GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:	049/2013
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.220
PROCESSO Nº:	2012/6640/500175
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2012/000335
SUJEITO PASSIVO:	SCALON MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA – EPP
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.384.893-9
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. FALTA DE CLAREZA DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA – A presença de defesa nos autos elide a caracterização de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário através do auto de infração nº 2012/000335, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente a omissões de saídas de mercadorias tributadas.

O contribuinte foi intimado por ciência direta, apresentando impugnação tempestivamente, com as alegações constantes às fls. 301/305, 313/317, 346/350 e 366/370.

O processo foi devolvido à autuante (fls. 381) que, em manifestação às fls. 383, informou que os valores lançados nos levantamentos referente a salários-férias, FGTS e GPS foram retirados da declaração do imposto de renda.

Sobreveio a decisão de primeira instância. A julgadora monocrática julgou NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2012/000335, consignando que "[...] que está caracterizada a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, conforme estabelece o art. 28, inciso II, da Lei nº 1.288/01, visto que os valores relacionados nos levantamentos financeiros que deram sustentação ao lançamento não estão de acordo com os documentos apresentados pela impugnante".

O representante da Fazenda Pública Estadual, por meio de parecer de páginas 389 e 390, pede que seja confirmada a sentença de primeira instância.

Intimado da sentença de primeira instância e do parecer da Representação Fazendária o contribuinte não se manifestou.

VOTO

Visto, analisado e discutido o presente processo que exige ICMS referente a omissões de saídas de mercadorias tributadas e não registradas, constatado por meio de levantamento financeiro.

Analisando os autos verifica-se que a ilustre julgadora *a quo* julgou NULO sem análise de mérito o auto de infração nº 2012/000335, consignando que "[...] está caracterizada a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, conforme estabelece o art. 28, inciso II, da Lei nº 1.288/01, visto que os valores relacionados nos levantamentos financeiros que deram sustentação ao lançamento não estão de acordo com os documentos apresentados pela impugnante".

Neste diapasão, insta trazer a baila o que dispõe o art. 28, inciso II, da Lei nº 1.288/01. Nestes termos:

> **Art. 28.** É nulo o ato praticado:
>
> (...)
>
> II – com cerceamento de defesa;

Neste trilhar, cumpre assinalar que o cerceamento ao direito de defesa, expressão própria do Direito Processual, pressupõe obstáculo que impossibilite ou prejudique a parte em praticar atos concernentes ao livre exercício do direito de defesa.

A guisa de elucidação, cumpre trazer à colação trecho do Manual de Defesa Fiscal Mínima no Processo Administrativo Tributário do Estado de Goiás o qual em ***rol exemplificativo*** no item 8.4.3 preconiza que:

> "8.4.3. – NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Esta nulidade evidencia-se no processo pela existência de atos ou omissões ou procedimentos defeituosos, que prejudicam ou impedem o exercício do amplo direito de defesa, como, **por exemplo**, as argüições seguintes: (g.n)
>
> a) a apreensão e retenção pela autoridade administrativa dos documentos necessários à defesa do Contribuinte, ou a devolução dos documentos ao mesmo, após a intimação, suprimindo seu prazo processual para defesa;

> b) os documentos do Contribuinte foram apossados pela autoridade administrativa sem emissão do competente Termo de Apreensão, configurando posse ilícita;
>
> c) a ausência na instrução processual de documento fiscal citado pelo autuante e que não consta dos arquivos do Contribuinte;
>
> d) o trancamento de estoques sem o devido acompanhamento e assinatura do Contribuinte;
>
> e) o arbitramento de lucro sem a desclassificação formal da escrita contábil, se possuir;
>
> f) informações divergentes de quebra técnica ou utilização de índice impreciso em levantamento específico;
>
> g) falha na eleição do domicílio fiscal do Contribuinte no lançamento, inocorrendo a regular intimação, para pagar o débito ou defender-se,
>
> h) falha na intimação postal, quando a correspondência for remetida para endereço incorreto, ou não servido pelos Correios, caso da zona rural, e devolvida sem a cientificação do destinatário;
>
> i) falha na intimação por edital, se ocorreu anterior falha na intimação postal;
>
> j) nulidade do auto de infração, por estar destituído de demonstrativo que lhe deu origem,
>
> k) a juntada aos autos, por parte da fiscalização, de novos documentos, aditivos ou revisão, sem que o Contribuinte tenha sido intimado para manifestar-se.

