



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

ACÓRDÃO Nº:880/2008
PROCESSO: 2007/6040/504155
RECURSO VOLUNTÁRIO: 7.252
RECORRENTE: PALAZZO RESTAURANTE LTDA.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA: Aproveitamento Indevido de Crédito. Cerceamento ao Direito de Defesa. Ausência de Clareza e Precisão - *Nulo o lançamento que exige ICMS quando o histórico do auto não condiz com a infração cometida e os documentos juntados.*

Levantamento do ICMS. Imposto Declarado e Não Recolhido - *É possível, e não induz nulidade, a cobrança do imposto declarado e não recolhido ou recolhido a menor.*

DECISÃO: Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por unanimidade, acatar a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa, em relação aos contextos 8 a 12 por não precisar com clareza à matéria tributável, argüida pelo Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração n.º 2007/005096 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário nos valores de R\$447,62 (quatrocentos e quarenta e sete reais e sessenta e dois centavos), R\$1.701,76 (um mil, setecentos e um reais e setenta e seis centavos), R\$2.631,04 (dois mil, seiscentos e trinta e um reais e quatro centavos) e R\$2.347,87 (dois mil, trezentos e quarenta e sete reais e oitenta e sete centavos), referentes os campos 4.11 a 7.11, respectivamente, mais acréscimos legais e suspensos pelo parcelamento. Os Srs. Geraldo B. de Freitas Neto e Gaspar Maurício Mota de Macedo fizeram sustentações orais pela Recorrente e Fazenda Pública, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros João Gabriel Spicker, Juscelino Carvalho de Brito, Elena Peres Pimentel e Raimundo Nonato Carneiro. Presidiu a sessão de julgamento do dia 02 de dezembro de 2008, o conselheiro Mário Coelho Parente.

CONS. RELATOR: João Gabriel Spicker

VOTO: A empresa foi autuada em diversos contextos. Nos campos 4.1, 5.1, 6.1 e 7.1, por deixar de recolher ICMS na importância de R\$7.128,29, referente a parcela do imposto declarado e não recolhido, relativo aos exercícios de 2002, 2004, 2005 e 2006, conforme levantamento do ICMS e cópia do livro de apuração. No campo 8.1 deverá recolher ICMS na importância de R\$6.962,08 (Seis mil, novecentos e sessenta e dois reais e oito centavos), referente ao aproveitamento indevido de



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

crédito do ICMS, onde foi cobrado de fevereiro a abril 2% de ICMS e de maio a junho 3% do ICMS, como se fosse microempresa, sendo cobrada a diferença relativa a este período, conforme planilha de ofício e o levantamento de ICMS. Nos campos 9.1 a 12.1 deverá recolher ICMS na importância de R\$40.789,86 (quarenta mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta e seis centavos), referente aproveitamento indevido de créditos de ICMS, pois se trata de firma contribuinte de ICMS, que emitiu notas fiscais de serviço para cobrir serviços de alimentação, conforme relação em anexo.

A autuada foi intimada, por ciência direta, apresentou impugnação tempestiva.

A julgadora de primeira instância conheceu da impugnação e julgou o auto de infração procedente, condenando o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários conforme exigidos na inicial, mais acréscimos legais, e suspensa à exigência fiscal lançada no contexto 04, em razão do termo de acordo de parcelamento.

