



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

ACÓRDÃO Nº:731/2008

PROCESSO Nº: 2006 / 6040 / 502360

REEXAME NECESSÁRIO Nº: 2131

RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

INTERESSADO: FRIOFORTE ALIMENTOS TRANS. E REPRESENTAÇÕES LTDA

EMENTA: ICMS – Substituição Tributária. Levantamento Elaborado com Erro. Cerceamento ao Direito de Defesa. Nulidade – *É nulo o lançamento que apresenta falhas no levantamento que o sustenta e não oferece ao contribuinte meio para a produção de sua defesa.*

DECISÃO: Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por maioria, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nulo o lançamento. Voto contrário da conselheira Elena Peres Pimentel. O Sr. Ricardo Shiniti Konya fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Raimundo Nonato Carneiro, João Gabriel Spicker, Rubens Marcelo Sardinha e Elena Peres Pimentel. Presidiu a sessão de julgamento do dia 27 de agosto de 2008, o conselheiro Juscelino Carvalho de Brito.

CONS. RELATOR: Raimundo Nonato Carneiro

VOTO: O contribuinte foi autuado conforme descrito no Contexto:

4.1 – Deixou de recolher o ICMS na importância de R\$. 26.122,65 (vinte e seis mil, cento e vinte e dois reais e sessenta e cinco centavos), correspondente ao valor comercial de R\$. 153.662,64 (cento e cinquenta e três mil, seiscentos e sessenta e dois reais e sessenta e quatro centavos), referente à parcela do imposto devido por substituição tributária (retenção na fonte), sobre mercadorias vendidas por intermédio das notas fiscais constantes do Levantamento Substituição Tributária, relativo ao período de 01.01.2001 a 31.12.2001, documentos em anexo, base de cálculo reduzida sobre frango e seus produtos.

Notificado por via direta, o contribuinte apresentou impugnação, aduzindo: que o auditor autuante solicitou eletronicamente todos os dados referentes às notas fiscais do período de 01.01.2001 a 30.06.2006, sendo prontamente atendido, e que ao transportar para uma planilha Excel inseriu fórmulas para comparação, e que fora feita de forma errada, ou seja:

- Aves – o fisco usou alíquota de 17% e não reduziu em 58,82% ou adotou a base de cálculo de 41,18%, que resultaria em uma alíquota final de 7%, e se substituir na planilha por 7% ou inserir a redução da Base de Cálculo em 58,82%, não vai existir nenhuma diferença.



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

- Bisteca suína - o fisco usou o V.A de 40% quando o correto é 10%, e ainda não fez as reduções previstas na legislação.
- Embutidos (almôndegas e apresetados) - o fisco vinha calculando certo, tanto que não apresentava diferença, mas quando chegou ao produto (célula 2964, do resumo por produto) passou a usar a base de calculo da empresa já com o V.A. e acrescentou novamente o V.A., gerando então as diferenças apontadas.
- Embalados (Costela de barriga) - passou a usar a base de calculo da empresa já com o V.A. e acrescentou novamente o V.A., gerando então as diferenças apontadas. Requerendo para que o auto de infração seja julgado improcedente.

Em despacho, a julgadora de primeira instância relata que o inciso IX da Lei nº 88/96, com redação dada pela Lei nº 1.121/00 (apresentar documento referente a cessão de uso), tipificado como infração no campo 4.13 do auto, está em desacordo com o contexto descrito no campo 4.1 (imposto devido por substituição tributária).

Que os autos retornassem a Diretoria de Avaliação e Controle de Estabelecimentos Sujeitos ao Regime de Substituição Tributária, para que seu titular solicite ao autor do procedimento ou seu substituto, que reveja a infração tipificada no campo 4.13, através de aditamento e manifestasse sobre os erros no levantamento apontados pela impugnante, nos itens a, b, c e d, de fls. 26.

Termo de Aditamento de fls. 39, assim descrito:

Campo 4.1 – Deixou de recolher o ICMS na importância de R\$. 25.571,96 (vinte e cinco mil, quinhentos e setenta e um reais e noventa e seis centavos), correspondente ao valor comercial de R\$. 150.423,29 (cento e cinquenta mil, quatrocentos e vinte e três reais e vinte e nove centavos), referente à parcela do imposto devido por substituição tributária (retenção na fonte), sobre mercadorias vendidas por intermédio das notas fiscais constantes do Levantamento Substituição Tributária, relativo ao período de 01.01.2001 a 31.12.2001, documentos em anexo, base de cálculo reduzida sobre o produto frango e seus produtos.

