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

ACÓRDÃO Nº:	035/2014
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.332
PROCESSO Nº:	2012/6990/500311
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2012/002043
SUJEITO PASSIVO:	TOLENTINO SUPERMERCADO LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.407.014-1
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. INFRAÇÕES APURADAS POR DIVERSOS TIPOS DE LEVANTAMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIAS FORMULADAS NUM SÓ AUTO DE INFRAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. NULIDADE. PRECEDENTES – O descumprimento dos requisitos previstos no § 2º do art. 35, da Lei 1.288/01, com redação da Lei 2.521/2011, acarreta a nulidade do auto de infração sem julgamento de mérito e, de acordo com o caso concreto, é facultada a adoção do procedimento previsto no art. 54-A da Lei 1.288/2001.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário por meio do auto de infração nº 2012/002043, contra o sujeito passivo já devidamente qualificado na peça inaugural, referente a estorno de crédito do ICMS e multa formal por falta de registros de notas fiscais de saídas, exercícios de 2009, 2010 e 2011.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal, apresentando impugnação (fls. 270/271), tempestivamente, com as seguintes alegações:

> (...) as notas fiscais levantadas pelo AFRE referem-se a notas emitidas em conjunto com cupom fiscal, ou seja, para cada cupom foi emitida uma nota fiscal do mesmo valor financeiro e fiscal com seus respectivos produtos.

Sobreveio a sentença de primeira instância às fls. 273/275, a qual em análise firmou entendimento que a presente autuação possui quatro exigências

tributárias, tendo por base o levantamento básico do ICMS e Especial, fato que contraria o disposto no § 2º do art. 35 da Lei 1.288/2001 com redação dada pela Lei 2.521/2011, razão pela qual não foram analisadas as demais preliminares apresentadas pelo sujeito passivo.

Desta forma, o ilustre julgador de Primeira instância concluiu que houve inobservância na lavratura do auto de infração de requisitos previstos nos art. 35, § 2º da Lei 1.288, assim, declarou nulo sem análise de mérito o auto de infração nº 2012/002043, nos campos 4.11, 5.11, 6.11 e 7.11. Por fim, submete a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos da alínea "f", do inciso IV do art. 56 e parágrafo único do art. 58 da Lei 1.288/01 com redação dada pela Lei nº 2.521, de 10/11/2011.

De outro lado, a Representação Fazendária – REFAZ, em parecer às fls. 276, recomenda a manutenção da decisão singular para que seja declarada a nulidade do auto de infração sobe exame.

VOTO

Visto, analisado e discutido o presente processo que exige ICMS referente a estorno de crédito do ICMS e multa formal por falta de registros de notas fiscais de saídas, exercícios de 2009, 2010 e 2011.

Analisando os autos verifica-se que o ilustre julgador *a quo* julgou sem análise de mérito, o auto de infração nº 2012/002043 nos campos 4.11, 5.11, 6.11 e 7.11 do referido auto conforme o disposto no art. 29 da Lei 1.288/01.

Neste conduto de exposição, insta trazer a colação o que dispõe o art. 35, § 2º da Lei 1.288/2001, *in verbis*:

> Art. 35. O Auto de Infração:
>
> (...)
>
> § 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 pelomesmo tipo de levantamento fiscal. (Redação dada pela Lei nº 2.521, de 10/11/2011).

Com efeito, verifica-se que andou bem o nobre julgador de primeira instância, vez que para validade do auto de infração é necessário que, no ato da sua lavratura, sejam observados os requisitos constantes na norma precitada, sob pena de incorrer em nulidade da reclamação tributária.

Neste mote, tem se posicionado o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins em casos análogos, vejamos:

