

Contencioso Administrativo-Tributário

ACORDÃO Nº: 152/2018
PROCESSO Nº: 2013/6040/501684
REXAME NECESSÁRIO Nº: 3.796
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2013/000956
INTERESSADO: BLASTER COM E SERV EM EXPLOSIVOS LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.379.095-7
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. LEVANTAMENTO BASICO. ICMS DECLARADO NÃO RECOLHIDO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO ILICITO. 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 registrado e não recolhido no exercício de 2010 no valor de R\$ 23.830,14 (vinte três mil oitocentos e trinta reais e quatorze centavos) conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 61 e 62).

Foram anexados ao presente processo os Levantamentos do ICMS e planilhas (fls. 63).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e por meio de advogado apresentou tempestivamente impugnação acompanhada de documentos arguindo preliminar de nulidade do auto de infração por afronta ao inciso IV, do art. 35, da Lei nº 1.288/01 e em suas razões de mérito afirma que em confronto entre os créditos e débitos e os recolhimentos efetuados não há ICMS a recolher e o processo foi remetido para julgamento (fls. 45/58).

Por sua vez o julgador por meio de despacho devolveu o processo para saneamento e manifestação sobre a impugnação (fls. 59/60).

A autora do lançamento aditou o auto de infração alterando o campo 4.13; refez os levantamentos fiscais apurando diferença de ICMS somente no exercício de 2010 no valor de R\$ 23.830,14 (vinte três mil oitocentos e trinta reais e quatorze



centavos) e juntou relatório de arrecadação e Termo de Acordo de Regime Especial - TARE (fls. 61/90).

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. 91/97).

Novamente o julgador por meio de despacho devolveu o processo para saneamento e manifestação sobre a impugnação (fls. 98/99).

A autora do lançamento aditou o auto de infração alterando o campo 4.13 e juntou os Registros de Saída (fls. 100/167).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e por meio de advogado legalmente constituído compareceu ao feito contestando o termo de aditamento por ser incompreensível e reiterando suas alegações anteriores requereu a nulidade ou improcedência do auto de infração e o processo foi remetido para julgamento (fls. 168/173).

A julgadora de primeira instancia relata que os requisitos mínimos e necessários a serem observados na lavratura do auto de infração estão previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/2001, 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 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.598/2012.

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

A presente lide é referente à exigência de ICMS decorrente de ICMS registrado e não recolhido no exercício de 2010 no valor de R\$ 23.830,14, conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 61 e 62).

A pretensão fiscal está tipificada no inciso II, do art. 44 da Lei 1.287/2001, com redação dada pela Lei 2.549/2011 combinado com o art. 46 da Lei nº 1.287/2001, conforme termo de aditamento ao auto de infração (fls. 100).

A penalidade sugerida no campo 4.15 do auto de infração é a prevista no inciso II, 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, da Lei nº 1.288/2001, no entanto, rejeito a preliminar, tendo em vista, que mesmo que a autora apresentasse os demonstrativos, bem como, todos os documentos comprobatórios, o presente auto



de infração está contemplado de vício formal que o contamina desde o seu nascedouro.

Ora a exigência tributária em discussão é referente a tributo declarado no livro de apuração do ICMS, informado na Guia de Informação e Apuração Mensal e não recolhido pelo sujeito passivo e conforme dispõe o art. 39 da Lei nº 1.288/2001 e diante da clareza da legislação tributária que rege o ICMS vigente à época do fato gerador, conclui-se que por se tratar de imposto declarado e não recolhido, deveria o mesmo ter sido objeto de IDNR – Imposto Declarado e Não Recolhido, por não ser considerado contencioso tributário, vejamos:

Art. 39. Os procedimentos de auto lançamento e lançamentos de ofício ou por homologação do crédito tributário obedecerão às normas estabelecidas nesta Seção, desde que provenientes de: (Redação dada pela Lei 1.350 de 16.02.02).

I – tributo declarado, não recolhido e informado em guia de informação e apuração;

Além disso, o art. 40 da Lei nº 1.288/01 estabelece todos os procedimentos a serem observados na formalização do imposto declarado e não recolhido, vejamos:

Art. 40. O procedimento de que trata esta Seção formaliza-se na: (Redação dada pela Lei 1.350 de 16.02.02).

I – Agência de Atendimento do domicílio do sujeito passivo, instruído com: (Redação dada pela Lei nº 1.745 de 15.12.06).

a) documento de informação ou apuração referido no inciso I do art. 39, acompanhado de comprovante de autenticidade da declaração;(Redação dada pela Lei 1.350 de 16.02.02).

.....

Partindo daí, fica claro que estamos diante de um vício formal, o qual se originou na inobservância das normas disciplinadoras do processo administrativo tributário, onde a forma de exteriorização da exigência do ICMS declarado e não recolhido tem por escopo o IDNR e não o auto de infração, por estar definido na Lei nº 1.288/01 que se trata de matéria não contenciosa.

