

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	112/2020
PROCESSO Nº:	2015/6040/500782
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	4.018
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2015/000357
RECORRIDA:	FENIX DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.342.593-0
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. LEVANTAMENTO CONTA CAIXA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando a tipificação da infração não condiz com a descrição dos fatos.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente às exigências de ICMS por omissão de vendas caracterizada por suprimentos ilegais de caixa provenientes de cheques devolvidos emitidos por terceiros e lançados na contabilidade a débito da conta caixa, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, totalizando o valor de R\$ 365.948,76, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/04 e 1.074).

Foram anexadas ao presente processo os Levantamentos da Conta Caixa – Suprimentos Ilegais, Levantamentos da Conta Caixa – Reconstituição, Planilhas dos cheques depositados e devolvidos, Recibos de entrega da escrituração contábil e Livros Razão (fls. 05/500).

A autuada foi intimada por via postal e apresentou impugnação acompanhada de documentos alegando em suas razões de mérito que seus lançamentos foram feitos com respaldo em documentos idôneos e que não omitiu vendas e que todos os cheques que foram extraídos da contabilidade foram reapresentados em novos depósitos bancários dando saída da conta caixa e se forem extraídos da conta caixa será dado saída em duplicidade, como se estes lançamentos não existissem e fosse simulados para acobertar saldo credor de caixa; que tais valores existem e podem ser comprovados por meio dos extratos bancários; que não foi intimada para apresentar os documentos que comprovassem a origem



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

dos lançamentos e que por todos esses motivos o auto de infração não deve prosperar e ao final requer a improcedência do presente auto de infração e o processo foi remetido para julgamento (fls. 501/845).

Por sua vez o julgador por meio de despacho devolveu o processo à autora do lançamento para saneamento quanto à descrição, tipificação e penalidade, apresentar folha 1 do levantamento fiscal do exercício de 2010, nota fiscal em formato impresso e livros de entrada e apuração do ICMS (fls. 846/849).

A autora do lançamento juntou o levantamento e aditamento ao auto de infração alterando as descrições e tipificações das infrações (fls. 850/852).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e compareceu ao feito juntando documentos e reiterando suas alegações anteriores e o processo foi remetido para julgamento (fls. 853/1.061).

Novamente o julgador por meio de despacho devolveu o processo à para saneamento quanto à tipificação das infrações e manifestação (fls. 1.062/1.063).

A autora do lançamento fez aditamento ao auto de infração, alterando os campos 4.13, 5.13 e 6.13 (fls. 1.064/1.065).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e por meio de edital e não compareceu ao feito, sendo lavrado termo de inoccorrência de manifestação e o processo foi remetido para julgamento (fls. 1.066/1.069).

Novamente o julgador por meio de despacho devolveu o processo à para saneamento, tendo em vista que a autora do lançamento, desde 2016 exerce atividades de julgamento junto ao CAT e não sendo esta autoridade competente para efetuar alterações no auto de infração (fls. 1.070/1.073).

Auditor em substituição a autuante fez novo aditamento ao auto de infração, alterando os campos 4.13, 5.13 e 6.13 e por sua vez o sujeito passivo foi intimado por via postal e compareceu ao feito juntando documentos e reiterando suas alegações anteriores e o processo foi remetido para julgamento (fls. 1.074/1.085).

O nobre julgador de primeira instância relata que todos os requisitos mínimos e necessários, previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/11 devem ser observados na lavratura do presente auto de infração.



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Que os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 2.598/12 e o autuante identificada no campo 7 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário.

Que a impugnação foi apresentada pelo próprio sujeito passivo, nos termos do *caput* do art. 20 da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 2.521/2011. Continuou, pontuando e sentenciando conforme o seguinte:

A presente lide é referente às exigências de ICMS por omissão de vendas caracterizada por suprimentos ilegais de caixa provenientes de cheques devolvidos emitidos por terceiros e lançados na contabilidade a débito da conta caixa, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, totalizando o valor de R\$ 365.948,76, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/04 e 1.074).

As pretensões fiscais estão tipificadas e fundamentadas no art. 46 c/c inciso II, do art. 44 e alínea “b”, do inciso I, do art. 21, todos da Lei nº 1.287/01, conforme termo de aditamento (fls. 1.074) e a penalidade sugerida para as infrações é a prevista na alínea “a”, do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/01.

