



|                        |                                        |
|------------------------|----------------------------------------|
| ACÓRDÃO Nº:            | 041/2023                               |
| PROCESSO Nº:           | 2016/6810/500002                       |
| TIPO:                  | REEXAME NECESSÁRIO                     |
| AUTO DE INFRAÇÃO Nº:   | 2016/000144                            |
| RECORRENTE:            | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL               |
| INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: | 29.057.712-8                           |
| RECORRIDO:             | TIAGO FILHO J DA SILVA E CIA LTDA - ME |

## EMENTA

ICMS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE - É nulo o auto de infração quando não devidamente caracterizado o ilícito praticado pelo sujeito passivo, nos termos do art. 28, incisos II e IV, da Lei 1.288/2001.

## RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual, através da lavratura do auto de infração 2016/000144, constituiu no dia 29/01/16 crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inicial.

A autuação fiscal refere-se à cobrança de ICMS e seus acréscimos legais, em decorrência de aproveitamento indevido de créditos fiscais de ICMS, no período de 01.01.11 à 31.12.11, conforme constatado no LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS (fls. 04/05) e documentos de fls. 06/84, destes.

Não sendo possível a ciência pela via direta, o sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal, nos termos do Artigo 22, inciso I, da Lei 1.288/01, alterada pela Lei 1.304/02, conforme documentos às fls. 85/87, tendo comparecido tempestivamente ao processo (fls. 89/99, requerendo a anulação do presente auto de infração alegando preliminarmente que o autuante não obedeceu as recomendações do artigo 32-A e artigo 33, ambos da Lei 1288/01, no procedimento de constituição do crédito tributário em análise, uma vez que *não existe no processo o termo de abertura ou início do procedimento administrativo tributário, fato que constitui vício insanável ao referido lançamento, bem como torna irregular e ilegal a retirada dos livros fiscais e contábeis da sede da impugnante*







CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

No Mérito, insiste na anulação do auto de infração e diz:

a) – que o autuante ao elaborar os levantamentos fiscais relacionando documentos por amostragem, desrespeitou o devido processo legal, uma vez que, impossibilita e dificulta a ampla defesa e contraditório, tornando-o nulo, nos dizeres do artigo 28, da Lei 1288/01.

b) – que quanto ao objeto do auto de infração, ao analisar as notas de entradas e os livros fiscais se pode afirmar que os valores dos créditos aproveitados estão totalmente dentro dos parâmetros legais, bem como, podem ser confirmadas pelas GIAM (Guia de Apuração Mensal do ICMS).

c) – que “os relatórios trazidos pela defesa, apresentam mês a mês todas as notas fiscais individualizadas, uma a uma, com as alíquotas determinadas para cada operação, o valor do ICMS declarado nos documentos fiscais e livro fiscal impresso, demonstrando, claramente, o valor devido do crédito aproveitado”.

d) – que no trabalho fiscal foi considerada erroneamente alíquotas de 7%, 12% e 17%, para as operações interestaduais, para com Estados em que a alíquota é 12%.

e) - Finalizando, diz que a planilha anexa, demonstra que o ICMS aproveitado como crédito fiscal, condiz com os valores destacados nas notas fiscais de compra.

f)

Fez a juntada dos documentos de fls. 95/453, destes.

O processo foi devolvido à origem para que o autuante ou um substituto legal se manifestasse sobre as alegações da defesa (fls. 89/93) e para que a Agência de Atendimento de Araguaína juntasse ao processo a intimação que formalizou a ciência do lançamento, pela via postal, uma vez que a mesma não se encontra no processo.

Por sua vez, o autuante, ao retornar ao processo, faz juntada de cópia da Ordem de Serviço nº 2016/000055 e da Intimação datada de 26/01/16, assinada pelo próprio sujeito passivo e de um documento que ele chamou de TERMO DE ADITAMENTO, mas que na verdade não aditou nada. Trata-se de uma Nota Explicativa ou documento de réplica, que se opõe à impugnação da defesa.







