



ACÓRDÃO Nº:	095/2023
PROCESSO Nº:	2017/6250/500226
TIPO:	REEXAME NECESSÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/001171
RECORRIDA:	COMERCIAL SONORA LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.009.385-6
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS SEM DESTAQUE DE IMPOSTO. SAÍDAS EMITIDAS COMO SENDO MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE – A ausência dos documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamenta o lançamento do crédito tributário enseja a declaração de nulidade do procedimento por cerceamento ao direito de defesa, em conformidade ao que preceitua o inciso II, do Art. 28 da Lei nº 1.288/01.

RELATÓRIO

O contribuinte qualificado na peça inicial teve contra si lavrado o Auto de Infração de nº 2017/001171, referente a ICMS Normal, por ter emitido documentos fiscais de vendas de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação como substituição tributária, conforme foi constatado no livro registro de saídas, nas colunas valor contábil, isentas ou não tributadas, no valor de R\$ 82.060,21 (oitenta e dois mil, sessenta reais e vinte e um centavos), relativo ao período de 01/01/2015 a 31/12/2015.

Foi anexado aos autos (fls. 04/292) o Levantamento Básico do ICMS, planilha de lançamento de ofício (PLO) e planilhas com demonstrativos de valores lançados na apuração do ICMS.

A autuada foi intimada por via postal (fls. 295), apresentou impugnação (fls. 296/303) tempestiva em que alega a improcedência do feito por exigir ICMS



de



normal já recolhido, e por estar eivado de erros e não comprovar o crédito tributário; que para todas as operações foram emitidos documentos fiscais corretamente e registradas regularmente no SPED, citando dispositivos legais e vários acórdãos do Conselho de Contribuintes do Estado do Tocantins.

Por meio do Despacho Nº 106/2018 – CAT/JPI/ECT (fls. 306/308), o Julgador de Primeira Instância à época, retorna os autos à Delegacia Regional de Pedro Afonso para que seu titular determine o cumprimento dos seguintes procedimentos: notificar o contribuinte para regularização da representação processual e, a autora do procedimento, para juntar documentos comprobatórios e se manifestar a respeito das alegações da defesa.

Intimado via postal (fls. 312), o contribuinte junta documentos (fls. 313/317) que comprovam sua capacidade para estar no processo.

O processo foi encaminhado para o auditor fiscal substituto, que se manifestou (fls. 322/324) pela improcedência do auto de infração por entender que o procedimento resta equivocado, tendo em vista se tratar de peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo XXI ao Decreto nº 2.912/06 (RICMS/TO) de uso especificamente automotivo; que deveria ter verificado antes a origem das mercadorias, conferindo o cálculo e o recolhimento, para então exigir o pagamento do ICMS ST; quanto às entradas em operações internas a responsabilidade caberia ao emitente do documento fiscal, que já viria sem destaque do imposto.

Intimado por via postal (fls. 329), o sujeito passivo, representado por advogado legalmente constituído, comparece (fls.330/333) tempestivamente ao processo afirmando que a manifestação do auditor substituto é providencial e justa, uma vez que é sabido que os produtos que foram alvo da autuação são produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária e que já tiveram o seu imposto recolhido no momento da entrada. Por fim, requer que seja aplicado o princípio de autotutela para declarar a improcedência do auto de infração.

Encaminhado o processo para julgamento, na sentença proferida pelo Julgador de primeira instância foram, inicialmente, analisados os aspectos formais da autuação, sendo constatado que esses se encontram em acórdância à legislação pertinente.

Assevera que o sujeito passivo, em sua defesa, afirma que o auto de infração e levantamentos contém erros e falta de comprovação do crédito tributário; que em situações semelhantes o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do





Estado do Tocantins decidiu pela nulidade ou improcedência do feito, transcrevendo vários acórdãos.

Sendo assim, acolhe a argumentação de falta de comprovação do crédito tributário, apresentada na impugnação, frente ao fato de que a autora do procedimento não junta documentos que comprovem a situação tributária das mercadorias elencadas no levantamento, não conseguindo demonstrar que não estão sujeitas ao ICMS Substituição Tributária, incorrendo em erro, ao lançar no levantamento vários produtos sujeitos ao ICMS ST, listados no Anexo XXI do RICMS/TO, portanto, não atendendo o que dispõe o inciso IV, do art. 35 da Lei nº 1.288/01.

Segue explanando que o autor do procedimento não conseguiu demonstrar com precisão os valores exigidos e não juntou os documentos em que se fundamenta a autuação, sendo permitido concluir que a presença de obstáculo caracterizada pela ausência de documentos comprobatórios e a demonstração clara e precisa da exigência cerceia a defesa, concluindo assim, como previsto no inciso II, do art. 28, da Lei nº 1.288/01, pela nulidade do ato praticado com cerceamento ao direito de defesa.

Diante do exposto, conhece da impugnação apresentada, concede-lhe provimento e julga NULO, sem análise de mérito, o auto de infração nº 2017/001171, Campo 4.11, no valor de R\$ 82.060,21 (oitenta e dois mil, sessenta reais e vinte e um centavos).

