|  |  |
| --- | --- |
| **ACÓRDÃO No:** | **302/2018** |
| PROCESSO No: |  2016/6270/500105 |
| AUTO DE INFRAÇÃO No: | 2016/000522 |
| RECURSO VOLUNTÁRIO No: | 8.550 |
| RECORRENTE: | MERIDIONAL COMÉRCIO DE MÁQUINAS AGRICOLAS LTDA |
| INSCRIÇÃO ESTADUAL:RECORRIDA: | 29.398.471-9FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |

**EMENTA**

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. VALOR AGREGADO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE – É nula a reclamação que exige ICMS - Substituição Tributária, quando constatado nos autos que a margem de lucro agregada no levantamento fiscal diverge do exigido na legislação, ocasionando erros e inconsistências, cerceando a defesa do contribuinte em conformidade com os arts. 28, inciso II, e 29, ambos da Lei 1.288/2001.

**RELATÓRIO**

Versa a autuação sobre exigência de ICMS Substituição Tributária, campos 4, 5, 6, 7 e 8, referente a recolhimento a menor, nas importâncias de: R$ 18.533,51 (dezoito mil, quinhentos e trinta e três reais e cinquenta e um centavos) R$ 35.555,69 (trinta e cinco mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e nove centavos) R$ R$ 119.336,55 (cento e dezenove mil, trezentos e trinta e seis reais e cinquenta e cinco centavos) R$ 29. 819,75 (vinte e nove mil, oitocentos e dezenove reais e setenta e cinco centavos) e R$ 228.365,52 (duzentos e vinte e oito mil, trezentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e dois centavos) respectivamente, constatado por intermédio do Levantamento do ICMS Substituição Tributária, anexo.

Intimado via postal, o sujeito passivo comparece aos autos apresentando impugnação intempestiva de fls. 488/495, alegando que a quase totalidade das mercadorias por ele comercializada, estão inclusas no anexo 21 do RICMS, portanto sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária quando das entradas, e que a empresa tem, em seu departamento fiscal, empregados treinados na identificação, cálculo e emissão de guias, nota por nota, para o recolhimento desse tributo.

Alega que em todos os períodos levantados pelo nobre auditor, houve diversos erros no levantamento do ICMS Substituição Tributária, utilização de alíquotas de ICMS errôneas, MVA incorreto, a não redução da base de cálculo nas aquisições de peças com os NCM’s contemplados pelo Anexo II do convênio ICMS 52/91 e inclusão de notas fiscais de aquisição de equipamentos.

No intuito de apontar os diversos erros no referido auto de infração, em todos os períodos levantados, relaciona alguns documentos fiscais por amostragem, tendo em vista o grande numero de notas fiscais levantadas pelo auditor, onde constata-se diferença calculada a maior ou indevida.

Ao final, requer a anulação do auto de infração. Anexa documentos de fls. 496/648.

O julgador de primeira instância, em despacho às fls. 651/652, solicita a remessa dos autos ao autor do lançamento, para que manifeste quanto às alegações da impugnante e no caso de alterações do auto de infração, fazer termo de aditamento.

Em atendimento ao solicitado, o autor do lançamento emite parecer às fls. 654/658, discordando dos argumentos da impugnante,alega que conferindo os produtos objeto das notas fiscais relacionadas no levantamento que originou o auto de infração, os mesmos não fazem parte do anexo II do convenio 52/91, e não estão sujeitos a redução da base de cálculo como argumenta a autuada, por esse motivo, entende que não há erros no trabalho elaborado e nem a necessidade de efetuar correção na peça inicial.

O julgador de primeira instância em decisão às fls. 661/668, conhece da impugnação apresentada, por ser tempestiva, e que por erro na identificação dos prazos processuais pela Supervisora da Agencia de Atendimento, foi declarada a revelia do sujeito passivo, porém, nega-lhe provimento e julga procedente o auto de infração, por entender que a defesa do sujeito passivo apresenta de forma superficial informações (amostragens) sobre possíveis erros na elaboração dos levantamentos fiscais feito pela auditoria fiscal.

Enquanto que o autor do lançamento contradita de forma eficaz as argumentações da defesa, não deixando dúvidas sobre a metodologia aplicada para os cálculos do imposto devido por substituição tributária, principalmente, relativo à falta da redução da base de cálculos para as mercadorias de origem do Anexo II do Convênio ICMS nº 52/1991, alegado pelo sujeito passivo.

As demais argumentações de possíveis erros na formação da base de cálculo para cobrança da diferença apurada foi devidamente contestado pelo autuante.

Notificada via postal da decisão de primeira instância e parecer da Representação Fazendária, a autuada apresenta recurso de fls. 671/673 a este conselho, alegando que a base deste recurso é sustentada todo no anterior, objeto de julgamento já proferido em decisão de primeira instância.

Reforça o questionamento de que não foram observadas as implicações legais expostas pelo Regulamento do ICMS do Estado, no tocante à aplicação do regime de substituição tributária, mencionado nos artigos 61 do Regulamento do ICMS, e descrito no item 11 do Anexo XXI, anexa documentos de fls. 679/691.

Conclui, solicitando o cancelamento do auto de infração, em virtude das inconsistências apresentadas, demandando novo levantamento fiscal elegendo novo auditor fiscal para proferir as diligências.