O sujeito passivo foi Intimado novamente pela via postal (464/465), onde reiterou as alegações de NULIDADE do feito, alegando que:

01) – inobstante “a juntada do termo de intimação para apresentação de documentos fiscais, datado de 26/01/2016, não afasta em hipótese nenhuma as preliminares suscitadas na impugnação, já que, é obrigatória a notificação do contribuinte, mediante termo por escrito, acerca do procedimento administrativo que poderá ocasionar um lançamento suplementar”. Reafirma que no presente processo, não existe o termo de abertura ou de início do procedimento administrativo tributário, o que constitui vício insanável.

02) - reitera as alegações de que constituir crédito tributário utilizando provas por amostragem desrespeita o devido processo legal, uma vez que, impossibilita e dificulta a ampla defesa e contraditório, tornando-o nulo.

03)

Mais uma vez, a julgadora monocrática, devolveu os autos ao autuante ou a um substituto, para que:

a) – fosse revisado a descrição infração (campo 4.1) e a tipificação da infração (4.13), adequando-os ao ilícito supostamente cometido.

b) - apresente demonstrativo do crédito tributário, relacionando as notas fiscais que deram origem aos aproveitamentos indevidos, contendo a informação do valor do ICMS destacado nas notas fiscais, valor do ICMS correspondente as referidas notas fiscais registrado nos respectivos livros e valor do ICMS aproveitado a maior demonstrando como foi apurado o valor do crédito tributário informado no campo 4.11.

c) - apresente todas as notas fiscais que deram origem ao crédito tributário e os respectivos registros em mídia eletrônica e por amostragem em formato impresso.

d) - se manifeste sobre a manifestação da defesa.

De volta ao processo, o autuante, juntou o DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (fls. 474) e o Termo de Aditamento de fls. 475/477, destes, onde retificou o Campo 4.13 do presente Auto de Infração e reiterou as alegações já trazidas ao processo.







Mais uma vez, a INTIMAÇÃO do Termo de Aditamento foi efetivada pela via postal (fls. 478/479).

A defesa (fls. 481/484) repete os argumentos já vertidos neste processo, especialmente: que o autuante ao elaborar os levantamentos fiscais relacionando documentos por amostragem, desrespeitou o devido processo legal, uma vez que, impossibilita e dificulta a ampla defesa e contraditório, tornando-o nulo, nos dizeres do artigo 28, da Lei 1288/01 - que "os relatórios trazidos pela defesa, apresentam mês a mês todas as notas fiscais individualizadas, uma a uma, com as alíquotas determinadas para cada operação, o valor do ICMS declarado nos documentos fiscais e livro fiscal impresso, demonstrando, claramente, o valor devido do crédito aproveitado" e finalmente, que no trabalho fiscal foi considerada erroneamente alíquotas de 7%, 12% e 17%, para as operações interestaduais, para com Estados em que a alíquota é 12%.

### **Das Alegações Preliminares**

A alegação de nulidade do feito, pela inexistência no processo do termo de abertura ou de início do procedimento administrativo tributário, não merece acolhimento neste Contencioso Administrativo, uma vez que o que indica o início e delimita o período da ação fiscal é a Intimação e foi assinada e recebida pela pessoa do próprio autuado.

Diz a Lei 1.288/01:

**Art. 33.** O procedimento de constituição de crédito tributário tem início com:

I – o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por autoridade competente, notificando a exigência ao sujeito passivo ou o seu preposto; (original sem grifo)

### **RAZÕES DE FATO E DE LEI**

A impugnação é tempestiva e apresentada por parte legítima, devendo ser, portanto, conhecida.

O processo está devidamente formalizado e atende ao disposto no artigo 56 da Lei 1.288/01, com a nova redação dada pela Lei 2.521/11.

Nestes autos, o Fisco estadual exige ICMS e os acréscimos legais sob sob a acusação de aproveitamento indevido de créditos fiscais por parte da autuada.







O autuante apontou como infringidos, considerando o Termo de Aditamento de fls. 475/477, o Art. 45, inciso XVIII, c/c art. 32 e art. 46, todos da Lei 1.287/01, tendo sugerido como penalidade (Campo 4.15) a prevista no Artigo 48, inciso IV, alínea "e", da Lei 1.287/01 (alterada pela Lei 2.253/09).

