



<b>ACÓRDÃO Nº:</b>	<b>025/2019</b>
PROCESSO Nº:	2016/6440/500001
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.966
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/000139
INTERESSADO:	AUTO POSTO COIMBRA LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.039.092-3
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

## EMENTA

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA FORMAL. LEVANTAMENTO COM IMPRECISÃO E FALTA DE CLAREZA. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando o levantamento fiscal conter imprecisão e falta de clareza, causando o cerceamento de defesa pelo descumprimento dos requisitos previsto no inciso IV e § 2º do art. 35, da Lei 1.288/01.

## RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário por meio do auto de infração nº 2016/000139, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente a MULTA FORMAL devido a omissão de saídas de mercadorias sujeitas a substituição tributária (já retida na entrada), saídas estas efetuadas sem a emissão de notas ou cupons fiscais. Também por falta de recolhimento do ICMS substituição entrada – operações externas, referentes às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sem documentação fiscal, conforme constatado por meio do levantamento específico e seus anexos, nos seguintes contextos:

Campo 4.11 - no valor de R\$ 410.977,00 (quatrocentos e dez mil, novecentos e setenta e sete reais);

Campo 5.11 - no valor de R\$ 34.214,98 (trinta e quatro mil, duzentos e quatorze mil e noventa e oito centavos);

Campo 6.11 – no valor de R\$ 7.143,85 (sete mil, cento e quarenta e três reais e oitenta e cinco centavos);

Campo 7.11 - no valor de R\$ 8.436,04 (oito mil, quatrocentos e trinta e seis reais e quatro centavos);





Campo 8.11 - no valor de R\$ 21.169,68 (vinte e um mil, cento e sessenta e nove reais e sessenta e oito centavos);

Campo 9.11 – no valor de R\$ 51.606,50 (cinquenta e um mil, seiscentos e seis reais e cinquenta centavos);

Foram anexados aos autos às fls 05/260, Termo de aditamento, termo de chaveamento (hash) de arquivo em mídia digital, CD em mídia digital, notificação para fins de auditoria, pesquisa no SPD de relatórios de entradas, saídas e apuração, ato cotepe/pmpf 11 e 12, GIAM, levantamento específico, cópias de livros fiscais e SPED/OIE/EFD.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal em 15/02/2016 (fls.261), para apresentar impugnação ou pagar o crédito tributário reclamado, compareceu ao processo, nos termos do Art. 20 da Lei 1.288/01 (redação dada pela Lei 2.521/11).

O Sujeito passivo compareceu aos autos (fls. 263/297) com a impugnação aos autos alegando que a empresa compra 100% de suas mercadorias com substituição tributárias, várias intervenções nos equipamentos de cupom fiscal, conforme registrado no livro de ocorrência, livro de movimentação de combustível, emissão manual nos blocos de série D-1 e D-2, GIAM onde constam os valores de compra e venda, registrado no site da SEFAZ-TO, não concorda com a auditoria utilizar de apenas uma ferramenta à sua disposição para imputar diferenças que não constam na contabilidade e nem da escrita fiscal. Considerar falta de apresentação ou informação, sem informar qual seria, tira o direito da ampla defesa. Solicita nova fiscalização, onde deve ser considerado todas as paralisações do ECF (fls.263/297).

O julgador de primeira instância comparece ao feito e através do Despacho nº 092/2017 – CAT/JPI/JCM e devolve os autos ao autor do procedimento (fls.300/301) para manifestar sobre os argumentos da impugnação e confrontar as informações do levantamento com os registros fiscais do contribuinte.

O auditor autor dos procedimentos em sua manifestação pós impugnação (fls.302/303), esclarece que o levantamento específico foi realizado mediante confrontação de dados constantes dos registros fiscais do contribuinte. Que não mencionou as notas D-1 e D-2 no levantamento, porque todas as notas fiscais deste modelo, refere-se a um cupom fiscal correspondente. Que utilizou uma única fonte (ECF), sendo legítimo esta opção, onde identificou as saídas de mercadorias descritas em GIAM e EFD. E se dados obtidos da memória fiscal dos equipamentos dos ECF não sejam confiáveis em razão de algum problema técnico, não tem competência técnica ou atribuição legal para fazer diligência ou conclusão a respeito.





