

**Contencioso Administrativo-Tributário**

<b>ACORDÃO Nº:</b>	<b>151/2018</b>
<b>PROCESSO Nº:</b>	2013/6040/501669
<b>REEXAME NECESSÁRIO Nº:</b>	3.745
<b>AUTO DE INFRAÇÃO Nº:</b>	2013/000954
<b>INTERESSADO:</b>	BLASTER COM E SERV EM EXPLOSIVOS LTDA.
<b>INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:</b>	29.379.095-7
<b>RECORRENTE:</b>	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

**EMENTA**

ICMS. SALDO CRÉDOR DE CAIXA. SUPRIMENTO DE CAIXA NÃO COMPROVADO. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE. É nulo a reclamação tributária quando a infração descrita no auto de infração não está devidamente demonstrada, caracterizando cerceamento de defesa.

**RELATÓRIO**

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à exigência de ICMS baseada no levantamento conta caixa no valor de R\$ 61.053,72 (sessenta e um mil cinquenta e três reais e setenta e dois centavos) de 2009.

Foram anexados ao presente processo o Levantamento da conta caixa reconstituição e relação de suprimento de caixa (fls. 04/2009).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e por meio de advogado apresentou tempestivamente impugnação e arguindo preliminar de nulidade do auto de infração por afronta ao inciso IV, do art. 35 e art. 28 da Lei nº 1.288/01, por falta de apresentação de documentos na intimação, que a falta dos documentos impossibilita o exercício do direito de defesa (fls. 12 a 15).

Por sua vez o julgador por meio de despacho devolveu o processo para saneamento e manifestação sobre a impugnação (fls. 24/25).

A autora do lançamento aditou o auto de infração alterando o campo 4.13 e juntou o livro razão e extratos bancários, fls. 27/307.



O sujeito passivo foi intimado por via postal e compareceu ao feito somente para afirmar a ciência do termo de aditamento, reiterar suas alegações anteriores e requerer o encaminhamento do processo para julgamento (fls. 308).

A julgadora de primeira instância relata que os requisitos mínimos e necessários a serem observados na lavratura do auto de infração estão previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/2011.

A impugnação ao auto de infração é tempestiva e foi apresentada por advogado legalmente constituído, nos termos do *caput* do art. 20 da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 2.521/2011.

Os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 2.598/12.

A autuante identificada no campo 6 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário.

A presente lide é referente à exigência de ICMS decorrente a presunção de saída de mercadoria desacobertas de documento fiscal, caracterizada pela constatação de omissão de receitas no exercício de 2009 no valor de R\$ 61.053, 72 (sessenta e um mil cinquenta e três reais e setenta dois centavos) conforme auto de infração (fls. 02/03).

A pretensão fiscal está tipificada no inciso III, do art. 44 c/c alínea “b” do inciso I do art. 21, ambos da Lei 1.287/2001, conforme termo de aditamento ao auto de infração (fls. 27).

A penalidade sugerida no campo 4.15 do auto de infração é a prevista na alínea “a” do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/2001.

O sujeito passivo arguiu preliminar de nulidade do presente auto de infração por afronta ao inciso IV, do art. 35 e art. 28 da Lei nº 1.288/2001, no entanto, com a elaboração do termo de aditamento a autuada não fez nenhuma arguição, por este motivo deixou de apreciar a preliminar.

A julgadora descreve em sua sentença que o *“levantamento fiscal que amparou a peça básica a descrição da infração e a tipificação indicada no campo 4.13 do termo de aditamento não há consonância pois o levantamento fiscal que originou o crédito é o levantamento da conta caixa reconstituição que apurou omissão de vendas no mês de maio e a tipificação da infração indicada no campo 4.13 do termo de aditamento fundamenta a infração na presunção da ocorrência do fato gerador do imposto o fato de a escrituração indicar suprimimento de caixa não comprovado”* previsto no art. 21, inciso I alínea “b” da Lei nº 1.287/01.

**Art. 21.** Presume-se ocorrido o fato gerador do imposto, salvo prova em contrário:

I – o fato de a escrituração indicar:



- a) saldo credor de caixa;
  - b) suprimientos de caixa não comprovados;
- .....

Desta forma conclui que a descrição da infração não está clara caracterizando cerceamento de defesa previsto no inciso II do art. 28 da Lei 1.288/01, diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, deu-lhe provimento e julgou NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2013/000954 (fls. 314/317).

Submeteu 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, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11 e parágrafo único do art. 58, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15).

Em parecer da Representação Fazendária, fls. 318 e 319, faz breve relato sobre o conteúdo processual e relata que “o art. 21, inciso I, alínea “a” da lei 1.287/2001, mesmo não tendo relação direta com a descrição da infração, o inciso III do art. 44 está diretamente relacionado com o crédito apurado” com a narrativa infracional e entende que a tipificação está correta e devidamente demonstrado contendo todos os elementos de prova; pede a reforma da sentença de primeira instancia para procedência do auto de infração.

É o relatório.

