



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	070/2020
PROCESSO Nº:	2016/6040/501275
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.708
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/000788
RECORRENTE:	COMERCIAL SUPER BIG DE ALIMENTOS LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.443.007-5
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. LEVANTAMENTO ESPECÍFICO. OMISSÃO DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. FALTA DE CLAREZA E PRECISÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando a ausência de documentos comprobatórios e imprecisão na demonstração do crédito tributário cerceiam a defesa do autuado.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural contemplando duas exigências tributárias referentes à ICMS originário de saídas de mercadorias sem notas fiscais, constatadas por meio do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, realizados nos períodos de 01/10 a 31/12/12 e 01/01 a 31/12/2013, totalizando o valor de R\$ 103.891,20 (cento e três mil, oitocentos e noventa e um reais e vinte centavos), conforme auto de infração (fls. 02/03).

Foram anexados ao presente processo, os levantamentos Quantitativos Financeiros Diários 2012 e 2013, Relatórios de Resumo Geral 2012 e 2013 e pen drive contendo os Levantamentos Quantitativos Financeiros Diários acompanhados dos Relatórios de Resumo dos Produtos e Relatórios de Resumo Geral de 2012 e 2013, inventários 2012 e 2013, notas fiscais eletrônica de entradas e saídas autorizadas e canceladas de 2012 e 2013 e notas fiscais de entradas e saídas autorizadas e canceladas de 2014, em formato XML (fls. 04/206).





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

O Recorrente foi intimado do auto de infração por via postal e por edital e apresentou impugnação tempestiva acompanhada de documentos por meio de Advogado devidamente constituído alegando em suas razões de mérito que os produtos relacionados nos levantamentos específicos, tais como, leite em pó, leite coco e leite condensado são empregados na produção de pães e bolos, cuja descrição dos referidos produtos está acompanhada da palavra PADARIA no próprio levantamento e que sendo assim não há que se falar em saídas não registradas, pois estes são transformados em outros produtos, não havendo nota fiscal de saída e o ICMS foi recolhido quando da venda dos produtos resultantes do processo de produção de bolos, pães; afirma também que os valores correspondentes a tais produtos devem ser retirados do presente auto de infração; alega ainda, que a época dos fatos geradores com fundamento na Lei 1.303/02, havia o benefício da redução da base de cálculo em 29,41% de forma que a carga tributária resulte em 12% e citando Acórdão do COCRE, afirma que tal fato não foi considerado pelo autuante. Ao final, pede pela procedência parcial do auto de infração para excluir as mercadorias utilizadas na produção própria do setor de confeitaria e panificação e a aplicação da redução da base de cálculo em 29,41% e o processo foi remetido para julgamento (fls. 207/224).

Por sua vez, o julgador de primeira instância por meio de despacho devolveu o processo ao autor do lançamento para manifestação e informações (fls. 225).

O autor do lançamento se manifestou argumentando que é vedado à redução da base de cálculo com fundamento na Lei nº 1.584/05, e ressalta que em relação aos produtos destinados a panificação não está incluída farinha de trigo e que os produtos selecionados são mercadorias para revenda; que o sujeito passivo não apresentou planilhas de custos consignando os registros de materiais diretos e indiretos, custos fixos e variáveis, estoques de matérias primas e secundárias e outros elementos obrigatórios a empresa industrial ou mista e afirma que o lançamento está conforme legislação e os procedimentos de auditoria (fls. 226/227).

O Recorrente foi intimado por via postal e por meio de edital e apresentou manifestação tempestiva por meio de Advogado devidamente constituído reafirmando as mesmas alegações anteriormente expostas e pedindo à improcedência do auto de infração e o processo foi remetido para julgamento (fls. 228/236).

Sobreveio a sentença de primeira instância às fls.237/242, firmando seu entendimento no seguinte sentido:





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

O sujeito passivo em suas razões de mérito simplesmente alega que os produtos relacionados nos levantamentos fiscais, tais como, leite em pó, leite coco e leite condensado são empregados na produção de pães e bolos, cuja descrição dos referidos produtos está acompanhada da palavra PADARIA nos próprios levantamentos, com o que concordo, pois se observarmos de fato dos próprios levantamentos constam a informação que os referidos produtos se destinaram a panificação e sendo assim, o sujeito passivo tem razão quando requer que os valores correspondentes a tais produtos devem ser retirados do presente auto de infração, pois tais produtos ao serem utilizados na fabricação ou transformados em outros produtos o ICMS foi debitado quando da venda dos produtos resultantes do processo de produção de bolos e pães, portanto não é verdade que todos os produtos selecionados são mercadorias para revenda, conforme esclareceu o autor do lançamento (fls. 226/227).

