ACÓRDÃO Nº **037/2016**
PROCESSO Nº: 2012/6040/500883
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2013/000239
REEXAME NECESSARIO Nº: 3.469
INTERESSADO: NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.391.085-5

EMENTA

ICMS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS PARA ENTREGA FUTURA SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DAS PROVAS – É nulo o auto de infração quando não contiver em anexo o demonstrativo do crédito tributário, bem como, acompanhado dos documentos e das provas em que se baseia, nos termos do Art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001, implicando em cerceamento ao direito de defesa, conforme art. 28, inciso II, da mesma Lei.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário através do auto de infração nº 2012/000239, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à emissão de documentos fiscais de vendas para entregas futuras sem o destaque do ICMS.

Foram anexadas aos autos planilhas sintéticas das vendas para entregas futuras, guias de informações e apurações mensais do ICMS, relatório de arrecadação e livros de registros de apuração do ICMS (fls. 05/174) e lavrado termo de aditamento às fls. 11, retificando a receita, a exigência tributária e o período de referência descritos nos campos 4.4, 4.5 e 4.6 do auto.

A autuada foi intimada do auto de infração e do aditivo por via postal (fls. 175), apresentando impugnação, tempestivamente, com as seguintes alegações (fls. 176/187):

Que a autoridade fiscal anotou no objeto da autuação que a impugnante não teria efetuado a operação como exigido pela legislação tributária, mas a capitulação da infração infringida e a penalidade aplicada tratam da falta de emissão de documentos fiscais; que tal ambiguidade e insegurança na determinação da infração cerceiam o direito de defesa; que não deixou, em momento algum, de proceder conforme determina a legislação tributária deste Estado, emitindo todos os

documentos exigidos pela operação; que é obrigada a utilizar Emissor de Cupom Fiscal e sendo obrigatória a emissão do ECF, não necessita emitir a nota fiscal exigida pela autoridade fiscal; que a legislação tributária prevê claramente a possibilidade de substituição da nota fiscal por cupom fiscal; que na operação de venda para entrega posterior, se feita com não contribuinte do ICMS, é obrigatória a emissão de cupom fiscal, que substituirá a nota fiscal de entrega da mercadoria; que a autuação por não emissão de documento fiscal que seja nota fiscal originada de venda para entrega futura de uma empresa varejista não pode prosperar.

Fez juntada de alteração contratual, procuração, relação de notas fiscais de simples faturamento, notas fiscais e cupons fiscais (fls. 187/462).

O processo foi devolvido ao autor do procedimento (fls. 464/465) que fez juntada de intimação (fls. 467) e lavrou termo de aditamento às fls. 468 retificando o contexto descrito no campo 4.1 do auto.

O contribuinte foi intimado do aditivo por ciência direta no próprio termo, apresentando manifestação às fls. 471/473, alegando:

Que a expressão retirada está discriminada no objeto da autuação, substanciando a acusação; que ao retirá-la a autuação perde seu objeto, tornando-se nula.

Os autos foram, mais duas vezes, encaminhados ao autuante (fls. 475/476 e 486) para análise dos contextos, demonstração dos créditos tributários e juntada das notas fiscais, mas o auditor fiscal emitiu manifestação às fls. 478/483 e 4888/489 sem dar cumprimento aos despachos exarados.

O julgador de primeira instância em sentença proferida as fls. 492/494 aduz;

Preliminarmente, o autor do procedimento não juntou aos autos os demonstrativos dos créditos tributários, nem os documentos comprobatórios dos fatos, nos termos do que preceitua o art. 35, inciso IV da Lei nº 1.288/01.

O processo retornou ao autuante por três vezes (fls. 464/465, 475/476 e 486), mas não houve o cumprimento dos despachos exarados pelas instâncias julgadoras.

Outro fato a ser destacado é que foi lavrado termo de aditamento retificando o contexto descrito no campo 4.1, mas os demais contextos (campos 5.1 e 6.1) não foram corrigidos. E a autuada somente foi intimada da primeira manifestação do auditor fiscal aos autos. Das demais (fls. 478/784 e 488/489) não houve notificação.

Sendo assim, entendeu que está caracterizada a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte previsto no art. 28, inciso II da Lei nº 1.288/01.

Diante do exposto, julgou NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2012/000239:

Campo 4.11 - no valor de R$ 111.802,70 (cento e onze mil, oitocentos e dois reais e setenta centavos);

Campo 5.11 - no valor de R$ 390.031,08 (trezentos e noventa mil, trinta e um reais e oito centavos) e

Campo 6.11 - no valor de R$ 513.266,16 (quinhentos e treze mil, duzentos e sessenta e seis reais e dezesseis centavos).

A Representação Fazendária em reexame necessário as fls. 495/496, fundamentou sua manifestação que há duas preliminares. A primeira preliminar é referente a nulidade por falta de demonstrativo do crédito. A outra é a nulidade por cerceamento do direito de defesa por deixar de garantir a ciência do contribuinte, das três manifestações promovidas pela autuante.

Quanto ao mérito, entende que a emissão de cupom fiscal em substituição a Nota Fiscal com CFP 5.117 e 6.117 na entrega à domicílio do adquirente, não contribuinte do ICMS é avalizado pelo artigo 155 e seu § 5º do Dec. 2.912/2006).