Campo 4.8 – Base de Cálculo: R\$. 150.423,29

Campo 4.1 – Valor Originário: R\$. 25.571,96

Campo 4.13 Infração: Art.57, inciso XIX da Lei 88/96 (redação da Lei 1.121/00), fazendo juntada dos documentos de fls. 41/56.

Intimado do Termo de aditamento, o contribuinte compareceu aos autos, apresentando uma demonstração de cálculos das notas fiscais de fls. 66/77, requerendo o cancelamento do auto de infração.

A julgadora de primeira instância, em sentença, relata que consta nos autos um CD-ROM contendo o levantamento substituição tributária elaborado pelo autuante, o qual serviu de suporte para a autuação, e que as planilhas com os



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

cálculos que originaram o valor autuado, devem estar disponíveis no processo, sob pena de cerceamento ao direito de defesa.

Que ao contribuinte é concedida vista do processo na própria Agência de Atendimento, não podendo ser retirado os autos da repartição ou qualquer de suas partes, e que, portanto o sujeito passivo não pode levar o CD-ROM para seu estabelecimento e imprimir as planilhas que compõem o levantamento.

Observa-se que o autuante informou que não fez juntada do levantamento, pois o mesmo geraria grande volume de cópias, e que não existe na legislação tributária, limite de número de folhas para compor um processo.

Que a impugnante insiste que os cálculos das planilhas estão equivocados, e que o autuante não reviu no levantamento todos os erros apontados na peça de defesa, e que de fato foi constatado o V.A. dos produtos: almôndegas, apresuntados e costela de barriga, mas sim que foi aplicado o valor adicionado sobre uma base de cálculo já com o valor adicionado.

Fazendo referência aos Acórdãos 053/2005; 065/2005; 389/2006, julgou nulo o auto de infração, conforme disposto no artigo 29 da Lei 1.288/01, por estar caracterizada a nulidade prevista no artigo 28, inciso II do mesmo diploma legal, por cerceamento ao direito de defesa.

A representação fazendária manifestou-se, recomendando a revogação da sentença de primeira instância, e se necessário, a devolução dos autos ao autor do procedimento para que imprima o conteúdo do CD com o levantamento corrigido, intimando a autuada desses novos documentos, haja vista que o vício observável trata-se de falha processual sanável, e que se adotada estas providências, resguarda-se o direito de defesa do contribuinte.

Intimado via postal da sentença de primeira instância e parecer da REFAZ, o contribuinte apresenta recurso voluntário, aduzindo: que a planilha de fls. 41/52, não representa nem 20% do total da que fora corrigida através do termo de aditamento, e que a defesa ficou prejudicada, por falta de acesso as planilhas que compõe o levantamento fiscal, cerceado assim o direito de defesa, requerendo para que seja acolhida a impugnação e cancelado o auto de infração.

ACÓRDÃO Nº: 053/2005 - EMENTA: E nulo o lançamento por cerceamento ao direito de defesa.



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

ACORDÃO Nº: 065/2005 - EMENTA:
Cerceamento ao direito de defesa. A falta de clareza quanto a origem dos valores constantes no demonstrativo é motivo de cerceamento ao direito de defesa. Lançamento nulo.

ACÓRDÃO Nº: 389/2006 - EMENTA: Falta de comprovação do ilícito fiscal. Inexistência do levantamento que originou a constituição do crédito tributário. Nulidade do lançamento.

No caso em questão, comungo do entendimento da Julgadora Singular, também entendo que o agente do fisco não reviu no levantamento fiscal todas as alegações do contribuinte, pois, de fato foi constatado que sobre os produtos almôndegas, apresetados e costela de barriga foram aplicados valores adicionados sobre uma base de cálculo já com os valores adicionados, ou seja, mesmo o autuante tendo aditado o auto de infração, este permaneceu com falhas. Entendo, ainda, que a ausência das planilhas do levantamento prejudicou a defesa do contribuinte, uma vez que o processo não é retirado da repartição fiscal, ficando caracterizada a nulidade por cerceamento ao seu direito de defesa, conforme previsão legal.

Diante do exposto, considerando que está caracterizado o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, e tendo em vista que as alegações do contribuinte não puderam ser analisadas, em virtude de não constar nos autos o levantamento de substituição tributária impresso; assim, no mérito, em reexame necessário, confirmo a decisão de primeira instância, que julgou nulo o auto de infração nº 2006/002058.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS, aos 10 dias do mês de dezembro de 2008.

Presidente

Cons. Relator

Representante Fazendário