## VOTO

Visto, analisado e discutido, o presente auto de infração nº 2013/000954, contra o contribuinte acima qualificado na peça inaugural, referente à recolhimento a menor de ICMS exigência de ICMS baseada no levantamento conta caixa no valor de R\$ 61.053,72 (sessenta e um mil cinquenta e três reais e setenta e dois centavos) de 2009.

O ICMS nasce com a ocorrência do fato gerador, não há em se falar em exigência de ICMS sem previsão legal.

Fazendo breve reflexão, na legislação tributária, quando nos referimos a fato gerador do imposto – ICMS, tratamos de forma objetiva mas nos casos de fato gerador presumido, art. 21 da lei 1.287/01 é diferente! Dispositivo legal específico que possibilita ao Estado a requerer ICMS por presunção de ocorrência de fato gerador através de instrumentos de apuração e/ou documentos específicos.

Quanto às presunções definidas no Código Tributário Estadual – CTE, as mesmas devem constituir relação com o fato real apurado, traduzindo-se em um



vínculo jurídico que se estabelece entre o fato indiciário e o aplicador da norma, podendo com isso constituir indiretamente um fato.

Na sequência desse raciocínio, o dizer de FERRAGUT (2001, pg. 62) assim complementa: “Já como fato, presunção é consequente da proposição (conteúdo do consequente do enunciado prescritivo) que relata um *evento* de ocorrência fenomênica *provável* e passível de ser refutado mediante apresentação de provas contrárias. É prova indireta, detentora de referência objetiva, localizada em tempo histórico e espaço social definidos.” (grifo nosso)

O autor do procedimento descreve a infração cometida da seguinte forma: “deixou de recolher o ICMS na importância de R\$ 61.053,72 referente a omissão de saída de mercadoria tributadas e não registradas no livro próprio no valor contábil de R\$ 359.139,55, relativas ao período de 2009 conforme foi constatado por meio do levantamento conta caixa, elaborado com suporte no art. 21 da lei 1.287/2001, *em anexo*” e tipificou a infração do campo 4.13, art. 44 inciso III Lei 1.287/01 c/c art. 21, inciso I alínea “b” da lei 1.287/2001 conforme termo de aditamento.

**Art. 21.** Presume-se ocorrido o fato gerador do imposto, salvo prova em contrário:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) saldo credor de caixa;

**b) suprimentos de caixa não comprovados;**

**Art. 44.** São obrigações do contribuinte e do responsável:

III – emitir, com fidedignidade, documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, tributada ou não, inclusive sujeita ao regime de substituição tributária, ainda que dispensada a escrituração;

O levantamento que se fundamentou o autor do procedimento foi o levantamento conta caixa conforme foi descrito no auto de infração campo 4.1 e a tipificação no campo 4.13 foi de “suprimentos de caixa não comprovados”, constata-se que o fato descrito não é claro e preciso conforme estabelece o art. 35, inciso I alínea “c” e inciso IV da lei 1.288/01;

**Art. 35.** O Auto de Infração:

I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:

c) a descrição clara, precisa e resumida do fato e indicação do período de sua ocorrência;



.....  
IV - contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.  
.....

Tal como no Direito Penal, no Direito Tributário o Estado acusa o contribuinte/réu alegando que este cometeu uma irregularidade contra o patrimônio do Fisco. O Fisco terá que fazer prova de que suas alegações são verdadeiras, e contribuinte/réu só poderá ser condenado em caso de haver a mais completa certeza da incorreção de seu procedimento. *“Caso a dúvida persista — ter havido empate no julgamento — a decisão só pode ser pela desoneração/absolvição do contribuinte/réu injustamente acusado ou seja: in dubio pro contribuinte”*.

Em casos análogos o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais vem adotando em suas decisões:

ACÓRDÃO Nº. : 067/2014  
PROCESSO Nº. : 2013/6640/500222  
REEXAME NECESSÁRIO : 3305  
AUTO DE INFRAÇÃO : 2013 / 000471  
INTERESSADO : MD CALÇADOS LTDA  
REQUERENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA : ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. SUPRIMENTO DE CAIXA NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA RECLAMAÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE. É nula a exigência tributária quando o auto de infração não contém em anexo os documentos que comprovam a prática do ilícito fiscal.

Considerando que está evidente a falta de clareza e precisão recomendo acolher a preliminar de nulidade da reclamação tributária constante do auto de infração nº 2013/00954 por cerceamento a defesa, por erro no levantamento e demonstrativo do crédito tributário e julgar nulo o auto de infração.

É o voto.

## DECISÃO

Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade da reclamação tributária constante do auto de infração nº 2013/00954 por cerceamento a defesa,



por erro no levantamento e demonstrativo do crédito tributário, arguida pelo conselheiro relator, e julgar extinto o processo sem análise de mérito. O representante fazendário João Alberto Barbosa Dias e o advogado da parte João Gabriel Spicker fizeram sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual e Sujeito Passivo, respectivamente. O representante fazendário solicita o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Maria das Graças Vito da Silva Veloso, Luiz Carlos da Silva Leal e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos nove dias do mês de maio de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas - TO, aos vinte e nove dias do mês de junho de 2018.

Suzano Lino Marques  
Presidente

Ricardo Shiniti Konya  
Conselheiro Relator

