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

ACÓRDÃO Nº:	048/2012
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.055
PROCESSO Nº:	2010/6040/503651
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2010/002104
RECORRENTE:	COMPANHIA DE ENERGIA ELÉTRICA DO TOCANTINS
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.031.998-6
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. AUDITORIA. RECURSO VOLUNTÁRIO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. REPETIÇÃO DO ATO. PROCESSUAL – A falta de elementos para caracterizar com precisão a infração cometida torna nulo o lançamento fiscal, nos termos do art. 35, I, "f", IV, da Lei 1.288/2001. Excessos praticados por autoridade julgadora durante a análise do processo, cujos atos induzem a equívocos cometidos na identificação das operações de saídas não tributadas maculam a imposição tributária e conduzem à sua nulidade. MANIFESTAÇÃO DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL ACOLHIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. UNÂNIME.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário interposto por Companhia de Energia Elétrica do Tocantins, com fundamento no item 2, da alínea "f", do inciso IV, do art. 26 e no inciso I, do art. 50, ambos, da Lei 1.288/2001, em face da sentença administrativa de primeira instância, de páginas 143 a 146, que julgou procedente em parte a exigência tributária formalizada por meio do auto de infração nº 2010/002104.

Contra a recorrente foi lavrado, em 15/09/2010, o precitado auto de infração, de páginas 2 e 3, para constituição, a favor da Fazenda Pública Estadual, do crédito tributário, no valor de R$108.758,55, composto pelos valores de R$45.266,70 e R$63.491,85, correspondentes ao exercício de 2005 e 2006, respectivamente.

A peça fiscal noticia que o contribuinte deixou de recolher o ICMS quando não ofereceu à tributação saídas tributadas, registradas em livros próprios como isentas e não tributadas.

Diante das irregularidades constatadas, foi invocada a previsão do parágrafo único, do art. 17, e da alínea "b", I, do art. 27, e do caput, §§ 1º e 2º, do art. 46, todos, da Lei 1.287/2001.

A notificação do lançamento foi efetuada, em 24/09/2010, por via postal, mediante aviso de recebimento, AR, de páginas 92, nos termos do inciso I, do art. 22, da Lei 1.288/2001.

Tempestivamente, com fundamento no art. 45, e no item 2, da alínea "d", do inciso III, do art. 26, ambos, da Lei 1.288/2001, foi apresentada impugnação, de páginas 93 a 102, subscrita pelo diretor de planejamento e projetos especiais, cujos argumentos são do seguinte teor:

PRELIMINARMENTE:

I – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE

Justifica que o auto de infração em litígio é nulo por exigir imposto em duplicidade, cuja exigência do ICMS durante o mesmo período já foi feita sob o mesmo fundamento por meio do auto de infração 2008/000720.

II – DECADÊNCIA

Alega que ainda que ultrapasse a nulidade apontada, deve-se reconhecer a decadência do período lançado, cuja autuação desrespeita o disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, CTN.

NO MÉRITO:

I – DA ISENÇÃO DO ICMS NAS FATURAS DE ENERGIA DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Argumenta que mesmo que fossem superadas as preliminares arguidas, a presente autuação está exigindo valores de ICMS relativos ao fornecimento de energia elétrica a diversos órgãos da administração pública estadual, cujos órgãos são isentos conforme dispõe o art. 2º, LXXXI, "a", do Regulamento do ICMS, RICMS.

II – DA ISENÇÃO DO ICMS EM RELAÇÃO AOS CONSUMIDORES BENEFICIADOS POR TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL, TARE.

Acusa ainda que a peça fiscal exige ICMS a contribuintes beneficiários de isenção concedida por meio de TARE, firmados nos termos do artigos 5º, 39, 40, da Lei 1.287/2001 e art. 514, do RICMS.

Acrescenta também que há consumidores incluídos no Programa de Industrialização Direcionada, PROINDÚSTRIA, que fazem jus a diversos benefícios

fiscais, em conformidade com a Lei 1.385/2003 e o disposto no art. 2º, LXXXVIII, do RICMS.

Por fim, requer que seja reconhecida a nulidade do auto de infração por duplicidade de lançamento, caso seja superada essa preliminar, que se reconheça a decadência, e no mérito que seja julgado improcedente.

Em atendimento ao Despacho nº 167/2011 – CAT/JPI/DBA, de páginas 119, foi feita juntada aos autos do processo 2008/6040/500979.

