

SECRETARIA DA
**FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

GOVERNO DO
**ESTADO DO
TOCANTINS**



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

ACÓRDÃO Nº	012/2020
PROCESSO Nº:	2017/6040/500321
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.703
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/000072
RECORRENTE:	O & M MULTIVISÃO COM. EIRELI - EPP.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.413.237-6
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. EMISSÃO DE NOTAS SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. ERRO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE - É nula a reclamação tributária que não estabelece relação exata com a descrição da infração e a tipificação legal.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário por meio do auto de infração nº 2017/000072 contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente o registro de operações tributadas como não tributadas nos livros de saídas e apuração do ICMS, deixando de registrar e recolher o ICMS, conforme demonstrado no levantamento básico do ICMS, no período de 01/01/2016 a 31/12/2016.

Foram anexados aos autos: Nota explicativa do autor do procedimento, levantamento básico do ICMS, planilha de lançamentos de ofício, Planilha nº 1- (lista de notas fiscais emitidas em desacordo com o artigo 2º LXXX do decreto nº 2.912/2006 – RICMS para órgãos que não pertencem a administração pública estadual direta, autarquias e fundações), Planilha nº 2 – (lista de notas fiscais emitidas em desacordo com o artigo 2º LXXX do decreto nº 2.912/2006 – RICMS para órgãos da administração pública estadual direta, autarquias e fundações sem concessão de desconto e sem recolhimento de ICMS), relatório de arrecadação por contribuinte, BIC, consulta ao portal da transparência, DANFE, comprovante de inscrição e de situação cadastral, registro fiscais da apuração do ICMS – operações





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

próprias, registros fiscais dos documentos de entradas de mercadorias e aquisição de serviços (fls.04/396).

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal em 07/03/2017 (fls.398), para apresentar impugnação ou pagar o crédito tributário reclamado e apresenta impugnação tempestiva em 05/04/2017 (fls.399/411), alegando preliminarmente a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, por não constar no auto de infração de que se trata de operação de vendas de mercadorias destinadas a órgãos da administração pública estadual direta, suas autarquias e fundações, sem o devido destaque do desconto do ICMS, regulamento pelo decreto nº 4.222/2010, conforme convenio ICMS Nº 26/03 e 88/10.

Por insegurança na determinação da infração, onde descreve que registrou operações tributadas como não tributadas e os dispositivos infringidos referem-se ao cumprimento de obrigações acessórias. No mérito, alega que não foi apresentado nenhuma planilha com cálculos que demonstram efetivamente que o imposto incidente em cada operação realizada pela impugnante, não está incluso no valor total da venda. Para confirmar se o imposto está deduzido do valor do preço de venda, necessário catalogar todos os custos diretos e indiretos que compõem os preços de vendas dos produtos. Assim apresenta uma exemplificação de cálculo da margem de lucro bruto de duas operações realizadas pela impugnante. Pede a nulidade do auto de infração por terem realizadas todas as operações na forma do artigo 2º, inciso LXXX RICMS, conforme determina a legislação.

A Julgadora de primeira instancia relata que a pretensão fiscal está amparada no artigo 44 e suas alterações, incisos II e III da Lei 1.287/01. O sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, a intimação é válida, por cumprirem os mandamentos do art. 22 da Lei nº 1.288/01, a impugnação ao auto de infração é tempestiva por ser apresentada dentro do prazo legal previsto no art. 26 da Lei nº 1.288/01 e foi apresentada pelo próprio contribuinte nos termos do caput do art. 20 da Lei nº 1.288/01.

Para tornar mais claras as informações contidas na descrição da infração constadas (contexto 4.1), foram anexadas ao auto de infração NOTA EXPLICATIVA e duas planilhas autoexplicativas que podem ser entendidas facilmente pelo sujeito passivo, onde deixa claro a intenção do autor dos procedimentos. Além do levantamento básico do ICMS, planilha de lançamentos de ofício, relatório de arrecadação por contribuinte, BIC, consulta ao portal da transparência, DANFE, comprovante de inscrição e de situação cadastral, registro fiscais da apuração do





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ICMS – operações próprias, registros fiscais dos documentos de entradas de mercadorias e aquisição de serviços.

Na planilha nº 1, foram discriminadas as notas fiscais emitidas para órgãos públicos federais, municipais e empresas privadas, portanto, não faz jus a isenção prevista no artigo 2º, LXXX do RICMS, apresenta com o código de situação tributária 400 (mercadoria de origem nacional tributada integralmente), não há qualquer destaque ou pagamento do ICMS e em boa parte trazem erroneamente em suas informações complementares, de que a operação está amparada pela isenção acima citada.

