ACÓRDÃO Nº:	**200/2023**
PROCESSO Nº:	2019/6860/500897
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2019/001092
RECORRENTE:	SUPERMERCADO IGUATU LTDA ME
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.042.601-4
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE - É nulo o crédito tributário quando os fatos narrados e a tipificação da infração não se coadunam.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à exigência tributária: Campo 4.5 - ICMS NORMAL, referente a utilização do crédito fiscal presumido de 7% (sete por cento), do valor da operação, para estabelecimento regular, quando adquirido de estabelecimento abatedor, de carnes natural, resfriadas ou congeladas e subprodutos comestíveis resultante do abate bovino, bufalino e suíno, benefício dado pelo Art. 2º Inciso I, da Lei N° 1.173/2000 (Redação dada pela Lei 2084 de 06/07/2009), **SEM APRESENTAR AS NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIÁRIA DOS CRÉDITOS PRESUMIDOS.** Conforme foi constatado por meio do **LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS.** Período de 01/08/2016 A 31/12/2016. Campo: 4.11, no valor de R$ 167.234,17. Conforme auto de infração n° 2019/001092 (fls. 02/03).

Foram anexados ao presente processo os documentos físicos: LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS. Período analisado: 01/08/2016 a 31/12/2016. Às fls. 04. LEVANTAMENTO DE OFÍCIO - DETALHAMENTO.

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

Período analisado: 01/08/2016 a 31/12/2016. Às fls. 05. LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS OPERAÇÕES PRÓPRIAS. Período: 01/08/2016 a 31/12/2016. Às fls. 06/10. INTIMAÇÃO MODELO II. Às fls. 11. Documento expedido pelo Sujeito passivo em 29/05/2019. Informando a resposta à INTIMAÇÃO MODELO II, recebida no dia 28/05/2019. Às fls. 12.

A autuada foi intimada por AVISO DE RECEBIMENTO (A.R.) Data da Postagem 10/06/2019. Código de Rastreamento n° JU 30990325 8 BR. Às fls.15 e apresentou impugnação tempestiva em 03/07/2019, acompanhada de documentos (fls. 16/26). Requerendo seja julgado nulo ou improcedente o presente auto de infração e o processo é encaminhado para julgamento (fls. 27/verso).

Todos os requisitos mínimos e necessários, previstos no art. 35 da Lei n- 1.288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/11 devem ser observados na lavratura do presente auto de infração.

Os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.598/12.

O autuante identificado no campo 5.1 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário.

A Infração (CAMPO 4.13) está tipificada e fundamentada no Art. 45, inciso VIII, da Lei nº 1.287/01, c/c o Art. 2º, Inciso I, da Lei Nº 1.173/2000 (Redação dada pela Lei 2.084 de 06/07/2009). A penalidade (Campo 4.15) tipificada e fundamentada no Art. 48, inciso IV, alínea "A", da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.253/2009.

A instrução processual foi efetivada com clareza, os prazos processuais foram observados e não há neste caso prejuízo, ou seja, não se verifica nenhum obstáculo que possa ter impedido o sujeito passivo de se defender ou que tenha impedido que a finalidade do ato fosse atingida. Pelo contrário, dado vista ao sujeito passivo, este compareceu aos autos, sendo assegurado o contraditório, desvencilhando qualquer ato que possa caracterizar cerceamento de direito a ampla defesa.

Da Análise do relatório resumido dos fatos e das razões de defesa suscitadas pela impugnante, às fls. 16/24:

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

"... Segundo consta do auto de infração, foi elaborado um demonstrativo do crédito tributário. Ocorre que o levantamento acima referido não demonstra e tão pouco, comprova e determina, claramente, a matéria tributável. Pelo exposto requer seja julgado nulo ou improcedente o auto de infração n° 2019/001092, por ser de justiça".

O Julgador de primeira instancia rejeitou a pretensão deduzida na impugnação pelo sujeito passivo. Por ser absolutamente improcedente. Está em absoluta desconformidade com os fatos apurados pelo autor do procedimento fiscal. Conforme demonstra claramente o ilícito fiscal ***(aproveitamento indevido de crédito)*** *cometido, através do LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS. Trata-se de alegação desprovida de qualquer sustentação material. Face o Documento expedido pelo Sujeito passivo em 29/05/2019.*

Informando a resposta à INTIMAÇÃO MODELO II, recebida no dia 28/05/2019. Às fls. 12. O qual informa o autor do procedimento fiscal, que não elaborou demonstrativo nos moldes na intimação. Portanto deixou de escriturar com fidedignidade. Não apresentando as notas fiscais de aquisição de mercadorias beneficiária dos créditos presumidos.

Quando deixa de efetuar a descrição do ajuste (histórico do fato contábil). Código do Ajuste TO 02360, no quadro DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO. No LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS OPERAÇÕES PRÓPRIAS. Às fls. 06/10. Ou seja, há falta de exatidão, falta de clareza, falta de documentação que comprove os fatos.

Diante do exposto, conheceu da impugnação, concedeu lhe provimento e julgo PROCEDENTE, o auto de infração nº 2019/001092:

1. CONDENANDO o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R$ 167.234,17 (cento e sessenta e sete mil e duzentos e trinta e quatro reais e dezessete centavos). Referente à parte do Campo: 4.11 do auto de infração, com a penalidade prevista no campo 4.15, mais os acréscimos legais.