Submete a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos da alínea "f", do inciso IV, do art. 56, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11 e parágrafo único do art. 58, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15).

Instada a se manifestar a Representação Fazendária, em face aos fatos processuais e os fundamentos e princípios aplicados à sentença monocrática, considerando, ainda, que depois de prolatada a sentença de primeira instância não é possível elaboração de Termo de Aditamento, recomenda a confirmação da nulidade do feito.

A recorrente foi notificada da decisão singular e do parecer da Representação Fazendária por via postal, em 06/10/2021, contudo, não apresentou manifestação.

É o relatório.

B



f



VOTO

A exigência tributária trata de ICMS Normal, devido à emissão de documentos fiscais de vendas de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, como tributadas sob o regime de substituição tributária, no valor de R\$ 82.060,21 (oitenta e dois mil, sessenta reais e vinte e um centavos), relativo ao período de 01/01/2015 a 31/12/2015.

O lançamento tributário tem espeque nas disposições legais contidas no Art. 44, incisos III e II; e penalidade constante do Art. 49, inciso V, todos da Lei nº 1.287/01.

Na oportunidade em que se manifesta aos autos o sujeito passivo alega em sua defesa que o auto de infração exige imposto normal que já foi recolhido, uma vez que suas operações são corretamente documentadas e escrituradas. Que é patente a ausência de comprovação do crédito tributário.

O auditor substituto chamado ao feito, que se manifestou ao processo, expôs entendimento de que o procedimento fiscal é improcedente, entendendo que restam dúvidas sobre o *quantum* exato da exigência fiscal, pois parte da mesma resta devidamente recolhida, conforme documentos comprobatórios; alega ainda que o Convênio ICMS 23/18 autoriza a remissão do ICMS ST em situações específicas, como no caso do fato gerador aqui circunstanciado.

O julgador de piso assim também compreendeu ao acolher os argumentos da impugnação quanto a não comprovação do crédito tributário, frente ao fato de que a autora do procedimento não juntou documentos comprobatórios da situação tributária das mercadorias elencadas em seu levantamento, não conseguindo demonstrar que não estão sujeitas ao ICMS Substituição Tributária, chegando inclusive a incorrer em erro ao lançar em seu levantamento vários produtos sujeitos a esse regime de tributação, listados no Anexo XXI do RICMS/TO, portanto.

Em reexame necessário da matéria não é forçoso concordar com tais alegações, haja vista o desprovimento na 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, frente ao fato de que a autora do procedimento não colacionou





documentos comprobatórios da situação tributária das mercadorias elencadas no mesmo, não conseguindo demonstrar que não estão sujeitas ao ICMS Substituição Tributária, restando evidente constar em seu levantamento vários produtos sujeitos ao ICMS Substituição Tributária listados no Anexo XXI do RICMS/TO, portanto não atendendo ao que dispõe o inciso IV, do art. 35 da Lei nº 1.288/01:

Art. 35. O Auto de Infração:

IV - contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

O dispositivo legal acima é claro ao determinar que o auto de infração deve conter em anexo não só os demonstrativos do crédito tributário, mas também os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

Tal determinação não foi devidamente observada, o autor do procedimento não consegue demonstrar com precisão os valores exigidos e não junta os documentos em que se fundamenta, sendo permitido concluir que a presença desses obstáculos, caracterizada pela 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 nº 1.288/01, e que o ato praticado com cerceamento de defesa é nulo:

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 nº 3.018 de 30.09.15). (grifo nosso).

Seria adequada a instrução do lançamento tributário aqui em comento aquela baseada em levantamento que demonstrasse detalhadamente a operação realizada, sendo importante informar dados dos produtos como a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), entre outros, que pudesse dar a conhecer a natureza e o regime tributário a que se submete a mercadoria comercializada.

Contrario *sensu*, além da ausência de particularidades sobre as mercadorias comercializadas, somam-se a não colação aos autos de Danfe's, livros fiscais e outros, que pudessem oportunizar melhor análise em relação à abordagem infracional, o que admitidamente acometeu o contribuinte de dúvidas, impedindo a produção de uma defesa contundente; dúvidas essas que da mesma forma atingem a perfeita cognição da exigência fiscal, por parte dos julgadores.





Em suma, o que estabelecem os incisos do 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, em reexame necessário, voto por confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração 2017/001171, por cerceamento de defesa, sem análise de mérito.

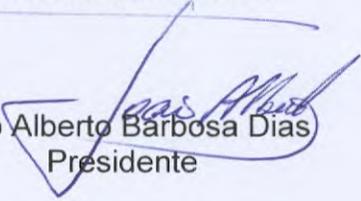
É como voto.

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 2017/001171, por cerceamento de defesa, sem análise de mérito. O advogado João Gabriel Spicker fez sustentação oral pela Recorrida. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Delma Odete Ribeiro, Osmar Defante, Taumaturgo José Neto e Edson José Ferraz. Presidiu a sessão de julgamento aos trinta dias do mês de maio de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

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


Luciene Souza Guimarães Passos
Conselheira Relatora


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

