

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	137/2019
PROCESSO Nº:	2017/6640/500892
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	4.027
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/002497
RECORRIDA:	PINHEIRO E SANTOS LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.418.838-0
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. ERRO NA ELABORAÇÃO DO LEVANTAMENTO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando há erro na elaboração do levantamento.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, através do auto de infração 2017/002497, nos quadros 4.11 no valor originário de R\$ 34.424,60 e 5.11 no valor originário de R\$ 165.284,71, totalizando R\$ 199.709,31, referente à falta de estorno de créditos do ICMS.

A infração observada em ambos os contextos, o art. 44, inciso X da Lei 1.287/01, art. 37 § 1º da Lei 1.287/2001, C/C art. 30, inciso V do RICMS – Decreto 2912/2006. A penalidade aplicada foi art. 48, Inciso IV, alínea “E” da Lei 1.287/001 (redação dada pela Lei 2.253/09)

Foram aos autos levantamento básico do ICMS, livro de registro de apuração do ICMS e CD-ROM (fls. 04/17). O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por ciência direta, apresentando impugnação, tempestivamente, (fls. 22/34) alegando que as notas fiscais elencadas no levantamento não são créditos que deveriam sofrer seu estorno na proporção de 58,82%, mas sim 29,41%

Pontua ainda, que a auditora confunde a redução ao se atentar à alíquota expressada na nota fiscal e não em relação à tributação dos produtos



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS**

em âmbito interno estadual; que se pode observar na lista de DANFE's anexo ao CD, onde as mesmas mercadorias têm sua tributação com alíquota de 17%, o que se permitia uma redução de 29,41%, reduzindo assim a 12% a exação tributária sobre tais mercadorias; que o levantamento se deu apenas em relação às notas fiscais eletrônicas e não em relação às mercadorias; que a redução de 29,41% ou 58,82% deve se dar em relação à tributação interna de cada mercadoria e não pela sua origem; que a falta de requisitos obrigatórios no auto de infração implica em sua nulidade; que o ato praticado pelo fiscal deve cair por terra, por ser claro o erro na formação da base de cálculo.

Conclui que o desrespeito ao art. 28 da Lei nº 1.288/01 é latente, uma vez que a irregularidade no levantamento cerceia a defesa do autuado. Fez juntada de auto de infração, levantamento básico do ICMS, documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas, contrato social, procuração e CD-ROM (fls. 35/53).

O processo foi devolvido à Agência de Atendimento (fls. 54), que notificou o sujeito passivo a apresentar todos os DANFE's do exercício em mídia eletrônica. Com isto, foi anexado CD-ROM às fls. 59.

A Julgadora de primeira instância, em sua sentença às fls. 60/62, nos fundamentos de fato e de direito assim pronunciou:

O sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, a intimação é válida, a impugnação é tempestiva e apresentada por advogado legalmente constituído, nos termos da legislação tributária.

A autuante identificada no campo 6 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário.

Preliminarmente, a impugnante afirma que, na elaboração do levantamento básico do ICMS que deu suporte à autuação, os estornos de 29,41% e 58,82% foram efetuados com base nas alíquotas praticadas nos Estados de origem das mercadorias e não na tributação interna no Estado do Tocantins, para cada produto.

De fato, razão assiste à autuada. O levantamento às fls. 04 demonstra dois resultados de aproveitamento indevido (campos 26 e 27), um para redução de 29,41% e outro para redução de 58,82%. Contudo, pelo levantamento, não é possível detectar de onde foram extraídos e apurados tais



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

valores, pois as reduções de base de cálculo dependem do tipo de mercadoria que é comercializada pela empresa e não pela alíquota destacada no documento fiscal pelo emitente.

A defendente junta aos autos CD-ROM (fls. 59), onde se observam que existem documentos fiscais cujas mercadorias possuem redução de 29,41%, mas a alíquota destacada na nota fiscal é de 7%, o que corrobora a existência de erro na elaboração do levantamento, fato que acarreta cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Com isto, entendeu que está caracterizada a nulidade do auto de infração, nos termos em que preceitua o art. 28, inciso II da Lei nº 1.288/2001, em decorrência dos motivos acima descritos, visto que o levantamento que embasou a autuação está eivado de vícios. Em razão da nulidade não foi analisado o mérito deste contencioso.