Devidamente intimado da sentença de primeira instância o contribuinte apresentou recurso voluntário, tempestivo, a este conselho, argüiu em preliminar cerceamento ao direito de defesa, uma vez que a sentença de primeira instância não diligenciou os pedidos em relação aos contextos 5.1, 6.1 e 7.1, quando solicitou em impugnação que se verifica que os mesmos estavam vinculados ao termo de acordo de parcelamento, e que em primeira instância sequer foi considerada a mesma ou indeferida, o que demonstra absoluto cerceamento de defesa. Quanto ao contexto 8 argumenta que procedeu conforme orientações contábeis, que foi encaminhado o pedido de enquadramento ao sistema de Microempresas; que em sede de impugnação requereu inicialmente que fosse procedida uma diligência na própria SEFAZ-TO, para verificar se tal pedido realmente ocorreu e que sequer foi considerado pela julgadora. Em referência aos contextos 9 a 12, alega que a auditora incorreu em erro ao descrever referente ao aproveitamento indevido do crédito do ICMS, a autuada afirma que não se aproveitou de crédito algum, segundo porque se tivesse aproveitado de créditos a empresa poderia provar que as mercadorias ou serviços ficaram sujeitos ao imposto por ocasião de posterior operação ou prestação, ou ainda, que tenham sido empregados no processo de industrialização, da qual resulte produto cuja saída se sujeite ao imposto. No mérito, argüiu que a empresa atua também no ramo de fornecimentos de alimentos preparados e ainda serviços de Buffet, como bem claro está em seu contrato social; que também promove eventos com serviços de Buffet, fato este que não incide ICMS, e sim ISSQN, com a correspondente emissão de nota fiscal; que basta uma simples conferida nas notas fiscais para se perceber que se trata de serviços patrocinados pela requerente exclusivamente de Buffet.



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

Finalmente, vem requerer pela improcedência do auto de infração e caso restar qualquer resíduo de imposto a ser recolhido aos cofres públicos, requer desde já que seja o contribuinte incluído no programa REFIS, em andamento, oportunizando futuro pagamento ou parcelamento com os benefícios pertinentes.

A Representação Fazendária, em sua manifestação, recomendou a manutenção da sentença de primeira instância.

Em análise ao autos pode-se constatar que em relação aos contextos 4 a 7 o contribuinte declara o imposto e recolhe a menor, descumprindo desta forma obrigação principal, em relação aos valores lançados nos referidos contextos podemos verificar que os mesmos foram devidamente parcelados pelo contribuinte.

Quanto aos contextos 8 a 12, percebe-se não estar claro o histórico da infração uma vez que a mesma se refere a aproveitamento indevido de créditos e os artigos citados e os documentos juntados aos autos não tratam de aproveitamento indevido de créditos, por outro lado a autuante também não junta as notas fiscais a que se refere o referido aproveitamento indevido, portanto o auto de infração apresenta nulidades.

O fato gerador do imposto deve ser corretamente tipificado pelo agente do fisco, pois, do contrário a nulidade será sempre suscitada. Não deve haver dicotomia entre o contexto do Auto de Infração e a infração neste tipificada, buscando a máxima harmonia entre esses dois elementos. Em meu entendimento, o lançamento, quanto a tais contextos, não se sustenta, a ponto de transmitir a certeza e a liquidez que assim prescreve o ordenamento, para o fim da exigência de imposto, não precisando com clareza a matéria tributável. O Auto de Infração deve ser embasado em questões concretas e a partir de provas que sejam capazes de demonstrar as infrações denunciadas. Razões pelas quais entendo que a preliminar do cerceamento ao direito de defesa deve ser acatada.

Face ao exposto, acato a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa, em relação aos contextos 8 a 12 por não precisar com clareza à matéria tributável, argüida pelo Recorrente. No mérito, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração n.º 2007/005096 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário nos valores de R\$447,62 (quatrocentos e quarenta e sete reais e sessenta e dois centavos), R\$1.701,76 (um mil, setecentos e um reais e setenta e seis centavos), R\$2.631,04 (dois mil, seiscentos e trinta e um reais e quatro centavos) e R\$2.347,87 (dois mil, trezentos e quarenta e sete reais e oitenta e sete centavos), referentes os campos 4.11 a 7.11, respectivamente, mais acréscimos legais e suspensos pelo parcelamento.



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

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos
18 dias do mês de dezembro de 2008

Presidente

Conselheiro Relator

Representação Fazendária