Por meio do Despacho nº 188/2011 – CAT/JPI/DBA, de páginas 121, a julgadora monocrática destaca que o presente auto de infração foi lavrado em substituição ao de nº 2008/000720, que foi parcialmente anulado pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, COCRE, frisando que, dos valores autuados, somente uma parte foi anulada, as demais foram pagas ou absolvidas, sendo:

CAMPOS	4.11	5.11	6.11
Valores autuados	3.618,86	47.025,49	83.894,81
Valores pagos	292,70	1.936,64	27.377,58
Valores absolvidos	1.243,37	22.453,86	34.432,88
Valores nulos	**2.082,79**	**22.634,99**	**22.084,35**

Esclarece que o Despacho CAT nº 437/2009, solicita que sejam refeitos os trabalhos somente em relação à parte anulada. Porém, no levantamento, de paginas 5 a 56, foram incluídos documentos fiscais da parte absolvidas, cuja decisão foi confirmada pela Segunda Instância.

Por esses motivos, retorna os autos à Delegacia de origem para que os autuantes refaçam o levantamento somente com os documentos fiscais da parte anulada, lavrando termo de aditamento com as alterações advindas.

Assim, os auditores elaboraram os demonstrativos, sintéticos e analíticos, de páginas123 a 125, contendo os valores autuados e absolvidos pelo COCRE durante o julgamento do referido auto de infração, bem como, o Termo de Aditamento, de páginas 126, retificando os valores lançados, cuja ciência foi dada ao contribuinte, nos termos do art. 22, I, da Lei 1.288/2001.

O referido termo de aditamento ensejou abertura de prazo à autuada que, oportunamente, apresenta nova impugnação reiterando os argumentos pronunciados na anterior relativamente a *"isenção do ICMS nas faturas de energia dos órgãos públicos e a isenção do ICMS em relação aos consumidores beneficiados por TARE*."

Renova o pedido de reconhecimento da nulidade do auto de infração por duplicidade de lançamento, e no mérito pede que seja julgada procedente a sua impugnação para cancelar o lançamento fiscal.

Adveio então a decisão de primeira instância, de páginas 143 a 146, que julgou procedente o auto de infração em litígio.

A sentenciante fundamentou sua decisão discordando dos argumentos expostos pela impugnante. Esclareceu que o auto de infração 2008/000720 já foi julgado pelo COCRE, e que por meio do referido termo de aditamento foram excluídos da autuação os valores relativos às operações de fornecimento de energia a órgãos da administração pública estadual e aos contribuintes beneficiários de isenção em decorrência de TARE.

Fundamenta ainda que na presente autuação foram incluídas somente notas fiscais/faturas de empresas que não se enquadram nos requisitos de isenção de ICMS, com base na decisão anterior. E que apenas energia empregada no processo de produção, industrialização ou manipulação são isentas, mas que a impugnante não conseguiu comprovar que as notas fiscais autuadas não se enquadram nessa situação.

A notificação da sentença de primeira instância foi efetuada, em 13/02/2012, por via postal, mediante aviso de recebimento, AR, de páginas 149, nos termos do inciso III, do artigo 22, da Lei 1.288/2001.

Inconformado, o sujeito passivo, no prazo e forma legais, interpôs recurso voluntário, de páginas 150 a 157, com as seguintes alegações:

1 – que o lançamento fiscal se refere a períodos em que a Secretaria da Fazenda, SEFAZ, ainda não havia comunicado a Recorrida a suspensão ou revogação de TARE de beneficiários de isenção de ICMS.

2 – que a SEFAZ informa mensalmente à recorrente a relação dos consumidores beneficiários de isenção, a fim de materializar o referido benefício, cuja comunicação é assinada pelo Secretário da Fazenda.

3 – que somente após expressa notificação por parte da Fazenda Estadual é que a recorrente aplica ou cancela as isenções fiscais, mas que a decisão primeiro grau sustenta que "*as Portarias de revogação de TAREs foram publicadas no Diário Oficial, dando ampla publicidade ao fato. Ainda que a Secretaria da Fazenda envie ofícios todos os meses informando quais as empresas beneficiárias do Programa Pró-Indústria, a empresa deve estar atenta às publicações do Diário Oficial*", e que tal entendimento viola frontalmente o art. 100, III, do CTN, segundo o qual as práticas reiteradas das autoridades administrativas estabelecem compromisso entre as partes.

Segue assinalando que esse entendimento conduz ao reconhecimento da absoluta inutilidade e ineficácia da comunicação assinada pelo próprio Secretário da Fazenda, pois desta forma, a comunicação por ele enviada não merece fé.