Intimado o sujeito passivo sobre o parecer do autor do procedimento, ratifica a defesa já apresentada, alegando que o autor do procedimento não respondeu objetivamente nenhuma das questões levantadas na defesa previa do auto de infração. Que no levantamento específico realizado não considerou as notas fiscais D-1 e D-2 que foram emitidas no período em que as ECF encontravam na assistência técnica autorizada pela fábrica e com autorização previa do Estado, conforme ocorreram nos dias 05/01/2011, 18/05/2011 as notas fiscais nº 029701 a 029714. Na defesa apresenta anterior constam que foram emitidas em 22/05/2011 a 09/06/2011 as notas fiscais D-1 de nº 029851 a 29800 que também não foram consideradas no levantamento fiscal. Mesmo com a lavratura do Termo de Aditamento, ainda não ficou correto o levantamento. Não interessa a empresa deixar de emitir, sendo que suas mercadorias são todas com substituição tributária nas entradas. Nas omissões de entradas, quais foram as notas fiscais emitidas para empresas de fornecedores que não foram registradas, quais são esses produtos. Assim deixou de considerar várias variantes, provocando margem de dúvida, pois os valores consignados no Auto de Infração e no Termo de Aditamento, ferindo o princípio de ampla defesa do contribuinte. Ainda consta registro no livro de registro de utilização, paralisação da ECF nos dias 05/05/2011, 22/05/2011 até 19/09/2011 por vários motivos operacionais. Novamente nos dias 27/07/2013 a 07/10/2013, comprovado através de cópias do livro e notas fiscais de intervenção. Em razão de todos os problemas que foram mencionados nas ECF, utilizar somente desta fonte para realizar um levantamento específico, sem considerar as notas fiscais de séries D, D-1 e D-2, sendo que poderia utilizar outras fontes a sua disposição, como site da SEFAZ-TO, livro de movimentação de combustíveis, GIAM, dentre outras ferramentas. Portanto, “erro de fato não constitui fato gerador de imposto”, dessa maneira tira o direito da AMPLA DEFESA, solicita que seja feita uma nova fiscalização, considerando todos os argumentos já mencionados e em anexos documentos (fls. 306/330).

Na sentença de Primeira Instância, o julgador nos fundamentos de fato e de direito, que o auto de infração 2016/000139, consta que a infração apurada foi por omissão de registro de saída sem a respectiva emissão do documento fiscal e omissão de entradas sem recolhimento da substituição tributária para os exercícios de 2011 a 2013, sem uma análise mais aprofundada para comprovação dos créditos tributários apontados na elaboração dos trabalhos, poderá haver falhas no levantamento por serem elaborados somente por informações eletrônicas (ECF), sem verificação nos registros fiscais do contribuinte.

O auto de infração não atende os requisitos mínimos exigidos em uma autuação, conforme determina a legislação tributária, principalmente no que dispõe o inciso IV do art. 35 da Lei 1.288/01, sugiro que se faça uma nova auditoria fiscal no contribuinte, em razão das infrações cometidas pelo sujeito passivo não estarem clara, precisa e não conter em anexo os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentou.





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.

Desta forma, está caracterizada a nulidade do auto de infração por erro na determinação da infração, nos termos do que preceitua o art. 28, inciso II e IV da Lei nº 1.288/01.

Art. 28. É nulo o ato praticado:

II - com cerceamento de defesa;

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade de prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora possa analisar, desde que faça transladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal e por força do Art. 393 do CPC, a que se aplica subsidiariamente, só poderá ser questionado um levantamento fiscal, com outro procedimento de igual teor, indicando os erros e enganos porventura cometidos e provados devidamente.

No presente caso, concordo com a peça impugnatória do sujeito passivo, deixando de acatar a manifestação do autor dos procedimentos. Os autos não estão aptos e ou, suficientes, para demonstrar a materialidade do ilícito denunciado na inicial, tampouco para dar sustentabilidade à acusação. Portanto, a presente acusação carece de mais evidências substancial, ou seja, a convergência de outros elementos materiais, no sentido de demonstrar ou evidenciar satisfatoriamente a materialidade do ilícito denunciado, impossibilitando emitir termo de aditamento para sanar as irregularidades apontadas.

Finalmente, por entender que os elementos de provas carreados aos autos na impugnação, foram suficientes para demonstrar incerteza e insegurança aos fatos denunciados na inicial. O auditor do procedimento em seu parecer ratificou seu lançamento, não foi esclarecedor das falhas apontadas na impugnação. Deixou de analisar e fazer uma conferência mais aprofundada dos documentos apresentado e dos fatos narrados pelo sujeito passivo

Sendo assim, entendo que o levantamento elaborado não está de acordo com as técnicas de auditoria e em desacordo com os requisitos estabelecidos na legislação tributária estadual, e na falta de documentos comprobatórios dos fatos em que fundamentar e a consequente nulidade do auto de infração no termo do disposto no art. 28, inciso II, da Lei nº 1.288/01.





Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, deu-lhe provimento e declarou NULO o auto de infração nº 2016/000139 (fls.02/04) e Termo de Aditamento (fls.05/06), conforme disposto no artigo 29 da Lei nº 1.288/01. Em virtude da nulidade, não foi analisado o mérito deste contencioso, conforme valores indicados nos campos abaixo:

Campo 4.11 - no valor de R\$ 410.977,00 (quatrocentos e dez mil, novecentos e setenta e sete reais);

Campo 5.11 - no valor de R\$ 34.214,98 (trinta e quatro mil, duzentos e quatorze mil e noventa e oito centavos);

Campo 6.11 – Termo de Aditamento no valor de R\$ 7.143,85 (sete mil, cento e quarenta e três reais e oitenta e cinco centavos);

Campo 7.11 - no valor de R\$ 8.436,04 (oito mil, quatrocentos e trinta e seis reais e quatro centavos);

Campo 8.11 - no valor de R\$ 21.169,68 (vinte e um mil, cento e sessenta e nove reais e sessenta e oito centavos);

Campo 9.11 – Termo de Aditamento no valor de R\$ 51.606,50 (cinquenta e um mil, seiscentos e seis reais e cinquenta centavos);

Submete a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos da Lei 3.018/2015. Mais

A Representação Fazendária em seu parecer, considera a sentença adequada para o processo em pauta, haja vista que foi prolatada em consonância com os argumentos lógicos e legais ofertados pela impugnação, conforme a legislação vigentes e documentos probantes, inclusos no anexo.

Em uma análise singela, considera que configura mais uma situação de improcedência do feito, por insegurança na materialização dos fatos denunciados.

Finalmente manifesta pela adequação da decisão exarada na sentença em reexame, entende ser mais oportuna para uma decisão de mérito pela improcedência do feito, ou alternativamente, a manutenção da decisão singular, possibilitando o refazimento dos trabalhos de auditoria.

É o Relatório.

**VOTO**





A presente lide se refere à exigência de multa formal, devido à omissão de saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária (já retida na entrada), saídas estas efetuadas sem a emissão de notas fiscais ou cupons fiscais. Também por falta de recolhimento do ICMS substituição entrada – operações externas, referentes às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sem documentação fiscal, conforme constatado por meio de levantamento específico e seus anexos, nos exercícios de 2011, 2012 e 2013.

O julgador de primeira instância, julgou que o auto de infração não atende os requisitos mínimos exigidos em uma autuação, conforme determina a legislação tributária, principalmente no que dispõe o inciso IV do art. 35 da Lei 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.

§ 1º Na formalização do crédito tributário por sistema de processamento de dados é dispensada a assinatura do autor do procedimento.

§ 2º Quando mais de uma infração for atribuída ao mesmo sujeito passivo ou responsável, as exigências podem ser formuladas em um só instrumento, desde que alcance e individualize todos os tributos, as infrações e os exercícios, apurados pelo mesmo tipo de levantamento fiscal.

Desta forma, está caracterizada a nulidade do auto de infração por não conter demonstrativos do crédito tributário e documentos comprobatórios, nos termos do que preceitua o art. 28, inciso II e da Lei nº 1.288/01.

Art. 28. É nulo o ato praticado:

I (.....)

II – com cerceamento de defesa;

Sendo assim, entendo que o levantamento elaborado não está de acordo com as técnicas de auditoria e em desacordo com os requisitos estabelecidos na legislação tributária estadual, e na falta de documentos comprobatórios dos fatos em que fundamentar e a consequente nulidade do auto de infração no termo do disposto no art. 28, inciso II e IV da Lei nº 1.288/01.





Diante do exposto, conheço do reexame necessário, nego-lhe provimento para confirmando a decisão de primeira instância, julgar nulas as reclamações tributárias constantes do auto de infração 2016/000139 e extinto o processo sem análise de mérito.

É como voto

## **DECISÃO**

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por maioria, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nula as reclamações tributárias constante do auto de infração 2016/000139 e extinto o processo sem análise de mérito. Os conselheiros Osmar Defante e Maria das Graças Vito da Silva Veloso votaram pela improcedência do auto de infração. O Representante Fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Sani Jair Garay Naimayer, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya, Maria das Graças Vito da Silva Veloso e Heverton Luiz de Siqueira Bueno. Presidiu a sessão de julgamento aos dezoito dias do mês de outubro de 2018, o conselheiro Luiz Carlos da Silva Leal.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas – TO, aos oito dias do mês de fevereiro de 2019.

Suzano Lino Marques  
Presidente

Sani Jair Garay Naimayer  
Conselheiro relator

