ACÓRDÃO Nº:	**038/2023**
PROCESSO Nº:	2018/6720/500072
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2018/001950
RECORRENTE:	CLAUDETE BOVETTO MAZIERO
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.458.604-0
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS NÃO REGISTRADO E NÃO RECOLHIDO. ERRO NA ELABORAÇÃO DO LEVANTAMENTO FISCAL E IDENTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO. FALHA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NULIDADE – É nula a reclamação tributária cujo levantamento foi elaborado com erros, impossibilitando a perfeita identificação da infração, conforme entendimento disposto no inciso IV, do Art. 28 da Lei nº 1.288/01.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, ICMS não registrado e não recolhido decorrente de apuração a menor ao registrar documento fiscal de saídas não oferecido a tributação, constatado por intermédio do Levantamento Básico, livro de apuração, planilhas de cálculos e relatórios anexos. Período de 2016.

A autuada foi intimada do auto de infração por via postal na data de 23.08.2018, e por edital de intimação (fls.90) não apresentou impugnação, foi lavrado Termo de Revelia, fls. 92, em 06.11.2018, às fls. 92, em 19.12.2018, com autorização do Delegado Regional de Fiscalização (fls.94/96), admitiu o Recurso Extraordinário, fls.96, dando tramitação normal para julgamento em primeira instância.

Na impugnação a autuada solicita, apresenta as seguintes alegações:

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

Preliminar de nulidade do auto de infração, alegando que não foram observados as alíneas "d" e "e" do Artigo 35 da Lei 1.288/2001.

No mérito alega que como produtor rural, possui maquinários e implementos agrícolas que fazem parte do seu ativo permanente. Que utiliza esses bens para prestarem serviços em outra empresa de sua propriedade, emitindo nota fiscal para serem retornados a origem. Alega ainda que o autor do procedimento considerou as operações como vendas de mercadorias.

O processo foi devolvido ao autor do procedimento ou seu substituto, fls.97 para manifestar sobre as alegações do sujeito passivo.

Às fls. 97 o Autor do procedimento, informa que o contribuinte foi intimado a apresentar e não apresentou as notas fiscais de origem das mercadorias nº 00071 e 00036 (fls. 14). Assim não há como comprovar as saídas das notas fiscais nº 33, 57 e 2258038, são retorno e se o remetente da mercadoria seria o mesmo do destinatário da operação saída.

A julgadora de primeira instância, na sua decisão rejeitou a preliminar de nulidade arguida pela defesa, e quanto ao mérito, ressalta que as alegações da defesa são meramente protelatórias, pois foi oportunizado a apresentar as notas fiscais de origem das mercadorias e não o fez, que a pretensão fiscal encontra respaldo na legislação tributária, sendo procedente e legítima a exigência tributária.

Notificada da decisão de primeira instância, a autuada apresenta recurso voluntário de fls. 97/112, discorda da decisão de primeira instância, alegando que: se não registrou as notas fiscais de entradas, cometeu outra infração e não aquela de não declarar e recolher o imposto devido; que não foi considerado que sua atividade principal é produtor rual e não poderia vender maquinário e implementos; e que, se fosse no caso de mudança de propriedade a venda seria de ativo imobilizado, com benefício de redução da base de cálculo, conforme art. 8º inciso VIII do RICMS e Convênios ICMS nº 15/81, 06/92 e 151/94. Ao final pede a improcedência do auto de infração.

A Representação Fazendária em parecer às fls. 115/116 após análise e considerações, recomenda a reforma da sentença em primeira instância e a

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

procedência em parte do auto de infração, por entender que foi oportunizada ao contribuinte a apresentação das notas fiscais de entradas, e este se omitiu, entende que está correta a interpretação do fisco, de enquadrar a operação como saída onerosa do imposto, a exigência tributária está correta, e por não ter como atividade a revenda de mercadorias, a operação deve ser enquadrada como venda do ativo imobilizado e concedido o benefício da redução da base de cálculo conforme previsto na legislação.

É o relatório.

VOTO

Vistos e discutidos os autos processuais aqui em análise, tem-se que o sujeito passivo foi devidamente cientificado do lançamento; o recurso impetrado é próprio e tempestivo, razão pela qual do mesmo tomo conhecimento, estando o representante do sujeito passivo constituído nos termos do Art. 20, caput da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11; da mesma forma o autuante investido de competência legal para a constituição do crédito tributário.