Compulsando os autos depreende-se que o contribuinte foi devidamente intimado por ciência direta, apresentando impugnação tempestivamente, com as alegações constantes às fls. 301/305, 313/317, 346/350 e 366/370, desta forma verifica-se que foi possibilitado a parte arguir toda matéria de defesa que entendesse necessária ao convencimento do julgador de primeira instância.

De outra banda, denota-se que o auto de infração que formaliza a exigência do crédito tributário deve conter no mínimo a descrição clara e resumida dos fatos e período de sua ocorrência, bem como serem anexados todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamenta, conforme dispõe o artigo 35, inciso I, alínea “c” e inciso IV da Lei 1.288/2001, *in verbis:*

> **Art. 35.** O Auto de Infração:
> (...)
>
> 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.

Assim entendo, quando presente a defesa nos autos, em sede de julgamento de primeira instância, tratando-se de incorreções ou omissões de natureza formal ou sanável podem acarretar o saneamento do auto de infração e não a nulidade prevista no art. 28, inciso II, da Lei nº 1.288/2001, conforme ordena o art. 35, § 3º da Lei nº 1.288/2001 C/C art. 55, inciso I e II, do mesmo diploma legal, vejamos:

> **Art. 35.** O Auto de Infração:
> (...)
>
> § 3º As incorreções ou omissões do auto de infração podem ser saneadas e não acarretam nulidade.
>
> **Seção II**
> **Do Julgamento em Primeira Instância**
>
> **Art. 55.** Constatada irregularidade no processo administrativo-tributário o julgador devolverá os autos ao órgão preparador para saneamento, se o defeito:
>
> I – for de natureza formal;
>
> II – versar sobre:
>
> a) nulidade sanável;
>
> b) erro, omissão ou obscuridade;
>
> c) insuficiência de provas para formação do seu convencimento quanto à matéria de fato;
>
> d) erro na tipificação da infração.

Todavia, é imperioso asseverar que superada a fase de primeira instância sem que as incorreções ou omissões do auto de infração sejam saneadas, tratar-se-á de vício de natureza insanável, vez que a norma não permite ao Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais – COCRE promover o saneamento do auto de infração em sede de julgamento de segunda Instância, ensejando, portanto, a decretação de nulidade do auto de infração, mercê da ausência elementos suficientes ao julgamento da Reclamação Tributária.

Portanto, decido pela confirmação da decisão de primeira instância, que julgou nulo o auto de infração nº 2012/000335, todavia, com alteração do objeto para falta de clareza da reclamação tributária e falta dos demonstrativos dos créditos tributários com fulcro no art. 35, inciso I, alínea “c”, e inciso IV, da Lei nº 1.288/2001, extinguindo-se a presente Reclamação Tributária sem julgamento de mérito.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nulo o auto de infração nº 2012/000335 com alteração do objeto para falta de clareza da reclamação tributária e falta dos demonstrativos dos créditos tributários e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito. O representante fazendário Rui José Diel solicita o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale, Luiz Carlos da Silva Leal, Deides Ferreira Lopes e com voto vencedor Valcy Barboza Ribeiro. Presidiu a sessão de julgamento aos 20 dias do mês de setembro de 2013, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos quatro dias do mês de outubro de 2013.

Edson Luiz Lamounier
Presidente

Deides Ferreira Lopes
Conselheiro Relator

Valcy Barboza Ribeiro
Conselheiro autor do voto vencedor