O sujeito passivo não argüiu preliminar. Porém, todos os requisitos necessários exigidos na lavratura do auto de infração devem ser observados e no presente caso, é patente que nem todos foram observados, mesmo após diversos retornos do presente processo para saneamento.

Pois bem, a penalidade sugerida para as infrações é a prevista na alínea “a”, do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/01. Ora, os exercícios fiscalizados são 2010, 2011 e 2012 e esta penalidade foi alterada pela Lei nº 2.253/09, desde 16/12/2009, portanto não está em vigor para os fatos gerados dos exercícios fiscalizados:

Art. 48. A multa prevista no inciso I do artigo anterior será aplicada na forma a seguir:

III 100%, quando a falta de recolhimento do imposto decorrer da: (Redação dada pela Lei 2.253 de 16.12.09).

a) omissão de registro, ou registro a menor, de operações ou prestações de saídas, no livro próprio;

É válido ressaltar que a penalidade tem caráter sugestivo, conforme alínea “e”, do inciso I, do art. 35, da Lei nº 1.288/01 e pode ser alterada pela instância julgadora. Desta forma a penalidade correta



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES E RECURSOS FISCAIS

para todas as infrações é a prevista na alínea “a”, do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/01, com redação pela Lei nº 2.253/09.

Porém, não é somente isso. O auditor em substituição ao aditar o presente auto de infração não observou à determinação prevista na alínea “d”, do inciso I, do art. 35, da Lei nº 1.288/01. Vejamos:

Art. 35. O Auto de Infração:

I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:

d) o dispositivo legal infringido;

Ora, não basta que apenas indique os dispositivos legais infringidos. Os dispositivos legais infringidos devem tipificar corretamente as infrações cometidas e estar em consonância com as descrições das infrações e neste caso o auditor em substituição a autora do lançamento também cometeu equívocos ao aditar o presente auto de infração (fls. 1.074), pois as infrações supostamente cometidas são decorrentes da constatação da ocorrência de omissão de receitas nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, conforme exigido pela autora. No entanto, os dispositivos legais indicados nos três exercícios 2010, 2011 e 2012 para tipificar as infrações são o art. 46 c/c inciso II, do art. 44 e alínea “b”, do inciso I, do art. 21, todos da Lei nº 1.287/01, conforme termo de aditamento (fls. 1.074):

Art. 46. Constitui infração toda ação ou omissão do contribuinte, responsável ou intermediário de negócios que importe em inobservância de normas tributárias, especialmente das contidas nos arts. 44 e 45.

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

Redação Anterior: (1) Lei 1.287 de 28.12.01.

II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;

Art. 21. Presume-se ocorrido o fato gerador do imposto, salvo prova em contrário:

I – o fato de a escrituração indicar:

[...]

b) suprimentos de caixa não comprovados;





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

O art. 46 da Lei 1.287/01 não é infracional e apenas define o que constitui a infração, bem como, o art. 21 da Lei 1.287/01 também não é infracional, pois é apenas o permissivo legal que autoriza a ocorrência do fato gerador do imposto por meio da presunção e cita as hipóteses permitidas.

Por outro lado, o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, além de carecer de complementação não é suficiente para tipificar as referidas infrações. Explico.

Primeiro: as infrações supostamente cometidas são decorrentes da omissão de receitas, ou seja, a constatação de omissões de receitas caracteriza que houve vendas de mercadorias desacobertas de nota fiscal.

Segundo: o dispositivo legal inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, não estar em vigor para a infração descrita no campo 6 (exercício de 2012) e foi alterada pela Lei 2.549/11 de 22/12/11:

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).

Terceiro: o dispositivo legal inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, já transcrito acima, trata da obrigação de escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, portanto não tipifica corretamente as infrações, pois estas se referem a vendas de mercadorias desacobertas de nota fiscal.