A Representação Fazendária em parecer às fls. 693/696, aduz que da análise dos levantamentos fiscais elaborados pelo auditor, constata-se apenas um equivoco ocorrido no período de 2.013, em que foi aplicado o VA de 78,83%, quando o correto é a aplicação do VA de 69,21%, que resultou num crédito cobrado a maior no valor de R$ 353,63, campo 6.11 do auto de infração.

Diante do exposto, manifesta pela reforma da sentença de primeira instância, que julgou procedente em sua totalidade o auto de infração, para julgar procedente em parte, condenando o sujeito passivo ao pagamento de R$ 15.533,51 do campo 4.11, R$ 35.555,69 do campo 5.11, 1, R$ 29.819,75 do campo 7.11, R$ 228.365,52 do campo 8.11 e R$ 118.985,92 parte do campo 6.1 absolvendo do pagamento o valor de R$ 350,63.

Em sessão plenária realizada no dia nove de março de 2018, decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, converter o julgamento em diligência, conforme Resolução nº 001/2018 às fls. 701, para que o sujeito passivo apresente levantamento apontando divergências no cálculo da substituição tributária (por fidelidade), bem como demonstre também quais produtos não estejam sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme consta do recurso voluntário, no prazo de 60 dias.

A autuada em resposta à Resolução 001/2018, comparece aos autos (fls. 702/713) onde esclarece que os recolhimentos do ICMS ST foram recolhidos nos termos do art. 61 do Regulamento do ICMS, Anexo XXI, Protocolo 97/10 e o Convenio 52/91, demonstrando por intermédio de planilhas as falhas cometidas pelo autor do lançamento, ao deixar de reduzir base de cálculo, utilização incorreta de VA, inclusão de produtos não sujeitos ao regime da ST e outros.

A Representação Fazendária em sua manifestação às fls. 731/732, conclui que pelos dados ora trazidos aos autos razão assiste ao sujeito passivo, pois ficou evidenciado que o autuante deixou de observar a legislação tributária estadual, além de elaborar levantamentos com erros e omissões, não demonstrando com certeza e exatidão o valor correto do imposto a ser recolhido pelo sujeito passivo, com isto, o auto de infração não atende aos pressupostos do inciso IV, do art. 35, da Lei 1.288/2001, acarretando cerceamento da defesa. Manifesta pela reforma da sentença singular, para julgar nulo por cerceamento da defesa o auto de infração nº 2016/000522.

É o Relatório.

**VOTO**

A presente lide se configura pela exigência de crédito tributário referente ICMS Substituição Tributária recolhida a menor, referente aos exercícios de 2011 a 2015.

A infração tipificada como infringida foi o art. 44, inciso IX, da Lei 1.287/2001.

Em sua defesa, o sujeito passivo, alega que o auditor laborou em erro no seu levantamento ao aplicar VA diferente do exposto na legislação, além de incluir no mesmo, documento fiscal que acoberta produtos não sujeitos à substituição tributária.

O autor do lançamento, após diligencia, contesta as alegações do sujeito passivo.

Dessa forma o julgador singular, decide pela procedência da exigência tributária.

A Representação Fazendária, em seu parecer, ratifica a decisão singular.

Em sessão plenária, este egrégio Conselho decidiu converter o julgamento em diligência, em atendimento a solicitação do sujeito passivo.

Atendido o solicitado em diligência, o processo foi remetido à Representação Fazendária, que em parecer conclui que o autuante cometeu erros e omissões no seu levantamento, causando cerceamento de defesa do autuado.

 Analisando os documentos anexados aos autos, bem como o parecer da Representação Fazendária, ficou evidenciado que o auditor no seu levantamento fiscal procedeu de forma inapropriada não aplicando o VA correspondente aos produtos, que mediante contrato de fidelidade entre o remetente e o destinatário, tem índice de valor agregado específico, diferenciado das operações normais, conforme dispõe a Legislação.

Nota-se que nos levantamentos efetuados pelo agente do fisco, o Valor Agregado (VA) utilizados divergem daqueles previstos na legislação, sem contar com a possível existência de alguns produtos que não são sujeitos à substituição tributária, inclusos no referido levantamento.

Desta forma, entendo que está correta a da Representação Fazendária, em concordar com os argumentos da impugnante pedindo a nulidade do auto de infração e a reforma da decisão singular, por estar caracterizado o cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 28, inciso II e art. 35, inciso IV, ambos da Lei 1.288/2001, conforme a seguir:

**Art. 28.** É nulo o ato praticado:

(...)

II - com cerceamento de defesa;

 Assim, das provas carreadas aos autos, entendo que a exigência fiscal ficou fragilizada e devem ser nulificados os trabalhos, para que em outra oportunidade possam ser refeitos, conforme requer a própria autuada, ou melhor avaliados.

Diante do exposto, voto reformando a decisão de primeira instância, que julgou procedente a exigência tributária, para julgar nulos os campos 4, 5, 6, 7 e 8 do auto de infração nº 2016/000522, sem análise de mérito.

É como voto.

**DECISÃO**

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade da reclamação tributária por erro no demonstrativo do crédito tributário, arguida pelo representante fazendário e julgar extinto o processo sem análise de mérito. O Representante Fazendário João Alberto Barbosa Dias fez sustentação oral pela Fazenda Pública e solicitou o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya, Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Heverton Luiz de Siqueira Bueno e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento aos treze dias do mês de setembro de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e um dias do mês de dezembro de 2018.

Suzano Lino Marques

Presidente

Luiz Carlos da Silva Leal

Conselheiro relator,