Na planilha nº 2, foram relacionadas as notas fiscais emitidas para órgãos públicos estaduais e trazem em suas informações complementares de que a operação está amparada pela isenção prevista no artigo 2º, LXXX, aprovado pelo decreto nº 2.912/2006, apresenta com o código de situação tributária 400 (mercadoria de origem nacional tributada integralmente), não há destaque ou pagamento do ICMS, nem tão pouco o desconto citado no artigo de isenção acima. Também apresenta o valor total dos produtos igual ao valor total da nota, descaracterizando a aplicação de qualquer espécie de desconto. Aliado a isto, nos extratos de despesas pagas disponíveis no portal da transparência do Estado, o valor recebido pela empresa é o mesmo valor total das mercadorias constantes nas notas fiscais. No livro de apuração do ICMS não foi estornado qualquer valor como dispõe o artigo 30, inciso I, do RICMS no caso de isenção. Com base nestas informações, fica claro que estas operações deveriam ser tributadas normalmente e ter seu ICMS recolhido.

Com relação ao cerceamento do direito de defesa da insegurança jurídica na determinação da infração e os dispositivos legais infringidos, foi saneado com a emissão da NOTA EXPLICATIVA (fls.04/05), tornando-os mais claros e objetivos o contexto da infração e quanto a descrição da infração, atende perfeitamente a violação da legislação tributária e o RICMS. Assim sendo, REJEITOU todas as preliminares de nulidade arguida pelo sujeito passivo, entendeu que o processo administrativo tributário cumpre na íntegra todos os requisitos do artigo 35 da lei 1.288/2011, todos foram observados, afastando a nulidade alegada pela impugnante. A pretensão fiscal encontra respaldo na legislação tributária, tipificada no auto de infração nº 2017/000072, assim como a penalidade proposta está de acordo com o ilícito fiscal descrito no auto de infração.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Que o autuante identificou que sujeito passivo praticou vendas de mercadorias como isentas em desacordo com legislação tributária, uma vez que o mesmo perdeu o direito do benefício fiscal em virtude de não ter cumprido como que determina a legislação tributária estadual, ou seja, não efetuou as observações nos campos das notas fiscais emitidas aos órgãos públicos, conforme preceitua o Art. 2º inciso LXXX do RICMS decreto nº 2.912/06.

Desta forma e com base na legislação vigente, considerando a documentação fiscal juntada aos autos, que por si só comprova que o contribuinte cometeu infrações devidamente qualificadas pelo autor do procedimento. Os demonstrativos dos créditos tributários, bem como as informações apresentadas são suficientes para comprovação da infração cometida. Assim, não restando dúvida que os argumentos do sujeito passivo não devem prosperar, pois, o lançamento atende o que dispões a legislação tributária, cumprindo na integra os requisitos do art. 35 da lei 1.288/2001 e suas alterações. O sujeito passivo em sua impugnação, apenas manifesta de forma superficial e não produz provas para contraditar a ocorrência do fato gerador.

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 entanto, na oportunidade em que comparece aos autos não apresenta qualquer elemento de prova capaz de ilidir o lançamento fiscal, deixando de atender a disposição contida no inciso I do art. 45 da Lei 1.288/2001. Neste caso, entendeu que a reclamação tributária está amparada na inicial, o trabalho realizado está correto e a razão assiste ao fisco estadual, não deixando nenhuma dúvida em relação à infração cometida. Os documentos produzidos e anexados aos autos, que por si só comprovam que o contribuinte cometeu infrações devidamente qualificadas pelo autor do procedimento, identifica claramente e analiticamente os elementos constitutivos que deram origem ao crédito tributário reclamado na peça básica.

No mérito, rejeitou as alegações que foram cumpridas o que determina a legislação nas informações complementares e que o desconto foi dado através da





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

licitação e que só foi vencida em razão da hipótese do desconto não constar no documento fiscal o valor do desconto, equivalente ao imposto dispensado, conforme legislação abaixo.

O sujeito passivo não cumpriu as exigências do convenio 26/00, deixou de atender o disposto do Art. 2º inciso LXXX do RICMS- decreto 2.912/06 e suas alterações.

O dispositivo legal citado tem a seguinte redação da Lei 1.287/2001:

Art. 2º São isentos do ICMS:

[...]

LXXX – as operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas Autarquias e Fundações, desde que: (Convênio ICMS 26/03 e 88/10); (Redação dada pelo Decreto 4.222, de 29.12.10).