Desta forma, conclui-se que as infrações não estão tipificadas corretamente e sendo assim, não há alternativa e a razão assiste ao sujeito passivo e é válido dizer que a não observância do mandamento previsto no art. 35 da Lei nº 1.288/01, já transcrito acima, enseja a nulidade do ato, por caracterizar erro na determinação da infração assim como previsto no inciso IV, do art. 28, da Lei nº 1.288/01:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

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

Neste sentido são diversas as decisões do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais Tocantinense:

ACÓRDÃO Nº 45/2017





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

EMENTA: MULTA FORMAL. DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. TIPIFICAÇÃO INCORRETA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE. **É nulo o auto de infração quando não tipifica corretamente a infração configurando erro na determinação da infração. (grifo nosso)**

ACÓRDÃO Nº 51/2017

EMENTA:

II - ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS. IMPOSTO DECLARADO E NÃO RECOLHIDO. NULIDADE. **É nulo o lançamento com erro na infração, conforme art. 28, inciso IV, da Lei no 1.288/2001. (grifo nosso)**

ACÓRDÃO Nº 94/2017

EMENTA:

ICMS. AUDITORIA. LEVANTAMENTO CONTA CAIXA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE - **O erro na determinação da infração é causa de nulidade do auto de infração.** A qualificação da infração cometida não condiz com o fato infringente descrito no lançamento fiscal. Assim, equívocos praticados pela fiscalização no enquadramento da infração constatada maculam a imposição tributária e conduzem à sua nulidade, de acordo com o que estabelece o art. 28, inciso II da Lei no 1.288/01. **(grifo nosso)**

Nestes termos declaro a nulidade do auto de infração nº 2015/000357, com fundamento no art. 29 da Lei nº 1.288/01 por erro na determinação das infrações:

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

No entanto, se faz necessário ressaltar que apesar do equívoco cometido no lançamento de ofício realizado, o qual determinou o comprometimento do feito fiscal, a decisão de nulidade não decide em definitivo em favor do sujeito passivo, resultando apenas absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida por meio do auto de infração, cuja consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que se proceda à lavratura de novo auto de infração para cobrança dos referidos créditos tributários, na forma como determina o art. 35 da Lei nº 1.288/01.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

Em virtude da nulidade do presente auto de infração não é analisado o mérito deste contencioso.

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento e em preliminar por erro na determinação da infração, sem análise do mérito julgo NULO o auto de infração nº 2015/000357 nos valores de:

1. R\$ 93.939,90 (noventa e três mil novecentos e trinta e nove reais e noventa centavos), referente ao campo 4.11 do auto de infração;
2. R\$ 145.171,35 (cento e quarenta e cinco mil cento e setenta e um reais e trinta e cinco centavos), referente ao campo 5.11 do auto de infração, e
3. R\$ 126.837,51 (cento e vinte e seis mil oitocentos e trinta e sete reais e cinquenta e um centavos), referente ao campo 6.11 do auto de infração.

Submeteu a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos da alínea "f", inciso IV, do art. 56, da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 2.521/11 e parágrafo único do art. 58, da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 3.018/15).

A Representação Fazendária faz um breve relato sobre o conteúdo processual e a sentença prolatada pelo julgador de primeira instância. Entende que a sentença prolatada foi acertada e está coerente com outros julgados no conselho de contribuintes e recomenda a confirmação da sentença pela procedência pelos fatos contidos no processo, fls. 1.093 a 1.097.

É o Relatório.

VOTO

Visto analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração - 2015/000357 constituiu crédito tributário contra o sujeito passivo qualificado na peça inicial. As exigências fiscais são referentes às exigências de ICMS por omissão de vendas caracterizada por suprimentos ilegais de caixa provenientes de cheques devolvidos emitidos por terceiros e lançados na contabilidade a débito da conta caixa, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012,



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

totalizando o valor de R\$ 365.948,76, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 02/04 e 1.074).

A Recorrente faz um breve relato sobre o conteúdo processual e a sentença prolatada pelo julgador de primeira instância. Entende que a sentença prolatada foi acertada e está coerente com outros julgados no conselho de contribuintes e recomenda a confirmação da sentença pela procedência pelos fatos contidos no processo, fls. 1.093 a 1.097.