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins tem decisão sobre o assunto:

ACÓRDÃO Nº.: 141/2017 - EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE RECEITAS. OPERAÇÃO COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. CERCEAMENTO A DEFESA. NULIDADE - É nula a reclamação tributária quando apoiada em levantamento fiscal elaborado com erro e, ou falta de clareza, caracterizado o cerceamento a defesa.

Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, concedeu-lhe provimento e julgou NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2017/002497:

Campo 4.11 - no valor de R\$ 34.424,60 (trinta e quatro mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e sessenta centavos) e

Campo 5.11 - no valor de R\$ 165.284,71 (cento e sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e quatro reais e setenta e um centavos).

A Representação Fazendária, em seu parecer às fls. 63/64, em reexame necessário, recomenda a confirmação da decisão de primeira instância.

É o Relatório



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

VOTO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, através do auto de infração 2017/002497, nos campos 4.11 no valor originário de R\$ 34.424,60 e 5.11 no valor originário de R\$ 165.284,71, totalizando R\$ 199.709,31, referente à falta de estorno de créditos do ICMS. A infração observada em ambos os contextos, o art. 44, inciso X da Lei 1.287/01, art. 37 § 1º da Lei 1.287/2001, c/c art. 30, inciso V do RICMS – Decreto 2912/2006. A penalidade aplicada foi art. 48, Inciso IV, alínea “e” da Lei 1.287/001 (redação dada pela Lei 2.253/2009).

Preliminarmente, a impugnante afirma que, na elaboração do levantamento básico do ICMS que deu suporte à autuação, os estornos de 29,41% e 58,82% foram efetuados com base nas alíquotas praticadas nos Estados de origem das mercadorias e não na tributação interna no Estado do Tocantins, para cada produto. De fato, razão assiste à autuada. O levantamento às fls. 04 demonstra dois resultados de aproveitamento indevido (campos 26 e 27), um para redução de 29,41% e outro para redução de 58,82%. Contudo, pelo levantamento, não é possível detectar de onde foram extraídos e apurados tais valores, pois as reduções de base de cálculo dependem do tipo de mercadoria que é comercializada pela empresa e não pela alíquota destacada no documento fiscal pelo emitente.

Com isto, entendo que está caracterizada a nulidade do auto de infração, nos termos em que preceitua o art. 28, inciso II da Lei nº 1.288/2001, em decorrência dos motivos acima descritos, visto que o levantamento que embasou a autuação está eivado de vícios.

Art. 28. É nulo o ato praticado:

[...]

II – com cerceamento de defesa;

Em razão da nulidade não foi analisado o mérito deste contencioso. O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins tem decisão sobre o assunto:

ACÓRDÃO Nº.: 141/2017 - EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE RECEITAS. OPERAÇÃO COM CARTÃO DE CRÉDITO E



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS**

DÉBITO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. CERCEAMENTO A DEFESA. NULIDADE - É nula a reclamação tributária quando apoiada em levantamento fiscal elaborado com erro e, ou falta de clareza, caracterizado o cerceamento a defesa.

Diante do exposto, em reexame necessário, julgo NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2017/002497, confirmando a decisão singular:

Campo 4.11 - no valor de R\$ 34.424,60 (trinta e quatro mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e sessenta centavos) e

Campo 5.11 - no valor de R\$ 165.284,71 (cento e sessenta e cinco mil, duzentos e oitenta e quatro reais e setenta e um centavos).

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 nulo o auto de infração. Votos divergentes dos conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal e Marcélio Rodrigues Lima. O representante fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e solicita nova auditoria dos trabalhos, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Valcy Barbosa Ribeiro, Juscelino de Oliveira Cesar, Fernanda Teixeira Halum e Marcélio Rodrigues Lima. Presidiu a sessão de julgamento aos treze dias do mês de agosto de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos dezoito dias do mês de dezembro de 2019.

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Sani Jair Garay Naimayer
Conselheiro relator