> "ICMS. INFRAÇÕES APURADAS POR DIVERSOS TIPOS DE LEVANTAMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIAS FORMULADAS NUM SÓ AUTO DE INFRAÇÃO – O descumprimento do § 2º do art. 35, da Lei 1.288/01, com redação da Lei 2.521/2011, torna nulo o auto de infração." (ACÓRDÃO Nº: 083/2012)
>
> "ICMS. INFRAÇÕES APURADAS POR DIVERSOS TIPOS DE LEVANTAMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIAS FORMULADAS NUM SÓ AUTO DE INFRAÇÃO – O descumprimento do § 2º do art. 35, da Lei 1.288/01, com redação da Lei 2.521/2011, torna nulo o auto de infração." (ACÓRDÃO Nº: 084/2012)
>
> "ICMS. INFRAÇÕES APURADAS POR DIVERSOS TIPOS DE LEVANTAMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIAS FORMULADAS NUM SÓ AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE – O descumprimento do § 2º do art. 35, da Lei 1.288/01, com redação da Lei 2.521/2011, torna nulo o auto de infração." (ACÓRDÃO Nº: 052/2013)
>
> "ICMS. INFRAÇÕES APURADAS POR DIVERSOS TIPOS DE LEVANTAMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIAS FORMULADAS NUM SÓ AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE – O descumprimento do § 2º do art. 35, da Lei 1.288/01, com redação da Lei 2.521/2011, torna nulo o auto de infração." (ACÓRDÃO Nº: 053/2013)
>
> "ICMS. PROCESSUAL. DIREITO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. REEXAME NECESSÁRIO. ADMISSIBILIDADE DE PRECEDENTES. ATOS REPETITIVOS. ART. 54-A DA LEI 1.288/2001 – A inobservância dos requisitos formais dispostos no § 2º do art. 35 da Lei 1.288/2001, implica a nulidade do lançamento tributário com aplicação do art. 54-A da mesma lei, cuja redação tem a seguinte dicção: "Os Recursos Voluntários e Reexames Necessários repetitivos devem receber a mesma decisão dos anteriormente julgados, a critério dos Conselheiros, depois de ouvido o relator, se já distribuídos, e do Presidente do COCRE, se ainda não distribuídos." MANIFESTAÇÃO DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL NÃO ACOLHIDA. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. UNÂNIME." (ACÓRDÃO Nº: 057/2013)

Diante do vasto precedente supramencionado, insta transcrever o disposto no art. 54-A, § 1º da Lei 1.288/2001, senão vejamos:

> Art. 54-A. Os Recursos Voluntários e Reexames Necessários repetitivos devem receber a mesma decisão dos anteriormente julgados, **a critério dos Conselheiros, depois de ouvido o relator, se já distribuídos, e do Presidente do COCRE, se ainda não distribuídos**. (Art. 54-A acrescentado pela Lei nº 2.127, de 12/08/2009). (grifo nosso)
>
> **§ 1º Consideram-se Recursos Voluntários e Reexames Necessários repetitivos os que tratem da mesma tese de defesa relativa à mesma matéria de fato ou de direito aventada pela exigência tributária por Auto de Infração e entendimento consolidado pelo COCRE.** (§ 1º acrescentado pela Lei nº 2.127, de 12/08/2009).

De acordo com a norma colacionada, verifica-se que a adoção do procedimento constante no art. 54-A é facultativo, em que pese haver no bojo da precitada norma o termo “devem receber a mesma decisão dos anteriormente julgados”, pois faculta a sua aplicabilidade ao critério dos Conselheiros depois de ouvido o relator, se já distribuídos, e do Presidente do COCRE, se ainda não distribuídos.

Assim, a meu ver, não se trata de norma cogente revestida de caráter imperativo absoluto a qual não comporta discussão sobre a sua aplicabilidade, do contrário, entendo ser facultativo a sua aplicabilidade por estar sujeita a critérios dos julgadores que analisando o caso concreto podem optar ou não por sua adoção.

Portanto, *in casu,* tenho por bem adotar o procedimento previsto no art. 54-A da Lei 1.288/2001 para decidir pela confirmação da decisão de primeira instância, que julgou nulo o auto de infração nº 2012/002043, com fundamento no art. 35, § 2º da Lei nº 1.288/2001, extinguindo-se a presente reclamação tributária sem julgamento de mérito.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por unanimidade, em reexame necessário e na conformidade do art. 54-A, da Lei 1.288/2001, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nulo o auto de infração nº 2012/002043 e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito. O representante fazendário Rui José Diel sugeriu o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Valcy Barboza Ribeiro, Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale, Evaniter Cordeiro Toledo e João Alberto Barbosa Dias. Presidiu a sessão de julgamento aos 11 dias do mês de agosto de 2014, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos 21 dias do mês de agosto de 2014.

Edson Luiz Lamounier
Presidente

Valcy Barboza Ribeiro
Conselheiro Relator