Ao analisar o devido processo legal constata-se que o auditor em substituição, ao aditar o presente auto de infração não observou a determinação prevista na alínea “d”, do inciso I, do art. 35, da Lei nº 1.288/01. Vejamos:

Art. 35. O Auto de Infração:

I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:

[...]

d) o dispositivo legal infringido;

Os dispositivos legais infringidos devem tipificar corretamente as infrações cometidas e estar em consonância com as descrições das infrações e neste caso o auditor em substituição a autora do lançamento cometeu equívocos ao aditar o presente auto de infração (fls. 1.074), pois as infrações supostamente cometidas são decorrentes da constatação da ocorrência de omissão de receitas nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, conforme exigido pela autora. No entanto, os dispositivos legais indicados nos três exercícios 2010, 2011 e 2012 para tipificar as infrações são o art. 46 c/c inciso II, do art. 44 e alínea “b”, do inciso I, do art. 21, todos da Lei nº 1.287/01, conforme termo de aditamento (fls. 1.074):

Art. 46. Constitui infração toda ação ou omissão do contribuinte, responsável ou intermediário de negócios que importe em inobservância de normas tributárias, especialmente das contidas nos arts. 44 e 45.

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

Redação Anterior: (1) Lei 1.287 de 28.12.01.

II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Art. 21. Presume-se ocorrido o fato gerador do imposto, salvo prova em contrário:

I – o fato de a escrituração indicar:

b) suprimentos de caixa não comprovados;

Conforme sentença prolatada, entendo que “o art. 46 da Lei 1.287/01 não é infracional e apenas define o que constitui a infração, bem como, o art. 21 da Lei 1.287/2001 também não é infracional, pois é apenas o permissivo legal que autoriza a ocorrência do fato gerador do imposto por meio da presunção e cita as hipóteses permitidas, por outro lado, o inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, além de carecer de complementação não é suficiente para tipificar as referidas infrações”. Explico:

Primeiro: as infrações supostamente cometidas são decorrentes da omissão de receitas, ou seja, a constatação de omissões de receitas caracteriza que houve vendas de mercadorias desacobertas de nota fiscal.

Segundo: o dispositivo legal inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, não estar em vigor para a infração descrita no campo 6 (exercício de 2012) e foi alterada pela Lei 2.549/2011 de 22/12/2011:

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).

Terceiro: o dispositivo legal inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, já transcrito acima, trata da obrigação de escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, portanto não tipifica corretamente as infrações, pois estas se referem a vendas de mercadorias desacobertas de nota fiscal.

Desta forma, conclui-se que as infrações não estão tipificadas corretamente e sendo assim, não há alternativa e a razão assiste ao sujeito passivo e é válido dizer que a não observância do mandamento previsto no art. 35 da Lei nº 1.288/2001, já transcrito acima, enseja a nulidade do ato, por caracterizar erro na





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

determinação da infração assim como previsto no inciso IV, do art. 28, da Lei nº 1.288/2001:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

[...]

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

Neste sentido, são diversas as decisões do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais Tocantinense:

ACÓRDÃO Nº 45/2017 - EMENTA: MULTA FORMAL. DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. TIPIFICAÇÃO INCORRETA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE. **É nulo o auto de infração quando não tipifica corretamente a infração configurando erro na determinação da infração. (grifo nosso)**

ACÓRDÃO Nº 51/2017 - EMENTA: [...] II - ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS. IMPOSTO DECLARADO E NÃO RECOLHIDO. NULIDADE. **É nulo o lançamento com erro na infração, conforme art. 28, inciso IV, da Lei no 1.288/2001. (grifo nosso)**

ACÓRDÃO Nº 94/2017 - EMENTA: ICMS. AUDITORIA. LEVANTAMENTO CONTA CAIXA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE - **O erro na determinação da infração é causa de nulidade do auto de infração.** A qualificação da infração cometida não condiz com o fato infrigente descrito no lançamento fiscal. Assim, equívocos praticados pela fiscalização no enquadramento da infração constatada maculam a imposição tributária e conduzem à sua nulidade, de acordo com o que estabelece o art. 28, inciso II da Lei no 1.288/01. **(grifo nosso)**

Considerando os fatos processuais apresentados voto em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, para julgar nulo o auto de infração por erro na determinação da infração.

É como voto.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, para julgar nulo o auto de infração por erro na determinação da infração. O Representante Fazendário Rui José Diel, fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz, Elena Peres Pimentel, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal e Fernanda Teixeira Halum Pitaluga. Presidiu a sessão de julgamento aos dezanove dias do mês de agosto de 2020, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

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

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro relator

Gilmar Arruda Dias
Presidente

