



ACÓRDÃO Nº: 098/2023
PROCESSO Nº: 2017/6250/500229
TIPO: REEXAME NECESSÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2017/001174
RECORRIDA: COMERCIAL SONORA LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.009.385-6
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. 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 2017/001174, referente a ICMS Substituição Tributária (retenção na fonte) sobre mercadorias adquiridas por intermédio das notas fiscais constantes do Levantamento ICMS Substituição Tributária – Operações Externas, no valor de R\$ 33.847,34 (Trinta e três mil, oitocentos e quarenta e sete reais e trinta e quatro centavos), relativo ao período de 01/01/2016 a 31/12/2016.

Foi anexado aos autos (fls. 04/65) o Levantamento do ICMS Substituição Tributária de 01/01/2016 a 31/12/2016 (consolidado), mais Levantamentos do ICMS Substituição Tributária, referentes aos períodos de 01/01/2016 a 30/06/2016 e 01/07/2016 a 31/12/2016.

A autuada foi intimada por via postal (fls. 63), apresentou impugnação (fls. 106/112) tempestiva em que alega a improcedência do feito por exigir ICMS Substituição Tributária já recolhido pelos remetentes, que é pacífico o entendimento do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins pela





improcedência do auto de infração quando provado que o imposto foi efetivamente recolhido e pelo não acolhimento de autuações ilegais, arbitrárias e sem provas materiais que comprovem o ilícito; transcreve vários acórdãos e cita dispositivos legais.

Por meio do Despacho Nº 108/2018 – CAT/JPI/ECT (fls. 78/80), 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, alterar o dispositivo infringido e se manifestar a respeito das alegações da defesa.

Intimado via postal (fls. 84), o contribuinte junta documentos (fls. 85/89) que comprovam sua capacidade para estar no processo.

O processo foi encaminhado para o auditor fiscal substituto, que se manifestou (fls. 94/95) pela improcedência do auto de infração por entender que restam dúvidas sobre ao quantum exato da exigência fiscal, que o procedimento resta equivocado, tendo em vista que deveria ter verificado antes a origem das mercadorias por NFE, conferindo o cálculo e o recolhimento, cita que na primeira nota que consultou verificou que o ICMS ST foi pago pelo remetente, conforme relatório de arrecadação anexado ao seu parecer. Acrescenta que o Convênio ICMS 23/18 autorizou o Estado do Tocantins a não exigir ICMS ST dos produtos cujos fatos geradores ocorreram até 31/12/2017 de créditos tributários constituídos ou não; transcreve as cláusulas primeira, segunda e terceira do convênio

Intimado por via postal (fls. 101), o sujeito passivo, representado por advogado legalmente constituído, comparece (fls.102/105) 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, alega a falta de comprovação do ilícito fiscal; que o substituto do autuante se manifesta pela





improcedência do feito por entender que restam dúvidas quanto ao valor exato da exigência fiscal, junta documentos que comprovam o pagamento de parte do valor exigido, aponta que o Convênio ICMS 23/18 autoriza a remissão do ICMS ST nas situações especificadas, entretanto, embora o auditor substituto se manifeste pela improcedência, entende que possam haver situações que não foram alcançadas pelo Convênio ICMS 23/18 e que não houve o recolhimento do imposto devido.

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 com precisão os valores exatos da exigência tributária, 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 2017/001174, Campo 4.11, no valor de R\$ R\$ 33.847,34 (Trinta e três mil, oitocentos e quarenta e sete reais e trinta e quatro 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.

VOTO

A exigência tributária trata de ICMS Substituição Tributária (retenção na fonte) sobre mercadorias adquiridas por intermédio das notas fiscais constantes do Levantamento ICMS Substituição Tributária – Operações Externas, no valor de R\$ 33.847,34 (Trinta e três mil, oitocentos e quarenta e sete reais e trinta e quatro centavos), relativo ao período de 01/01/2016 a 31/12/2016.

O lançamento tributário tem espeque nas disposições legais contidas no Art. 44, incisos IX e VIII c/c Art. 46; e penalidade constante do Art. 48, inciso III, alínea “d”, todos da Lei nº 1.287/01.

Na oportunidade em que se manifesta aos autos o sujeito passivo alega em sua defesa a falta de comprovação do ilícito fiscal; que os produtos são sujeitos ao regime de substituição tributária e que o imposto foi recolhido no momento de sua entrada.

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 acolhe os argumentos da impugnação quanto a não comprovação do crédito tributário, frente ao fato de que a autora do procedimento não juntou documentos que comprovem com precisão os valores exatos da exigência tributária, não atendendo, portanto, 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.

Em reexame necessário da matéria não é forçoso concordar com tais alegações, haja vista o desprovimento na comprovação da infração denunciada.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

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, uma vez que a autora do procedimento não consegue demonstrar com precisão os valores exigidos e não junta os documentos em que se fundamenta.

O já mencionado Art. 35 da Lei nº 1.288/01 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.

A não observância a tal determinação permite concluir que a presença desses obstáculos, 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, além de particularidades sobre as mercadorias comercializadas, somasse a colação aos autos de Danfe's, livros fiscais e eventuais guias de recolhimento, que pudessem oportunizar melhor análise em relação à abordagem infracional.

Contrario *sensu*, 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.

e





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

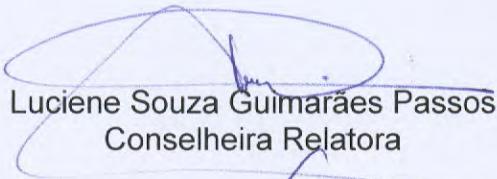
Com tais argumentos, em reexame necessário, voto por confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração 2017/001174, por cerceamento de defesa, sem análise de mérito.

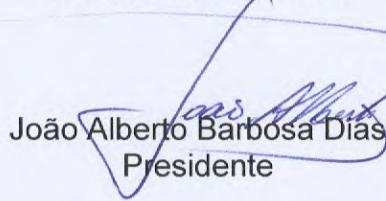
É como voto.

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 2017/001174, 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

