Publicado no Diário Oficial de nº 5.800, de 03 de março de 2021

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:	**016/2021**
PROCESSO Nº:	2016/6140/500235
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	4.028
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/000581
RECORRIDA:	E F DA CRUZ - ME
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.405.959-8
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. DIFERENCIAL E COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA. INFRAÇÕES APURADAS POR DIVERSOS TIPOS DE LEVANTAMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIAS FORMULADAS EM UM SÓ AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE – São nulas as reclamações tributárias formuladas por diversos tipos de levantamentos fiscais no mesmo auto de infração, caracterizando cerceamento ao direito de defesa.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constitui crédito tributário contra o Sujeito Passivo já qualificado na peça inaugural, exigindo o ICMS Diferencial de Alíquota, referente a aquisição por microempresa optante pelo Simples Nacional de mercadorias provenientes de outras unidades da federação destinadas ao uso/consumo ou ativo imobilizado dos períodos de 2012, 2014 e 2015, conforme campos 4.11, 7.11 e 9.11;

E ICMS Complementação de Alíquota referente a aquisição por microempresa optante pelo Simples Nacional de mercadorias provenientes de outras unidades da federação destinadas a revendas dos períodos de 23/03/2012 a 31/12/2012, 2013, 2014 e 01/07/2015 à 31/12/2015, conforme campos 5.11, 6.11, 8.11 e 10.11 conforme termo de aditamento.

Tendo sua capitulação na infração prevista no art. 44, XI, da Lei 1.287/2001, com a penalidade prevista no art. 48, III, alínea “E”, da Lei nº. 1.287/2001, para as exigências tributárias – ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Para as exigências tributárias – ICMS COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA – SIMPLES NACIONAL as infrações estão previstas no art. 44, XXV, c/c art. 20, XVII, da Lei 1.287/2001, e art. 508-B, do Decreto 2.912/2016, com a penalidade prevista no art. 48, III, alínea "H" da Lei 1.287/2001.

A Autuante juntou aos autos relatório de Arrecadação, Termos de Encerramento os Levantamentos de ICMS Diferencial de alíquota e Complementação de alíquota, Livros de Registros de Entradas e DANFEs dos períodos referenciados, conforme fls. 11 a 423.

A Fazenda Pública Estadual intima o sujeito passivo nos termos do art. 22, III, da Lei 1.288/2001, para, querendo, efetuar o pagamento dos créditos tributários ou apresente Impugnação.

O Sujeito Passivo apresenta impugnação tempestivamente, conforme preceitua o art. 26, IV, letra "F", 1 c/c arts. 41 e 42, I da Lei 1.288/2001, de acordo com as fls. 426/427 alegando em PRELIMINAR, que o Auditor não observou os produtos com substituição tributaria e o relatório de arrecadação do ICMS complementar.

No mérito, requer a improcedência da ação fiscal para fins de cancelar o débito fiscal reclamado.

O julgador de primeira instância faz suas considerações, diz que a intimação foi válida, que a impugnação é legitima e apresentada pelo próprio contribuinte, conforme preceitua o art. 20 da Lei 1.288/2001.

Ressalta que o processo deve atender os requisitos mínimos e necessários, conforme preceitua o art. 35, § 2º da Lei 1.288/2001 e suas alterações.

> Art. 35. O Auto de Infração:
>
> I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:
>
> [...]
>
> § 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. (Redação dada pela Lei 2.521, de 10.11.11);

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Afirma que o Auto de Infração tem 07 (sete) exigências fiscais com base nos levantamentos de ICMS Diferencial de alíquota e complementação de alíquota do Simples Nacional referentes aos exercícios de 2012 a 2015, fatos esses que contrariam a legislação, uma vez que o auto de infração foi lavrado após a vigente da Lei nº. 2.521/2011 que alterou o art. 35 da Lei 1.288/2001.

Nestes termos, o ilustre julgador de primeira instância deixa de analisar o mérito deste contencioso, conhece da impugnação e dá-lhe provimento para Declarar Nulo o Auto de Infração 2016/000581, por estar em desacordo com o que estabelece a legislação tributária no art. 29 da Lei 1.288/2001, que diz: “a nulidade é declarada de ofício pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade”.

Autos remetidos à Representação Fazendária, conforme determina o art. 5º, I e II da Lei nº. 1.288/2001, c/c art. 11, I e VII, do Regimento Interno – Decreto 3.198/2007, que faz suas considerações e apontamentos. Recomenda a Egrégia Instância Recursal a manutenção da decisão de primeira instância, que julgou NULO o auto de infração nº 2016/000581.

