ACÓRDÃO Nº	**039/2016**
PROCESSO Nº:	2013/6040/500421
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2013/000120
REEXAME NECESSARIO Nº:	3.470
INTERESSADO:	NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.393.039-2

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. 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 2013/000120, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente ao ICMS Substituição Tributária nas operações interestaduais com aparelhos celulares e cartões.

Foram anexadas aos autos planilhas sintéticas das transferências para comercialização de produtos com substituição tributária, relação de notas fiscais de transferências e resumos da apuração do ICMS (fls. 04/130).

A autuada foi intimada do auto de infração por ciência direta, apresentando impugnação, tempestivamente, com as seguintes alegações (fls. 132/138):

Que a autoridade fiscal não verificou a existência de autuação idêntica ainda em trâmite, constante no auto de infração nº 2012/000235; que o objeto de autuação, bem como os períodos questionados são exatamente os mesmos, ou seja, os mesmos fatos geradores; que quando ocorre a saída do Centro de Distribuição localizado no Estado de Goiás é desfeita a substituição tributária anteriormente recolhida; que elaborou planilha constando todas as notas fiscais com as respectivas guias de recolhimento ao Estado do Tocantins através de GNRE; que

não houve omissão no recolhimento do ICMS-ST referentes às transferências de celulares e cartões inteligentes.

Fez juntada de relação das guias pagas da substituição tributária, notas fiscais, documentos de arrecadação, guias de recolhimentos nacionais e procuração (fls. 139/644).

O processo foi devolvido ao autor do procedimento (fls. 646/647) que apresentou manifestação (fls. 649/650) e lavrou termo de aditamento às fls. 651 retificando as infrações tipificadas nos campos 4.13, 5.13 e 6.13 do auto de infração.

O contribuinte foi intimado do aditivo por via postal (fls. 655), mas não se manifestou.

Os autos foram, mais uma vez, encaminhados ao autuante (fls. 658/659) que fez juntada do auto de infração nº 2012/000235, planilhas sintéticas das transferências para comercialização de produtos com substituição tributária e relação de notas fiscais de transferências (fls. 661/705), lavrou termo de aditamento às fls. 706 retificando as bases de cálculos dos campos 4.8, 5.8 e 6.8, os valores originários dos campos 4.11, 5.11 e 6.11 e as infrações dos campos 4.13, 5.13 e 6.13 do auto, apresentando manifestação às fls. 707/708.

A autuada foi intimada por ciência direta (fls. 708), apresentando impugnação às fls. 711/713, alegando:

Que a autoridade fiscal não excluiu todas as notas às quais o pagamento foi comprovado; que uma vez que houve alteração no objeto da autuação e no valor da exigência, tais fatos ressaltam a insegurança da autoridade fiscal.

Fez juntada de relação de notas fiscais, documentos de arrecadação e guias de recolhimentos (fls. 714/758).

O processo foi remetido novamente ao auditor fiscal (fls. 760) que solicitou maiores esclarecimentos ao Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais sobre as juntadas de cópias dos documentos de arrecadação (fls. 762), sem dar cumprimento ao despacho exarado pela instância julgadora.

A julgadora de primeira instância em sentença proferida as fls. 765/768 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 auditor por três vezes (fls. 646/647, 658/659 e 760), mas não houve o cumprimento dos despachos exarados pela instância julgadora. Em sua manifestação às fls. 762 o mesmo solicita esclarecimento ao Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais sobre as cópias dos documentos de arrecadação anexados pela impugnante.

As competências do COCRE estão previstas no art. 14 do Anexo Único do Decreto nº 3.198/2007 e, dentre elas, não consta que o referido órgão deva prestar esclarecimentos sobre dúvidas suscitadas pelo autuante.

O autor do procedimento fez juntada do Auto de Infração nº 2012/000235 (fls. 661/663), mas não provou que o mesmo tenha sido julgado nulo pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins.

Outro fato a ser ressaltado é que foi lavrado termo de aditamento alterando as bases de cálculos e os valores originários lançados na inicial, mas não foram corrigidos os contextos, ficando as descrições dos ilícitos em dissonância com o aditivo.

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, julgo NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2013/000120:

Campo 4.11 do termo de aditamento às fls. 706 - no valor de R$ 145.005,20 (cento e quarenta e cinco mil, cinco reais e vinte centavos);

Campo 5.11 do aditivo às fls. 706 - no valor de R$ 188.460,63 (cento e oitenta e oito mil, quatrocentos e sessenta reais e sessenta e três centavos) e

Campo 6.11 do termo às fls. 706 - no valor de R$ 154.553,12 (cento e cinqüenta e quatro mil, quinhentos e cinqüenta e três reais e doze centavos).

A Representação Fazendária em Reexame necessário as fls.769/770, fundamentou sua manifestação que há duas preliminares. A primeira preliminar é referente a cerceamento do direito de defesa nulidade por falta de demonstrativo do crédito tributário referentes aos campos 4.1; 4.11; 561; 5.11; 6.1 e 6.11 pela força do segundo termo de aditamento. E outra é a nulidade é a litispendência em relação ao auto de infração nº 2012/000235 conforme informado pelo autuante na fls. 707, este processo que no SIAT aparece com a numeração 2012/6040/500871 é um processo morto e arquivado. Foi julgado nulo.

Quanto ao mérito, entende que o contribuinte apresenta as cópias dos DARES recolhidos. E o autuante promove a revisão do lançamento, emitindo seu

segundo termo de Aditamento fls. 706. Os levantamentos revisados do ano de 2009 estão nas fls. 664/675 e do ano de 2010 nas fls. 676/691 e do ano de 2011 nas fls. 692/705. Mas o autuante deixou de expurgar do seu levantamento revisado, as centenas de notas com DARES já pagos das fls. 715/758 afetando a certeza dos valores do auto de Infração.

E avocando o Art. 11, III, IX, do Dec. 3.198/2007 e Art. 5º, IV,§ 1º da lei 1288/01 sugere que o processo seja colocado em diligência para que o autuante ou seu substituto legal promova a revisão do levantamento.

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 que o processo seja colocado em Diligência.

O contribuinte manifestou-se quanto a decisão de primeira instância e da representação fazendária as fls. 775/779 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 1.288/01 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.

No que tange ao pedido alternativo de diligência entende não ser pertinente, tendo em vista que os vícios constatados são insanáveis, o que impõe, assim, o dever de se julgar nulo o Auto de Infração.

Ademais, o procedimento fiscal adotado pelo contribuinte está contemplado na legislação tributária estadual, TARE e a Lei 1.201/2000.

É o relatório.

VOTO

Visto analisado e discutido o presente processo que exige ICMS Substituição Tributária nas operações interestaduais com aparelhos celulares e cartões.

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 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 autor do procedimento fez juntada do Auto de Infração nº 2012/000235 (fls. 661/663), mas não provou que o mesmo tenha sido julgado nulo pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins.

Outro fato a ser ressaltado é que foi lavrado termo de aditamento alterando as bases de cálculos e os valores originários lançados na inicial, mas não foram corrigidos os contextos, ficando as descrições dos ilícitos em dissonância com o aditivo.

O processo retornou ao auditor por três vezes (fls. 646/647, 658/659 e 760), mas não houve o cumprimento dos despachos exarados pela instância julgadora.

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

Certifico que na conformidade da ata da sessão ordinária hoje realizada, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nulo o auto de infração nº 2013/000120 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 12 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