Intime-se o sujeito passivo do valor condenado.

Intimado o contribuinte em 18/05/2021, apresentou recurso voluntário em 16/06/2021 com as seguintes alegações; nulidade pelo erro na tipificação da infração; alega que as notas referentes os créditos estão na base do SPED e menciona a juntada dos mesmos e ao final requer a nulidade ou improcedência do feito.

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

A Representação fazendária faz breve relato do conteúdo processual e entende que as alegações apresentação não são capazes de ilidir o feito e recomenda a confirmação sentença, fls. 41 a 44.

É o relatório.

VOTO

Visto analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração nº 2019/001092. A exigência fiscal referente à exigência tributária: Campo 4.5 - ICMS NORMAL, referente a utilização do crédito fiscal presumido de 7% (sete por cento), do valor da operação, para estabelecimento regular, quando adquirido de estabelecimento abatedor, de carnes natural, resfriadas ou congeladas e subprodutos comestíveis resultante do abate bovino, bufalino e suíno, benefício dado pelo Art. 2º Inciso I, da Lei Nº 1.173/2000 (Redação dada pela Lei 2084 de 06/07/2009), **SEM APRESENTAR AS NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIÁRIA DOS CRÉDITOS PRESUMIDOS**.

A recorrente, inconformada com a sentença de primeira instância, apresenta recurso com as mesmas alegações apresentadas em sua impugnação.

Ao analisar os fatos processuais, constato que as informações pertinentes são:

O autor do lançamento descreve com a seguinte redação o ilícito cometido, item, 4.1 - contexto: "aproveitou indevidamente o crédito do imposto no valor de R$ 167.234,17, referente utilização do crédito fiscal presumido de 7% do valor da operação, para estabelecimento regular, quando adquirido de estabelecimento abatedor" e utilizou a tipificação da infração legal o disposto no art. 45, inciso VIII da lei 1.287/01 c/c art. 2º inciso I da lei 1.173/2000;

> **Art. 45.** É vedado ao contribuinte e ao responsável:
> VIII – iniciar suas atividades antes de regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado;

O trabalho de auditoria realizado descreve uma ação tipificada como infração tributária por parte do contribuinte que resultou em aproveitamento indevido de crédito prevista na legislação tributaria do Estado Tocantins, mas é necessário

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

refletir qual a especifica infração cometida para que seja atendido à necessária e devida subsunção ao caso concreto em respeito ao principio da legalidade.

A subsunção é um conceito jurídico que se refere à obediência de um caso específico a uma norma legal. Na lavratura de um auto de infração, a subsunção ocorre quando os elementos do caso em questão se enquadram nos critérios exigidos na legislação correspondente à infração.

Em outras palavras, a subsunção é o processo pelo qual se verifica se as circunstâncias e fatos de uma situação específica se enquadram nos elementos inspirados na lei como necessários para caracterizar a infração em questão. Quando todos os elementos da infração estiverem presentes, pode-se afirmar que houve subsunção e, portanto, a lavratura do auto de infração é justificada.

Esse conceito é fundamental no contexto jurídico, pois garante que as ações de aplicação da lei sejam consistentes e justas, baseadas em critérios objetivos e previsíveis. Portanto, na lavratura de um auto de infração, os agentes responsáveis pela aplicação da lei devem analisar cuidadosamente os fatos e circunstâncias para determinar se a subsunção ocorre, ou seja, se a conduta do infrator se enquadrar nos termos da lei que descrevem a infração.

A especificidade da lavratura do auto de infração tributária é fundamental para garantir a clareza, transparência e legitimidade do processo de fiscalização e aplicação das deliberações relacionadas a questões tributárias.

Algumas razões pelas quais a especificidade é importante nesse contexto: Legalidade e Previsibilidade: A especificidade garante que o infrator saiba exatamente qual ação ou omissão está sendo considerada uma infração. Isso garante que a aplicação da decisão seja baseada em critérios objetivos e previamente estabelecidos pela legislação tributária, evitando interpretações arbitrárias respeitando o Devido Processo Legal.

Em analise aos fatos descritos no campo 4.1 e a tipificação da infração utilizada pela autoridade lançadora o qual não foi retificada pelo julgador de primeira instancia, não apresenta a necessária subsunção na peça processual.

Considerando os fatos apresentados no procedimento e que no mínimo haveria necessidade de sanear o processo e neste momento não sendo possível conforme o § 4º do art. 36 da lei 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. 36. Iniciado o PAT, o auto de infração somente pode ser emendado por termo de aditamento, quando, em cada caso:
> [...]
> §4º Proferida, nos autos, a decisão de primeira instância fica preclusa a oportunidade de aditar o auto de infração.

Considerando que este auto de infração trata e descreve do cometimento de outro ilícito também previsto na legislação tributária, voto em acatar a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração, arguida pela Recorrente, para julgar nulo o auto de infração 2019/001092, sem análise de mérito.

É como voto.

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 Recorrente, para julgar nulo o auto de infração 2019/001092, sem análise de mérito. O advogado Aldecimar Sperandio 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 e Edson José Ferraz. Presidiu a sessão de julgamento aos quatro dias do mês de outubro de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

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

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

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