



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº: 331/2007
PROCESSO Nº: 2002/6040/001435
REEXAME NECESSÁRIO: 1756
RECORRIDA: POSTO RECANTO DO PARAÍSO LTDA.
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 29.019.484-9

EMENTA: Nulidade do auto de infração pela sentença de primeira instância. Crédito constituído por autoridade incompetente. Aplicação equivocada da Lei 1.609/2005, baseada no Art. 144, § 1º, do CTN. Nulidade da sentença.

DECISÃO: Decidiu, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade da sentença vez que a decisão fora tomada a partir da legislação posterior à data do lançamento, argüida pelo Presidente, determinando que outra seja prolatada na forma legal. O Senhor Ricardo Shiniti Konya fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros João Gabriel Spicker, Juscelino Carvalho de Brito, Elena Peres Pimentel e Fabíola Macedo de Brito. Presidiu a sessão de julgamento do dia 25 de junho de 2007, o conselheiro Mário Coelho Parente.

CONS. RELATOR: João Gabriel Spicker

VOTO: A empresa foi autuada na importância de R\$ 49.912,49 (Quarenta e nove mil novecentos e doze reais e quarenta e nove centavos), por deixar de recolher o ICMS substituição tributária, referente à entrada de mercadorias não registradas em livro próprio, relativo aos exercícios de 2000 e 2001, constatada em levantamento específico.

O contribuinte apresentou impugnação. A julgadora de primeira instância, considera a autuada revel e emite sentença julgando procedente o auto de infração.

A autuada apresenta recurso voluntário, argüiu preliminar pedindo nulidade por cerceamento ao direito de defesa, por não ter sido concedido ao mesmo os seguintes direitos: vista nos autos; ciência no auto de infração e ciência nos levantamentos.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

No mérito requer a improcedência do auto de infração afirmando que o crédito tributário é improcedente, por não existir fato gerador da obrigação tributária nos levantamentos.

Em relação ao exercício de 2000, não foram incluídas algumas notas fiscais de entrada, referente à 90.000, 45.000 5.000 e 40.000 litros de óleo diesel, devidamente lançados no LMC, bem como a venda de gasolina do dia 09.12.2000, foi de 258,0 litros, e não a quantidade lançada às fls. 12 do LMC nº. 13, que se refere ao estoque final do dia.

No que diz respeito ao levantamento do exercício de 2001, a auditoria deixou de incluir várias notas fiscais de entrada totalizando 210.000 litros de óleo diesel, embora lançados no LMC. Por equívoco, foi incluída nota fiscal de entrada de gasolina no total de 5.000 litros, sendo que a mesma refere-se à entrada no estabelecimento, de janeiro/2002, bem como, a venda de gasolina do dia 28.06.01, foi de 58,9 litros e não a quantia lançada às fls. 117 do LMC nº. 14, que se refere ao estoque do final do dia.

Às fls. 36 a 53, foi elaborado outro levantamento, o qual não apresenta resultado condizente com levantamento oficial, ficando esclarecido que o levantamento foi elaborado com erro, conforme documentos em anexo, o que leva a Fazenda Publica impor cobrança de crédito tributário sem fato gerador.

Outro ponto contestado, refere-se a autuação que impõe cobrança de ICMS substituição tributaria, por falta de registro de aquisição do produto, sendo que neste tipo de penalidade deve ser aplicada multa formal.

A Representação Fazendária, considerando que a julgadora de primeira instância manifestou-se pela revelia, solicita a nulidade da sentença de primeira instância.

Às fls. 128, foi emitida a certidão de julgamento, confirmando a nulidade da sentença em primeira instância.

Às fls. 131 a 134, foi emitida nova sentença, pela julgadora de primeira instância, a qual julgou o auto de infração nulo, sem julgamento de mérito, por ter sido lavrado por autoridade incompetente.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

A representação Fazendária se manifesta pela confirmação da sentença prolatada em primeira instância.

Notificado da sentença de primeira instância e intimado do parecer da Representação Fazendária o Contribuinte não se manifestou.

Em análise aos autos, constatou-se equívoco da julgadora de primeira instância, quanto à nulidade do lançamento, por ter sido constituído por autoridade incompetente, sendo argüida preliminar de nulidade da sentença pelo Presidente do Conselho.

Verifica-se que a preliminar argüida é procedente, no que diz respeito ao lançamento constituído por autoridade incompetente, pois entendo que a sentença não deve prevalecer, uma vez que o auto de infração foi lavrado em 30.07.02, quando estava em vigência a Lei 1.208/2001 que dava competência à autuante a constituir crédito advindo de levantamento específico, não limitando ao faturamento da empresa, senão vejamos o que estabelece o Anexo III, da referida Lei, na parte que determina as tarefas típicas atribuídas ao cargo que a atuante exercia:

.....
.Constituir crédito tributário decorrente do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, ICMS, e de multa formal exclusivamente originários dos seguintes levantamentos: do ICMS; Comparativo das Saídas Registradas com Documentário Emitido, CSRDE; Conclusão Fiscal; do diferencial de Alíquota; de Substituição Tributária; Específicos de Mercadorias; Financeiro e de Mercadorias em Trânsito.
.....

A julgadora de primeira instância baseou a sua decisão na Lei 1.609/2005, que vedava à autuante constituir crédito em empresas com faturamento anual superior ao máximo estabelecido para empresa de pequeno porte, reforçando este entendimento com o art. 144 § 1º do CTN, o que entendo não ser correto, pois o artigo do CTN utilizado tem poderes em casos de investigação da autoridade



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

administrativa, não para retroagir no que refere-se a sua competência, pois no ato da constituição do lançamento a autuante estava habilitada por lei para realizar o procedimento.

Diante do exposto, voto acatando a preliminar de nulidade da sentença.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos
18 dias do mês de julho de 2007.

Presidente

Conselheiro relator

Representante Fazendário