- a) conceda o desconto, no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;
- b) haja indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;
- c) haja comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior, atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo da mercadoria ou do bem, com abrangência em todo o território nacional;
- d) haja previsão pelos adquirentes da condição de isenção em todos os atos licitatórios, bem como nas solicitações de cotação de preços e orçamentos;
- e) haja apresentação das propostas, orçamentos ou cotações de preços pelas empresas fornecedoras, com o desconto do valor do imposto;





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

f) haja emissão da Nota Fiscal pela empresa fornecedora, observando-se além das exigências previstas na legislação tributária, o seguinte:

1. o valor total dos produtos ou serviços deve ser aquele com o desconto do imposto;

2. no campo “Informações Complementares”, deve-se mencionar a expressão: “Isenção do ICMS, conforme art. 2º, LXXX, do Regulamento do ICMS”, o preço total da mercadoria ou serviço com valor do ICMS, o valor do desconto a que se referem as alíneas “a” e “b” deste inciso e o preço total da mercadoria ou serviço sem ICMS; (Redação dada pelo Decreto 3.013/07 de 26.04.07).

[...]

g) quanto a saídas internas de produtos ou serviços sujeitos ao regime de substituição tributária, somente se aplica quando efetuadas por estabelecimentos que pratiquem outras saídas internas tributadas, observado o disposto no inciso XVII do art. 18 deste Regulamento;

h) O valor a que se refere as alíneas “a” e “b” deste inciso é a diferença entre o imposto pago na aquisição da mercadoria ou serviço e aquele que seria devido na saída da mercadoria ou na prestação do serviço se não houvesse a isenção; (Redação dada pelo Decreto 4.222, de 29.12.10).

i) Na hipótese da alínea anterior deve ser anulado o crédito correspondente à aquisição da mercadoria ou serviço; (Redação dada pelo Decreto 4.222, de 29.12.10).

Os autos estão aptos para ser julgado, suficientes para demonstrar a materialidade do ilícito denunciado na inicial para dar sustentabilidade à acusação. Diante do exposto, julgou PROCEDENTE o auto de infração nº 2017/000072, CONDENANDO o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário, conforme campo 4.11 do auto de infração – No valor de R\$ 390.904,65 (trezentos e noventa mil, novecentos e quatro reais e sessenta e cinco centavos), mais os acréscimos legais. Intimada em 03 de julho de 2018 sobre a sentença, a autuada apresenta recurso em 24 de julho com as seguintes alegações:





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

Faz breve relato do conteúdo processual e invoca preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa; Que foi descrito a suposta infração de forma equivocada, a descrição “não retrata a suposta infração”; que a descrição da suposta infração não se relaciona com os artigos utilizados pela autoridade autuante, art. 44, II e III da Lei 1.287/2001: No mérito alega a suposta infração trata de um suposto descumprimento de obrigação acessória e não de registrar operações tributadas como não tributadas; que não foi juntada as provas que a autuada não concedeu o desconto no preço praticado por ela nas vendas para órgãos Públicos e que cabe a acusação o “ônus da demonstração do fato alegado” e também faz juntada de um demonstrativo do calculo financeiro para esclarecer sobre as operações, que se não ocorresse a isenção da operação a empresa teria prejuízo em suas vendas, ao final requer a nulidade ou a improcedência do auto de infração.

A Representação Fazendária faz um breve relato sobre o conteúdo processual e refuta as alegações feitas no recurso da autuada. Entende que os fundamentos da julgadora em sua sentença está correta e recomenda a sua confirmação.

É o Relatório.

VOTO

Visto, analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração nº 2017/000072 contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente o registro de operações tributadas como não tributadas nos livros de saídas e apuração do ICMS, deixando de registrar e recolher o ICMS, conforme demonstrado no levantamento básico do ICMS, no período de 01/01/2016 a 31/12/2016. O auto de infração em questão foi tipificado no campo 4.13 – INFRAÇÃO – art. 44, inciso II da Lei 1.287/01 com alteração:

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:

[...]

II - escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído; (Redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11).





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

A recorrente apresenta em preliminar nulidade por cerceamento do direito de defesa em face da infração ter de forma equivocada, “a descrição não retrata a suposta infração”; que a descrição da suposta infração não se relaciona com os artigos utilizados pela autoridade autuante, art. 44, II e III da Lei 1.287/2001.