A douta julgadora salienta que:

Outro fato, é que mesmo que o sujeito passivo não tenha apresentado planilhas de custos consignando os registros de materiais diretos e indiretos, custos fixos e variáveis, estoques de matérias primas e secundárias e outros elementos obrigatórios a empresa industrial ou mista, dos levantamentos fiscais (fls. 05, 69, 123, 165 e 166) constata-se que existem sim produtos destinados a panificação, conforme mencionado nos levantamentos pelo próprio autor, bastando que se confira nas páginas 05 e 69 dos presentes autos a indicação de leite condensado e leite de coco/PADARIA e nas páginas 123, 165 e 166 a indicação de leite condensado, leite em pó e leite de coco/PADARIA.

No entanto, em relação à infração do campo 4.1 (período de 2012), embora foram relacionados leite condensado/PADARIA e leite de coco/PADARIA se verifica do levantamento (fls. 05 e 69) que não houve saída de tais produtos sem nota fiscal.

Neste trilhar, a nobre julgadora de primeira instância aduz que:

Já em relação à infração do campo 5.1 (exercício de 2013) se verifica do levantamento fiscal (fls. 123, 165 e 166) que houve saída de leite condensado, leite em pó e leite de coco sem nota fiscal e deverão ser excluídos do levantamento fiscal, considerando que foram utilizados





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

na panificação, sob pena de se estar tributando o mesmo produto duas vezes.

No tocante as alegações da defesa conducentes aos fatos geradores (2012 e 2013) com fundamento na Lei nº 1.303/2002, a douta julgadora firma seu entendimento no sentido que:

[...] o autor do lançamento muito bem esclareceu em sua manifestação (fls. 226/227) que nestas hipóteses a redução da base de cálculo não é aplicável, justamente porque a Lei no 1.584/05, no seu art. 4º, veda que seja concedido benefícios fiscais em operações ou prestações tributadas, apuradas como omissões em ação fiscal e das leis relacionadas se encontra também a Lei no 1.303/02.

Por fim a nobre julgadora conclui:

Sendo assim, concluo que o sujeito passivo descumpriu os mandamentos previstos no inciso III, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, ao praticar saídas de mercadorias sem nota fiscal nos períodos fiscalizados, conforme apontam os levantamentos fiscais (04/121 e 122/205), e na prática dessas infrações aplicam-se a penalidade prevista na alínea "a", do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/01, com redação pela Lei nº 2.253/09 [...].

Desta forma, o ilustre Julgador de Primeira Instância julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº 2016/000788:

1. **CONDENANDO** o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de:

1.1. R\$ 39.448,72 (trinta e nove mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e setenta e dois centavos), referente ao campo 4.11, com a penalidade prevista no campo 4.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais, e

1.2. R\$ 63.654,43 (sessenta e três mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e três centavos), referente a parte do campo 5.11, com a penalidade prevista no campo 5.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais, e

2. **ABSOLVENDO** o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 788,05 (setecentos e oitenta e oito reais e cinco centavos), referente à parte do campo 5.11 do auto de infração.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O Recorrente foi intimado da decisão singular às fls. 246, apresentando Recurso Voluntário, sendo que em sede de preliminar de nulidade, alega que não constam dos autos a prova a respeito dos fatos postos no auto de infração, por tal razão sustenta que não comprovada a origem e a veracidade dos dados de estoque utilizados no levantamento, resta apenas a decretação da nulidade do Auto de Infração.