Ressalta ainda que a decisão recorrida viola o princípio da moralidade, art. 37, caput, da Constituição Federal, pois se traída pela Administração Pública ao constatar que as comunicações enviadas com a relação das empresas beneficiárias de isenção não tem nenhuma utilidade.

Finalmente, requer que seja dado provimento ao recurso voluntário para reformar a r. decisão recorrida para cancelar integralmente o lançamento fiscal em relação aos fatos impugnados.

Instado a se pronunciar, o representante da Fazenda Pública Estadual, rejeita as alegações da recorrente e oferta parecer para negar provimento ao recurso voluntário e manter a sentença singular.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso voluntário, subscrito pelo vice-presidente executivo da empresa, preenche os requisitos para a admissibilidade, nos termos do artigo 20 e do inciso I, do artigo 50, ambos, da Lei 1.288/2001. Foi interposto dentro do prazo previsto no item 2, da alínea "f", do inciso IV, do artigo 26, do mesmo diploma legal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Para registro, fica consignado que o direito à prestação jurisdicional no âmbito administrativo deste Conselho somente se efetiva com a interposição de impugnação ou de recurso por quem detém poderes de representação do sujeito passivo, nos termos previstos em seus atos constitutivos, ou ainda por delegação de mandato a profissional de formação jurídica, regularmente, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, OAB, nos termos dos artigos 20, da Lei 1.288/2001.

E mais, a intervenção direta de pessoa jurídica é aquela que se contrapõe à processada por meio de advogado devidamente inscrito na OAB.

Assim sendo, verifica-se que a controvérsia nasceu da reconstituição de procedimento de auditoria, o qual constatou que o sujeito passivo deixou de oferecer à tributação saídas tributadas pelo ICMS, registradas em seus próprios livros como isentas e não tributadas.

Em sede de impugnação a autuada faz juntada de cópia do auto de infração nº 2008/000720, de páginas 108 e 109, referente aos mesmos períodos e fatos geradores, por meio do qual foi feito o lançamento fiscal dos valores de R$47.025,49 e R$83.894,81, correspondentes aos exercícios de 2005 e 2006, respectivamente.

Conforme consta do relatório, o precitado auto de infração foi julgado parcialmente nulo pela Sentença Administrativa nº 1.205/2008, conforme cópia de páginas 113 a 117, da lavra da Julgadora de Primeira Instância Denise Baiochi Alves, a qual foi confirmada pelo COCRE, mediante acórdão nº 336/2009, constante das páginas 998 a 1001, do processo 2008/6040/500979.

Portanto, trata-se de repetição de lançamento em virtude da decisão prolatada, que decidiu pela nulidade parcial do procedimento fiscal anteriormente efetuado contra a empresa.

De igual forma, esse processo também foi distribuído à mesma julgadora que, por intermédio do Despacho nº 188/2011 – CAT/JPI/DBA, de páginas 121, encaminha o processo aos autuantes para que refaçam o procedimento somente

com os documentos fiscais da parte anulada, com a elaboração de termo de aditamento com as alterações advindas.

Os termos do encimado despacho são incisivos: somente com os documentos fiscais da parte anulada. Inclusive, com a demonstração dos valores globais considerados pagos, absolvidos, nulos e condenados.

Ora, trata-se de uma tarefa impossível, haja vista que os autores do procedimento não possuem "bola de cristal" para identificar as notas fiscais, cujos impostos foram recolhidos, condenados, absolvidos e considerados nulos, em um universo de 52 laudas, que contém cada uma, em média, 30 linhas com a discriminação dos dados relativos aos respectivos documentos fiscais que apresentaram irregularidades, conforme páginas 5 a 56, dos autos.

Nota-se que para elaborar o termo de aditamento, de páginas, 126, com os valores indicados pela julgadora monocrática, os autores do procedimento tiveram de produzir os demonstrativos, de páginas 124 e 125, com a composição dos valores, em tese, mensalmente, absolvidos pela COCRE.

É preciso deixar claro que no demonstrativo relativo ao exercício de 2005 não figura os meses de agosto e setembro, o que entendo que se trata de indicativo da dificuldade ou mesmo da impossibilidade dos autuantes de localizar individualmente cada valor para compor o montante dos valores confessados, condenados, absolvidos e julgados nulos pelo citado acórdão 336/2009 deste Conselho, bem como, mostra-se impossível identificar o número da nota fiscal cujo tributo o sujeito passivo alega que foi recolhido se não há sua identificação no documento de arrecadação.

Importa ressaltar que a auditoria foi executada com base na análise das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, por meio das quais apurou o imposto devido em cada operação não ofertada à tributação.