O sujeito Passivo não apresentou contestação ao COCRE e os autos foram encaminhados ao CAT para as devidas providências.

É o relatório.

VOTO

A presente demanda tem como objeto o recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota e ICMS Complementação de Alíquota – Simples Nacional, relativos a compras de mercadorias provenientes de outras unidades da federação destinadas à revenda e uso consumo nos exercícios de 2012 e 2015, e conforme valores descritos nos campos 4.11, 5.11, 6.11, 7.11, 8.11, 9.11 e 10.11.

Conforme relatado, trata-se de Reexame Necessário, tendo em vista o julgamento de primeiro grau que julgou NULO o auto de infração de ofício.

Em sua Impugnação, o Sujeito Passivo alega em preliminar que o Auditor não observou os produtos com substituição tributária e o relatório de arrecadação do ICMS complementar. No mérito, requer a improcedência da ação fiscal para fins de cancelar o débito fiscal reclamado.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Cinge-se esta análise em verificar o acerto da sentença de primeiro grau que julgou nulo o auto de infração sem a análise de mérito, que constituía o crédito tributário em desfavor do Sujeito Passivo.

Denota-se que o julgador de primeira instância afirma que o auto de infração foi formulado por diversos tipos de levantamentos fiscais (diferencial de alíquotas e complementação de alíquota) no mesmo auto de infração. O que contraria o disposto no art. 35, § 2º da Lei 1.288/2001.

Assim, o auto de infração está eivado de erro, por ter sido elaborado em um só instrumento, diferentes tipos de levantamentos fiscais.

Desta forma, caracterizado está o cerceamento ao direito de defesa, tendo em vista que o autuante não conseguiu individualizar os tributos e as infrações apuradas nos levantamentos, caracterizando assim o cerceamento ao direito de defesa previsto no art. 28, II da Lei nº. 1.288/2001.

> Art. 28. É nulo o ato praticado:
>
> [...]
>
> II – com cerceamento de defesa.

Demandas semelhantes já foram julgadas por este Conselho, sendo ratificada a sua nulidade como se vê no Acórdão 010/2017 e 218/2017.

> ACORDÃO 10/2017 EMENTA: ICMS. INFRAÇÕES APURADAS POR DIVERSOS TIPOS DE LEVANTAMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIAS FORMULADAS EM UM SÓ AUTO DE INFRAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. PRECEDENTES DE NULIDADE – O descumprimento dos requisitos previsto no § 2o do art. 35, da Lei 1.288/01, com redação da Lei 2.521/2011, torna nulo o auto de infração.
>
> ACORDÃO 218/2017 EMENTA: LEVANTAMENTOS FISCAIS. NULIDADE - É nula as reclamações tributárias formuladas por diversos tipos de levantamentos fiscais no mesmo auto de infração, infringindo o disposto no § 2o do art. 35, da Lei 1.288/2001, com redação da Lei 2.521/2011.

Deste modo, resta caracterizada a nulidade do auto de infração por estar em desacordo com os requisitos estabelecidos na legislação tributária estadual.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Portanto, concluo que o procedimento adotado pelo autor do lançamento contraria o que dispõe o art. 35, § 2º da Lei 1.288/2001 padecendo desta forma o auto de infração de um dos elementos essenciais para a sua validade, não devendo este prevalecer, por ser passível de nulidade de ofício, conforme disposto no art. 29 da Lei 1.288/2001.

À vista do quadro fático delineado nos autos, impõe-se a nulidade do auto de infração de ofício, conforme determina o art. 29 da Lei 1.288/2001.

Posto insto, conheço do Reexame Necessário, nego-lhe provimento, para declarar a NULIDADE da reclamação tributária do auto de infração 2016/002049, mantendo a decisão de primeira instância que julgou nulo sem resolução de mérito os campos 4.11, 5.11, 6.11, 7.11, 8.11, 9.11 e 10.11.

É como voto.

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 constar mais de uma exigência tributária constituídas em diferentes tipos de levantamentos fiscais no mesmo auto de infração. O representante fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade fez sustentação oral e pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz, Elena Peres Pimentel e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento ao primeiro dia do mês de fevereiro de 2021, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e cinco dias do mês de fevereiro de 2021.

Edson José Ferraz
Conselheiro Relator

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br