Ao analisar as provas juntas pela autoridade lançadora, constata-se que os documentos fiscais, notas fiscais de saída, apresentam exatamente as informações que constam em seus registros, SPED fiscal, não havendo divergência. Há de salientar que as notas de venda acostadas ao processo tratam em sua grande maioria, de vendas promovidas a órgãos Públicos, autarquias e fundações, e que, por este fato, a autuada emitiu os documentos sem o destaque do ICMS conforme prevê a legislação tributária, regulamento do ICMS, Decreto 2.912, de 29/12/2006 | Atualizado até o Decreto nº 6.012, de 08/11/2019.

Art. 2º São isentos do ICMS:

[...]

LXXX – as operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas Autarquias e Fundações, desde que: (Convênio ICMS 26/03 e 88/10); (Redação dada pelo Decreto 4.222, de 29.12.10).

Sem adentrar ao mérito da questão, entendo que os fatos narrados pelo autor do procedimento e a tipificação da infração não apresenta a devida relação, fato que caracteriza cerceamento de defesa, na medida em que obstaculizou o sujeito passivo conforme requerido em preliminar pela recorrente. O conselho de contribuintes e recursos fiscais vem julgando em fatos análogos da seguinte forma:

ACÓRDÃO Nº. : 080/2018

PROCESSO Nº. : 2010/6640/500504
REEXAME NECESSÁRIO : 3602
AUTO DE INFRAÇÃO : 2010 / 001319
INTERESSADO : NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA
REQUERENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
EMENTA : ICMS NORMAL. LEVANTAMENTO ESPECÍFICO.
OMISSÃO DE SAÍDAS MERCADORIAS TRIBUTADAS. ERRO NA
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE. É nula a reclamação
tributária cujo contexto exige o ICMS normal na omissão de saídas





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

mercadorias tributadas, com erro na tipificação da infração, por não fazer descrição dos fatos subsumir-se à disposição semântica na qual se fundamentou.

ACÓRDÃO Nº. : 147/2018

PROCESSO Nº. : 2015/6860/501408
REEXAME NECESSÁRIO : 3751
AUTO DE INFRAÇÃO : 2015 / 003723
INTERESSADO : FALCAO SUPERMERCADOS LTDA - EPP
REQUERENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
EMENTA : MULTA FORMAL. FALTA DE TRANSMISSÃO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE - É nula a reclamação tributária quando não tipifica corretamente a infração configurando cerceamento de defesa, conforme disposto no art. 28, inciso IV da Lei no 1.288/2001.

ACÓRDÃO Nº. : 151/2018

PROCESSO Nº. : 2013/6040/501669
REEXAME NECESSÁRIO : 3475
AUTO DE INFRAÇÃO : 2013 / 000954
INTERESSADO : BLASTER COMERCIO E SERVIÇOS EM EXPLOSIVOS LTDA
REQUERENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
EMENTA : ICMS. SALDO CRÉDOR DE CAIXA. SUPRIMENTO DE CAIXA NÃO COMPROVADO. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE. É nulo a reclamação tributária quando a infração descrita no auto de infração não está devidamente demonstrada, caracterizando cerceamento de defesa.

Os obstáculos que impeçam uma das partes de se defender da forma legalmente permitida gera o cerceamento da defesa, causando a nulidade do ato e dos que se seguirem, por violar o princípio constitucional do Devido Processo Legal e esta hipótese está prevista no art. 28 da Lei nº 1.288/01.

Art. 28. É nulo o ato praticado:

[...]

II – com cerceamento de defesa;





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

[...]

IV – com erro na determinação da infração. (Redação dada pela Lei 3.018 de 30.09.15).

Art. 29. A nulidade é declarada de ofício pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Desta forma voto em acolher a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa por erro na descrição da infração, arguida pela Recorrente e julgar nulo o auto de infração.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por maioria, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa por erro na descrição da infração, arguida pela Recorrente e julgar nulo o auto de infração. Voto divergente do conselheiro Marcélio Rodrigues Lima. A empresária Tânia Magalhães, o Assessor Diógenes Peixoto Leandro e o Representante Fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade, fizeram sustentações orais pela Recorrente e Fazenda Pública Estadual, respectivamente. O Representante Fazendário pediu nova auditoria nos autos conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Valcy Barbosa Ribeiro, Marcélio Rodrigues Lima, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal e Fernanda Teixeira Halum Pitaluga. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e três dias do mês de outubro de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos trinta dias do mês de janeiro de 2020.



Publicado no Diário Oficial de nº 5.541, de 10 de fevereiro de 2020

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Luiz Carlos da Silva Leal
Vice-Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro relator

