passivo, pois além da obscuridade na descrição das infrações, houve também o cometimento de erro na determinação da infração, contaminando a presente autuação, não restando alternativa a não ser declarar a nulidade do auto nos termos dos incisos II e IV, ambos do artigo 28 da Lei 1.288/01:

Artigo 28. É nulo o ato praticado:

II- com cerceamento de defesa;

IV- com erro na determinação da infração.

Diante do exposto, conhece da impugnação, dá-lhe provimento, em preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa e erro na determinação da infração, julga nulo e sem análise de mérito o auto de infração.

Submete a sua decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos da Lei 3.018/2015.

A Representação Fazendária faz um breve relato dos fatos, alegando que houve um equívoco por parte da julgadora, uma vez que para a situação que se pretende alcançar no auto o enquadramento legal está correto. A dissonância restringe-se apenas à descrição dos fatos que partem direto para apontar as consequências (passivo oculto e fictício) sem indicar as causas da omissão. No entanto, entende que esse fato nada impede a compreensão dos trabalhos, não sendo motivo para ensejar cerceamento de defesa ou nulidade.

Posto isso, recomenda a este Conselho a reforma da decisão de primeira instância para que seja julgado procedente o auto de infração.

Após ciência da sentença de primeira instância e do parecer da Representação Fazendária o contribuinte não se manifestou, remetendo-se os autos para o Contencioso Administrativo Tributário para as providências cabíveis.

É o relatório.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

VOTO

Visto analisado e discutido o presente processo que exige crédito tributário referente às exigências de ICMS decorrentes da constatação da existência de passivo oculto e fictício nos exercícios de 2014 e 2015.

A julgadora singular, em sua sentença, entende que os requisitos previstos no artigo 35 da Lei nº 1.288/01 não foram observados pelo autuante, pois mesmo procedendo a alteração da tipificação das infrações não conseguiu tipificá-las corretamente.

Pontua ainda, que além das infrações não estarem descritas com clareza e precisão, ferindo a disposição contida no artigo 28, inciso II da Lei 1.288/01, caracterizando cerceamento de defesa, os dispositivos legais indicados pela autora do lançamento também não tipificam corretamente a infração.

Em nossa análise, o trabalho de auditoria merece reformas, uma vez que a descrição da infração nos contextos autuados estão obscuras, bem como os dispositivos legais indicados também estão de forma errônea.

O autuante teve a oportunidade de tipificar corretamente a infração, uma vez que em despacho a julgadora de primeira instância devolveu o processo, em duas oportunidades, para correção, e mesmo havendo termo de aditamento as infrações continuaram tipificadas de forma incorreta.

Os fatos acima narrados caracterizaram cerceamento de direito de defesa do contribuinte e a conseqüente nulidade do lançamento, conforme determina o artigo 28, inciso II e IV da Lei nº 1.288/01, vejamos:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

(...)

II – com cerceamento de defesa;

IV- com erro na determinação da infração.



J
JAL



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Assim, entendo que os requisitos para a lavratura do auto de infração não foram atendidos tornando o lançamento inócuo, pelo cerceamento de defesa, em razão da ausência da descrição clara, precisa e resumida do fato e indicação do período de sua ocorrência, infringindo também o artigo 35, inciso I, alínea "d" da Lei nº 1.288/2001, vejamos:

Art. 35. O Auto de Infração:

- I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:
 - (...)
 - d) o dispositivo legal infringido;

Ressalto ainda, que a constituição do crédito tributário deve se ater ao princípio da legalidade, além de permitir ao contribuinte compreender a demanda que é movida em seu desfavor, de modo a lhe garantir todos meios de defesa em direito admitido.

Neste sentido é a farta jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, senão vejamos:

ACÓRDÃO Nº. : 040/2017 - EMENTA : ICMS. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA FORMAL PELA NÃO APRESENTAÇÃO DO LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. NULIDADE. É nulo o auto de infração quando lhe faltam clareza e precisão na apuração do quantum da reclamação.

Por conseguinte, estamos diante de uma nulidade do auto de infração e não de improcedência do feito.

Pelo exposto, voto pela confirmação da decisão de primeira instância, para julgar nulo o auto de infração nº 2016/005100, por cerceamento ao direito de defesa e erro na determinação da infração, com fundamento no artigo 28, inciso II, extinguindo-se a presente Reclamação Tributária sem resolução de mérito.

É como voto.





DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração 2016/005100 por cerceamento de defesa e erro na determinação da infração. O Representante Fazendário Luiz Carlos da Silva Leal e o advogado Adriano Guinzelli fizeram sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e Interessado, respectivamente. O Representante Fazendário pediu o refazimento do lançamento conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luciene Souza Guimarães Passos, Elena Peres Pimentel, Osmar Defante, Fernanda Halum Pitaluga e Josimar Júnior de Oliveira Pereira. Presidiu a sessão de julgamento ao julgamento aos vinte e nove dias do mês de junho de 2021, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e nove dias do mês de setembro de 2021.


Fernanda Teixeira Halum Pitaluga
Conselheira Relatora


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