Em atenção à manifestação do sujeito passivo ao lançamento tributário, nos deparamos com alegações de inconsistências e erros apontados no auto de Infração.

Foi arguida e demonstrada razões para o pedido de nulidade da autuação, sendo aqui transcritas algumas dessas observações procedidas pelo autuado:

- Quanto às supostas omissões de entradas não registradas, alega que se não registrou as notas fiscais de entradas, cometeu outra infração e não aquela de não declarar e recolher o imposto devido; que não foi considerado que sua atividade principal é produtor rural e não poderia vender maquinário e implementos; e que, se fosse no caso de mudança de propriedade a venda seria de ativo imobilizado, com benefício de redução da base de cálculo, conforme art. 8º inciso VIII do RICMS e

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

Convênios ICMS nº 15/81, 06/92 e 151/94. Ao final pede a improcedência do auto de infração.

Solicita, por fim, que de acordo com o art. 29 da Lei nº 1.288/01 seja declarada a nulidade do auto de infração.

Em análise aos levantamentos fiscais que sustentam o auto de infração, bem como a documentação que lhe dá suporte, é perceptível a inaplicabilidade da melhor técnica de auditoria, bem como a inobservância de alguns requisitos e critérios estabelecidos na legislação tributária, voltados às formalidades do lançamento tributário.

A Legislação citada como infringida foi o Art. 44, inciso II, da Lei n° 1.287/2001, os quais não guardam perfeita correlação com os fatos narrados nos respectivos históricos e dizem:

> **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).

Entendo que a instrução do processo está inadequada, o histórico não condiz com a falta de registro de notas fiscais de entrada, não demonstra o raciocínio, sendo devolução de mercadorias para o mesmo sujeito passivo, estando incorreta a determinação da infração,

Os valores demonstrados no quadro transcritos dos documentos fiscais (fls.06/09), onde permitiu a apuração do real valor da exigência tributária, aos quais, entendo estarem impossíveis de serem identificados, tendo em vista os produtos constantes nas notas fiscais serem situações diferentes: devolução de ativo imobilizado e fungicidas,

A Legislação estadual regula as formalidades do lançamento tributário e também estabelece as causas para sua nulidade, as quais aqui colaciono ao transcrever o Art. 28 da Lei nº 1.288/01:

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. 28.** É nulo o ato praticado:
>
> I – por autoridade não identificada, incompetente ou impedida;
>
> **II – com cerceamento de defesa;**
>
> III – por erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, nos casos de formalização do crédito tributário.
>
> **IV – com erro na determinação da infração.** (Redação dada pela Lei 3.018 de 30.09.15).

De fato, o trabalho de auditoria resta comprometido no todo, pois eivado de vícios e inconsistências que o tornam nulo, assim, prejudicando sobremaneira a identificação correta da infração supostamente cometida, comprometendo a possibilidade de que o sujeito passivo se defendesse de forma adequada a infração denunciada.

Desta forma, entendo não existir outra possibilidade de desfeixo para o lançamento tributário aqui sob análise, que não seja por sua anulação, sem julgamento de mérito, com fulcro no Art. 29 da Lei nº 1.288/01, que assim dispõe:

> **Art. 29.** A nulidade é declarada de ofício pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

De todo o exposto, caracterizada a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e erro na determinação da infração, nos termos do que preceitua o art. 28, inciso II e IV da Lei nº 1.288/01, em decorrência dos inúmeros vícios e erros na elaboração dos levantamentos que deram suporte à autuação e do próprio lançamento, entendo pela reforma da decisão exarada pela instância singular.

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 unanimidade, acatar a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração, arguida pela conselheira relatora, para julgar nulo o auto de infração 2018/001950, sem análise de mérito. O Representante Fazendário Ricardo Shiniti Konya fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Elena Peres Pimentel, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Josimar Júnior de Oliveira Pereira, Osmar Defante e Taumaturgo José Neto. Presidiu a sessão de julgamento aos oito dias do mês de fevereiro de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

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

Elena Peres Pimentel
Conselheira Relatora

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