Por fim o Recorrente ressalta que:

O levantamento específico constatou a entrada de mercadorias com as regulares notas fiscais de entrada, identificando omissões de saídas pela diferença encontrada no estoque. Independente dos erros da empresa que eventualmente levaram a essa diferença, é certo que houve a proporcional redução da base de cálculo utilizada para cálculo dos créditos em 29,41%. Assim, em respeito ao princípio da não cumulatividade, deve ser reduzida a base de cálculo utilizada no lançamento ou, caso o entendimento seja mesmo pela impossibilidade de aplicação do benefício, deve ser reduzida a exação no valor dos créditos não aproveitados pela Recorrente em decorrência da redução da base de cálculo das entradas, comprovada por meio das GIAMs em anexo.

A Representação Fazendária, em parecer às fls. 348/350, após a devida fundamentação, recomenda pela manutenção da decisão singular.

É o relatório.

VOTO

Visto, analisado e discutido o presente processo que exige crédito tributário por meio do auto de infração nº 2016/000788, referente à ICMS originário de saídas de mercadorias sem notas fiscais, constatadas por meio do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, realizados nos períodos de 01/10 a 31/12/12 e 01/01 a 31/12/2013, totalizando o valor de R\$ 103.891,20, conforme auto de infração (fls. 02/03).

Em análise, entendo que, uma vez ignorados os requisitos inculpidos na norma de regência em inobservância a técnica de auditoria fiscal e legislação tributária, de modo a não trazer aos autos os documentos comprobatórios e ao





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

mesmo tempo conter imprecisão na demonstração do crédito tributário, acarretará prejuízo insanável a defesa do contribuinte e por sua vez a nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, conforme dispõe o artigo 28, inciso II da Lei 1.288/01, *in verbis*:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

[...]

II – com cerceamento de defesa;

Vale destacar que a constituição da reclamação tributária deve seguir os parâmetros legais, além de permitir ao contribuinte compreender a demanda que é movida em seu desfavor, de modo a lhe garantir todos meios de defesa em direito admitido. Um levantamento realizado sem os documentos comprobatórios e ainda com imprecisão na demonstração do crédito tributário, facilmente levará ao contribuinte ao equívoco, prejudicando, por via de consequência a possibilidade de defesa hábil ao enfrentamento da matéria sob julgamento.

Neste sentido é a remansosa jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, senão vejamos:

ACÓRDÃO Nº. : 040/2017 - EMENTA : ICMS. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA FORMAL PELA NÃO APRESENTAÇÃO DO LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. NULIDADE. É nulo o auto de infração quando lhe faltam clareza e precisão na apuração do quantum da reclamação.

ACÓRDÃO Nº. : 043/2017 - EMENTA : ICMS. DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES. FALTA DE CLAREZA E PRECISÃO. FALTA DE OPORTUNIDADE DE DEFESA AO SUJEITO PASSIVO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. É nulo o auto de infração quando o sujeito passivo é impedido de se defender legalmente e quando as infrações não são descritas com clareza e precisão caracterizando em ambos os casos o cerceamento de defesa.

ACÓRDÃO Nº. : 028/2019 - EMENTA : ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. CERCEAMENTO A DEFESA. NULIDADE. É nula a reclamação





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

tributária que contraria o disposto no inciso IV, do art. 35, caracterizando o cerceamento da defesa previsto no inciso II, do art. 28, todos da Lei 1.288/2001.

Portanto, voto pela reforma da decisão de primeira instância, para julgar nulo o auto de infração nº 2016/000788, por cerceamento ao direito de defesa, ausência de documentos comprobatórios e imprecisão na demonstração do crédito tributário, com fundamento no inciso II do artigo 28, da Lei nº 1.288/2001, extinguindo-se a presente Reclamação Tributária sem resolução 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 do auto de infração por cerceamento de defesa, ausência de documentos comprobatórios e imprecisão na demonstração do crédito tributário, arguida pelo conselheiro relator e julgar nulo o auto de infração. O advogado Aldecimar Esperandio e o Representante Fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade, fizeram sustentações orais pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. O Representante Fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade pediu nova auditoria na empresa conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Valcy Barbosa Ribeiro, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya e Marcélio Rodrigues Lima. Presidiu a sessão de julgamento aos dezessete dias do mês de outubro de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e quatro dias do mês de junho de 2020.

Gilmar Arruda Dias
Presidente



Publicado no Diário Oficial de nº 5.646, de 20 de julho de 2020

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Valcy Barbosa Ribeiro
Conselheiro relator