Desta forma, estando caracterizado o vício de forma ensejadora da nulidade do auto de infração, uma vez que a forma de exteriorização da exigência tributária, nesse caso, encontra-se viciada, diante da rigorosa previsão contida na Lei nº 1.288/01, não resta alternativa, senão considerar nulo o presente auto de infração, em virtude de não caber, no caso de imposto declarado e não recolhido, a lavratura de auto de infração.

No entanto, se faz necessário ressaltar que apesar do equívoco cometido no lançamento de ofício realizado, o qual determinou o comprometimento do feito



fiscal através de auto de infração, a decisão de nulidade não decide em definitivo em favor do sujeito passivo, resultando apenas absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida por meio do auto de infração, cuja consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que se proceda à lavratura do IDNR para cobrança do ICMS declarado e não recolhido, referente ao exercício de 2010, nos termos dos artigos 39 e 40, ambos da Lei nº 1.288/2001, isso se houver.

Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, deu-lhe provimento e julgou NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2013/000956 no valor de R\$ 23.830,14 (vinte e três mil oitocentos e trinta reais e quatorze centavos) referente ao campo 4.11 do termo de aditamento ao auto de infração (fls. 61/62).

Submeto 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 2.521/2011 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. 179 e 181, faz breve relato sobre o conteúdo processual e relata que “além da ausência de documentos comprobatórios e ainda, ausência da demonstração da materialidade do ilícito, está confuso e em desacordo com os requisitos estabelecidos na legislação tributária estadual caracterizando cerceamento da defesa e por conseguinte nulidade” pede a confirmação da sentença de primeira instancia.

É o relatório.

VOTO

Visto, analisado e discutido, o presente auto de infração nº 2013/000956, contra o contribuinte acima qualificado na peça inaugural, referente à exigência de ICMS registrado e não recolhido no exercício de 2010 no valor de R\$ 23.830,14 (vinte e três mil oitocentos e trinta reais e quatorze centavos) conforme auto de infração e termo de aditamento (fls. 61 a 62).

A sentença da Julgadora de primeira instância destaca que *“a discussão é referente a tributo declarado no livro de apuração do ICMS e diante da clareza da legislação tributária que rege o ICMS vigente à época do fato gerador, conclui-se que por se tratar de imposto declarado e não recolhido, deveria o mesmo ter sido objeto de IDNR – Imposto Declarado e Não Recolhido, por não ser considerado contencioso tributário, vejamos”*.

Art. 39. Os procedimentos de auto lançamento e lançamentos de ofício ou por homologação do crédito tributário obedecerão



às normas estabelecidas nesta Seção, desde que provenientes de: (Redação dada pela Lei 1.350 de 16.02.02).

I – tributo declarado, não recolhido e informado em guia de informação e apuração;

“Além disso, o art. 40 da Lei nº 1.288/01 estabelece todos os procedimentos a serem observados na formalização do imposto declarado e não recolhido, vejamos”:

Art. 40. O procedimento de que trata esta Seção formaliza-se na: (Redação dada pela Lei 1.350 de 16.02.02).

I – Agência de Atendimento do domicílio do sujeito passivo, instruído com: (Redação dada pela Lei nº 1.745 de 15.12.06).

a) documento de informação ou apuração referido no inciso I do art. 39, acompanhado de comprovante de autenticidade da declaração;(Redação dada pela Lei 1.350 de 16.02.02).

“Que diante de um vício formal, o qual se originou na inobservância das normas disciplinadoras do processo administrativo tributário, onde a forma de exteriorização da exigência do ICMS declarado e não recolhido tem por escopo o IDNR e não o auto de infração, por estar definido na Lei nº 1.288/01 que se trata de matéria não contenciosa, desta forma, estando caracterizado o vício de forma ensejador da nulidade do auto de infração, uma vez que a forma de exteriorização da exigência tributária, nesse caso, encontra-se viciada, diante da rigorosa previsão contida na Lei nº 1.288/01, não resta alternativa, senão considerar nulo o presente auto de infração”.

A representação fazendária seguindo o mesmo raciocínio manifesta-se que *“além da ausência de documentos comprobatórios e ainda, ausência da demonstração da materialidade do ilícito, está confuso e em desacordo com os requisitos estabelecidos na legislação tributária estadual caracterizando cerceamento da defesa e por conseguinte nulidade”* pede a confirmação da sentença de primeira instância.

O levantamento que se fundamentou o autor do procedimento foi o levantamento básico do ICMS o qual o item 25 – ICMS REGISTRADO E NÃO RECOLHIDO (IANR) valor de R\$ 23.830,14 (vinte três mil oitocentos e trinta reais e quatorze centavos) mas não determina com clareza necessária a origem desta diferença, 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”*.

Considerando que está claro a falta de clareza e precisão, recomendo acolher a preliminar de nulidade da reclamação tributária constante do auto de infração nº 2013/000956 por cerceamento a defesa, por erro no demonstrativo do crédito tributário, conforme art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001 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 2013/000956 por cerceamento a defesa, por erro no demonstrativo do crédito tributário, conforme art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001, 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.



Publicado no Diário Oficial de nº 5.153 de 12 de julho de 2018

Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Suzano Lino Marques
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