Ao analisar o que dos autos constam, verificou a necessidade do mesmo ser devolvido ao autuante ou a um substituto, para saneamento, em atenção ao disposto no Artigo 35, inciso IV, da Lei 1.288/01, que exige que esteja anexado ao processo as provas em que se fundamentar a autuação, em face de que como visto, **as notas fiscais relacionadas no trabalho fiscal, não foram juntadas ao presente processo.**

Do mesmo modo, o levantamento que deu suporte à autuação não indicou da maneira correta, a origem dos valores apontados como aproveitamento indevido de crédito, uma vez que não apresentou um demonstrativo onde ficasse claro o valor do ICMS destacado nas notas fiscais, o valor do ICMS correspondente a essas notas fiscais registrados nos livros fiscais e o valor do ICMS relativos às respectivas notas fiscais aproveitado a maior, demonstrando assim, como teria sido apurado o valor do crédito informado no campo 4.11.

Não bastasse isto, no lançamento em análise, também houve inconsistência relativa ao período da ocorrência do fato gerador, pois no Campo 4.1 do AI, foi indicado o período de 01/10/11 à 31/12/11 e no Campo 4.6, 01/01/11 à 31/12/11, o que demonstra que o trabalho fiscal não atende o disposto no artigo 35, inciso I, alíneas "c", "d", "f", "e" e inciso IV, da Lei 1288/01, que diz:

**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;

d) o dispositivo legal infringido;

e) a sugestão da penalidade aplicável;

f) o valor originário do crédito tributário; (Redação dada pela Lei 2.521, de 10.11.11)

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







CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Da forma como foi apresentado o trabalho fiscal, não há como negar, que houve cerceamento do direito de defesa.

A Lei 1288/01, diz:

**Art. 28.** É nulo o ato praticado:

II – com cerceamento de defesa;

“*In casu*”, penso que de nada adiantaria devolver o processo para mais um saneamento, posto que não foram atendidos de forma eficiente os despachos de fls. 454 e 470/472, emitidos para esse fim.

Com isto, concluo que o Fisco estadual, no presente caso, não conseguiu caracterizar qualquer ilícito praticado pela autuada, impondo-se, portanto, como medida de justiça, a elisão da reclamação fiscal, a ser declarada por sentença.

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, em casos semelhantes, assim tem decidido:

**ACÓRDÃO Nº 027/2017**

**EMENTA:** ICMS. CERCEAMENTO DE DEFESA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE - É nulo o auto de infração quando ocorrer cerceamento de defesa caracterizado no art. 28, inciso II e IV, da Lei 1.288/2001. (Grifamos)

**ACÓRDÃO Nº. : 061/2018**

**EMENTA:** MULTA FORMAL. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. AUSÊNCIA DOS DEMONSTRATIVOS E DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DOS FATOS. NULIDADE - É nulo o auto de infração quando constatado a ausência dos demonstrativos e documentos comprobatórios dos fatos, em que se fundamentar, conforme art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/2001, configurando cerceamento de defesa previsto no art. 28, inciso II da mesma lei.

**ACÓRDÃO Nº. : 130/2018**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES EXTERNAS. FALTA DE DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NULIDADE - É nula a reclamação tributária que não demonstra a origem do crédito tributário, óbice ao entendimento da exigência tributária, cerceamento de defesa.

**ACÓRDÃO Nº : 0084/2019**







CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

**EMENTA:** MULTA FORMAL – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. TRANSMITIR EFD/SPED. OMISSÃO DE MOVIMENTO. FALTA DE DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DOCUMENTOS PROBATÓRIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. É nula a reclamação tributária que exige multa formal, originária da não apresentação e ou com omissão de informação do movimento na Escrituração Fiscal Digital – EFD/SPED, quando restar comprovado a falta de demonstrativo do crédito tributário, e inexistir os documentos probatórios, o que caracteriza cerceamento de defesa, nos termos do art. 28, inciso II, da lei 1.288/2001.

**DECISÃO**

O julgador de primeira, considerando formalizado o processo e tudo mais que dos autos consta, conheço da impugnação ofertada, deu-lhe provimento e julgou por sentença **NULO** sem análise do mérito o auto de infração nº 2016/000144 (fls. 02/03),

Campo 4.11 – No valor de R\$ 33.776,47 (trinta e três mil, setecentos e setenta e seis reais e quarenta e sete centavos);

A representação fazendária faz seu manifeste as fls. (491e 492) fundamentado no princípio do julgador de primeira instância, manifesta pela confirmação da sentença que julgou **NULO** o auto de infração.