Caberia, via de regra, ao contribuinte informar corretamente os números dos documentos fiscais relativos aos impostos por ele efetivamente recolhidos, de acordo com suas alegações, bem como, à julgadora monocrática, em sentença, e ao COCRE, em decisão, adequadamente fundamentadas, a discriminação individual dos dados relativos às notas fiscais, cuja exigência tributária foi julgada nula, absolvida e condenada.

Desta forma, sim, seria possível identificar com precisão e segurança os documentos fiscais, cujos impostos não foram recolhidos pela recorrente e encontrar o montante por ela, de fato, devido.

Com efeito, o valor dos impostos supostamente elididos está totalmente descaracterizado nos autos, bem como os elementos comprobatórios que subsidiam a autuação, em afronta ao que dispõe o art. 35, I, "f" e IV, da Lei 1.288/2001, do qual se extrai:

> "**Art. 35.** O Auto de Infração:
>
> I – formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:
> (...)

> f) a base de cálculo, alíquota aplicável e o valor originário da obrigação;
> (...)
>
> IV – contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar."

Diante desses fatos, questiono como é possível que em uma sentença monocrática e em uma decisão final proferida por um colegiado possam coexistir resoluções tão contrastantes como de procedência, nulidade, improcedência e ainda a existência de valor confesso?

Além disso, a deliberação expressa no referido Despacho nº 188/2011, não está contemplada no art. 55, da Lei 1.288/2001, transcrito a seguir, o que evidencia que a julgadora singular exorbitou das suas atribuições.

> "**Art. 55.** Constatada irregularidade no processo administrativo-tributário o julgador devolverá os autos ao órgão preparador para saneamento, se o defeito:
>
> I – for de natureza formal;
>
> II – versar sobre:
>
> a) nulidade sanável;
>
> b) erro, omissão ou obscuridade;
>
> c) insuficiência de provas para formação do seu convencimento quanto à matéria de fato;
>
> d) erro na tipificação da infração."

A conjunção desses atos e fatos contribui para a formação de vício capaz de invalidar a repetição da constituição do crédito tributário, formalizada por meio do auto de infração nº 2010/002104.

Reportando aos argumentos suscitados pela sentenciante de primeira instância para julgar procedente a imposição tributária, observa-se que houve abordagem dos aspectos legais e fundamentação amparada na tese de que o "*levantamento que deu sustentação ao auto de infração* está *devidamente corrigido através do termo de aditamento e que as operações de fornecimento de energia elétrica a órgãos da administração pública estadual, a contribuintes beneficiários de isenção fiscal em decorrência de TARE* (...) *e os incluídos no Programa Pró-Indústria* ***foram excluídos da autuação***." (grifamos)

Acrescentou ainda que "*na presente autuação foram incluídas somente as notas fiscais faturas de empresas que não se enquadram nos requisitos de isenção de ICMS no fornecimento de energia elétrica, com base na decisão anterior*."

Desta forma, decidiu a sentenciante que: “Diante do exposto, conheço da impugnação apresentada, nego-lhe provimento e julgo procedente o auto de infração nº 2010/002104 ...”.

Não assiste razão à julgadora monocrática. Não é possível visualizar com clareza as correções consignadas por ela em sua sentença. E nessa hipótese, não há elementos sólidos, nos autos, suficientes para a formação de convencimento de que os valores dos créditos tributários ora exigidos, principalmente, após a elaboração do citado termo de aditamento, representam com exatidão a importância dos impostos decorrentes das saídas tributadas que não foram oferecidas à tributação.

Por força do exposto, não posso ignorar que a ocorrência dos equívocos destacados vicia a constituição do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

Em sustentação oral, o representante da Fazenda Pública Estadual, refluiu do pedido expresso em sua manifestação para ofertar parecer recomendando a nulidade do presente lançamento fiscal.

Pelas razões de fato e de direito apresentadas, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento e julgo nula a exigência tributária, formalizada por meio do auto de infração sob análise.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração pela falta de descrição clara dos fatos e, também da demonstração precisa do crédito tributário reclamado, arguida pelo conselheiro relator e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito. O Sr. Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Deides Ferreira Lopes, Evaniter Cordeiro Toledo e João Gabriel Spicker. Presidiu a sessão de julgamento aos 27 dias do mês de abril de 2012, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos 11 dias do mês de maio de 2012.

Edson Luiz Lamounier,
Presidente.

Deides Ferreira Lopes,
Conselheiro Relator.