Acatou os argumentos feitos pela Julgadora de Primeira Instância, manifestou-se pela confirmação da decisão da sentença proferida pela Julgadora Singular. Manifestando-se pela NULIDADE do Auto de Infração. Se vencida esta etapa, pede para julgar pela improcedência da reclamação tributária.

O contribuinte manifestou-se quanto à decisão de primeira instância as fls. 501/505 nos seguintes termos;

Resta claro que foi caracterizada a nulidade por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que tais omissões trouxeram insegurança ao lançamento tributário. O Auto de Infração deve ser revestido de verdade, devendo atender ao que preconiza o Art. 142 do CTN.

Faz menção ao artigo 28 Inc, II da lei 1288/01 enfatizando a nulidade reitera sua concordância com a nulidade do Auto de Infração como decidiu acertadamente a julgadora singular.

Por fim, esclarece que a representação fazendária já manifestou quanto ao teor da sentença, confirmando o mesmo entendimento da ilustre julgadora pela

nulidade da autuação. E foi além ao observar que caso seja superada a nulidade o Auto de Infração deve ser julgado IMPROCEDENTE.

.

É o relatório.

VOTO

Visto, analisado e discutido o presente processo que exige ICMS, referente à emissão de documentos fiscais de vendas para entregas futuras sem o destaque do ICMS.

A julgadora de primeira instância declarou nulo o auto de infração, fundamentando sua decisão na impossibilidade do sujeito passivo analisar os demonstrativos anexados aos autos, o autor do procedimento não juntou aos autos os demonstrativos dos créditos tributários, nem os documentos comprobatórios dos fatos, nos termos do que preceitua o art. 35, inciso IV da Lei nº 1.288/01.

O processo retornou ao autuante por três vezes (fls. 464/465, 475/476 e 486), mas não houve o cumprimento dos despachos exarados pelas instâncias julgadoras.

Outro fato a ser destacado é que foi lavrado termo de aditamento retificando o contexto descrito no campo 4.1, mas os demais contextos (campos 5.1 e 6.1) não foram corrigidos. E a autuada somente foi intimada da primeira manifestação do auditor fiscal aos autos. Das demais (fls. 478/784 e 488/489) não houve notificação.

A Representação Fazendária em reexame necessário as fls. 495/496, fundamentou sua manifestação, que a emissão de cupom fiscal em substituição a Nota fiscal com CFP 5.117 e 6.117 na entrega à domicílio do adquirente, não contribuinte do ICMS é avalizado pelo artigo 155 e seu § 5º do dec. 2.912/2006).

Nos autos não ficou evidenciado que todos os cupons foram emitidos e não houve a demonstração do crédito como bem enfatizou a julgadora singular.

Assim, a demonstração de todos os elementos que deram causa ao lançamento do crédito tributário é condição essencial para a comprovação dos fatos decorrentes da omissão vislumbrada, a fim de que a ação do Fisco não seja conduzida por meros indícios, mas amparada em provas documentais, bem como, a descrição clara e segura dos fatos apurados, os quais tornam inafastáveis às conclusões sobre a ilicitude das operações objeto da autuação em contenda, nos termos dos dispositivos do art. 35, da Lei 1.288/2001,

Nessa direção, somente o conjunto dos documentos fiscais que deram origem aos cálculos constantes das planilhas juntadas aos autos permitiriam o convencimento das ocorrências descritas na inicial. A presença das precitadas inexatidões, inquestionavelmente, dá causa à nulidade do lançamento por defeito de estrutura e vício formal estampada, como já dito, pela divergência entre os elementos que compõem a peça básica e todos os documentos que serviram de provas na sustentação do feito, cuja harmonia é indispensável à correta configuração desse ato jurídico-administrativo.

.

E nessa hipótese, não há elementos sólidos, nos autos, suficientes para a formação de convencimento de que os valores dos créditos tributários ora exigidos representam com exatidão a ocorrência de sonegação de imposto.

Assim sendo, conforme o acima narrado torna-se difícil ou quase impossível a compreensão do fato ocorrido, devendo, portanto o auto de infração ser julgado nulo, pois não atende o disposto no art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001, a saber:

> **Art. 35.** O Auto de Infração:
>
> I – formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:
> (...)
>
> IV – contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

A conjunção dessas circunstâncias caracteriza a situação prevista no inciso II, do art. 28, da Lei 1.288/2001, *in verbis*:

> Art. 28. É nulo o ato praticado:
> [...]
>
> II – com cerceamento de defesa;

Desta forma, voto para julgar nulo o auto de infração e extinto o processo sem julgamento de mérito, mantendo assim a decisão da julgadora singular.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, por unanimidade, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nulo o auto de infração nº 2012/000239 e extinto o processo sem julgamento de mérito. O representante fazendário Hyun Suk Lee fez sustentação oral pela Fazenda Pública e solicitou o refazimento dos trabalhos de auditoria conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros José Wagner Pio de Santana, Guilherme Trindade Meira Costa, José Cândido de Moraes, Felipe Falcão de Lima, João Alberto Barbosa Dias e Paloma Arruda Ferreira Pincinato. Presidiu a sessão de julgamento aos 13 dias do mês de abril de 2016, o conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos dois dias do mês de maio de 2016.

Suzano Lino Marques
Presidente

José Wagner Pio de Santana
Conselheiro relator