Notifique-se o contribuinte da decisão,

É o relatório.

**VOTO**

A Fazenda Pública Estadual, através da lavratura do auto de infração 2016/000144, constituiu no dia 29/01/16 crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inicial.

A autuação fiscal refere-se à cobrança de ICMS e seus acréscimos legais, em decorrência de aproveitamento indevido de créditos fiscais de ICMS, no período de 01.01.11 à 31.12.11, conforme constatado no LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS (fls. 04/05) e documentos de fls. 06/84.







Nestes autos, o Fisco estadual exige ICMS e os acréscimos legais sob a acusação de aproveitamento indevido de créditos fiscais por parte da autuada. O autuante apontou como infringidos, considerando o Termo de Aditamento de fls. 475/477, o Art. 45, inciso XVIII, c/c art. 32 e art. 46, todos da Lei 1.287/01, tendo sugerido como penalidade (Campo 4.15) a prevista no Artigo 48, inciso IV, alínea "e", da Lei 1.287/01 (alterada pela Lei 2.253/09).

Ao analisar o que dos autos constam, verificou a necessidade do mesmo ser devolvido ao autuante ou a um substituto, para saneamento, em atenção ao disposto no Artigo 35, inciso IV, da Lei 1.288/01, que exige que esteja anexado ao processo as provas em que se fundamentar a autuação, em face de que como visto, **as notas fiscais relacionadas no trabalho fiscal, não foram juntadas ao presente processo.**

Do mesmo modo, o levantamento que deu suporte à autuação não indicou da maneira correta, a origem dos valores apontados como aproveitamento indevido de crédito, uma vez que não apresentou um demonstrativo onde ficasse claro o valor do ICMS destacado nas notas fiscais, o valor do ICMS correspondente a essas notas fiscais registrados nos livros fiscais e o valor do ICMS relativos às respectivas notas fiscais aproveitado a maior, demonstrando assim, como teria sido apurado o valor do crédito informado no campo 4.11.

Não bastasse isto, no lançamento em análise, também houve inconsistência relativa ao período da ocorrência do fato gerador, pois no Campo 4.1 do AI, foi indicado o período de 01/10/11 à 31/12/11 e no Campo 4.6, 01/01/11 à 31/12/11, o que demonstra que o trabalho fiscal não atende o disposto no artigo 35, inciso I, alíneas "c", "d", "f", "e" e inciso IV, da Lei 1288/01, que diz:

**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;
  - d) o dispositivo legal infringido;
  - e) a sugestão da penalidade aplicável;







CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

f) o valor originário do crédito tributário; (Redação dada pela Lei 2.521, de 10.11.11)

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

Da forma como foi apresentado o trabalho fiscal, não há como negar, que houve cerceamento do direito de defesa.

A Lei 1288/01, diz:

**Art. 28.** É nulo o ato praticado:

II – com cerceamento de defesa;

“*In casu*”, penso que de nada adiantaria devolver o processo para mais um saneamento, posto que não foram atendidos de forma eficiente os despachos de fls. 454 e 470/472, emitidos para esse fim.

Com isto, concluo que o Fisco estadual, no presente caso, não conseguiu caracterizar qualquer ilícito praticado pela autuada, impondo-se, portanto, como medida de justiça, a elisão da reclamação fiscal, a ser declarada por sentença.

Desta forma decido, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração 2016/000144 por cerceamento de defesa, sem análise de mérito.

É como voto.

## DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração 2016/000144 por cerceamento de defesa, sem análise de mérito. O Representante Fazendário Ricardo Shiniti Konya fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão







CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

de julgamento os conselheiros Josimar Júnior de Oliveira Pereira, Luciene Souza Guimarães Passos, Elena Peres Pimentel, Rui José Diel, Fernanda Halum Pitaluga e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos dezessete dias do mês de agosto de 2022, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e quatro dias do mês de fevereiro de 2023.

Josimar Júnior de Oliveira Pereira  
Conselheiro Relator

João Alberto Barbosa Dias  
Presidente

