



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 100 / 2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 13/11/2013 - 217ª SESSÃO ORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/0637/2010

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2010.01595

AUTUANTE: FRANCISCO MAIRTON SAMPAIO LOPES – MAT.: 05673-1-0.

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

RECORRIDO: FLÁVIO FÉLIX DE MORAIS.

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE.

EMENTA: ARQUIVO MAGNÉTICO – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DO LAYOUT DO ARQUIVO SOLICITADO NO TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO – CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA – VÍCIO FORMAL - NULIDADE. O auto de infração versa sobre deixar de entregar ao Fisco os arquivos magnéticos referentes ao exercício de 2007. Auto de infração nulo, posto que o Termo de Início de Fiscalização nº 2010.01526 não especificava em qual *layout* o arquivo deveria ser fornecido à fiscalização. Vício formal do supracitado termo, culminando com o cerceamento ao direito de defesa. Decisão amparada no art. 53, § 3º do Decreto nº 25.468/1999. Recurso Oficial admitido, mas desprovido, por unanimidade de votos, sendo reformada a decisão proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, contrariamente ao parecer da Consultoria Tributária, constante nos autos e adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O auto de infração, ora sob análise, acusa a empresa, enquadrada no regime normal de recolhimento, de deixar de entregar ao Fisco para auditoria os arquivos magnéticos referentes ao exercício de 2007.

Multa cobrada no valor de R\$ 23.244,80 (vinte e três mil duzentos e quarenta e quatro reais e oitenta centavos).

Indica como dispositivos legais infringidos os arts. 285, 289, 299, 300 e 308 todos do Dec. nº 24.569/1997 c/c Conv. 57/95 e como penalidade sugere o art. 123, VIII, "i", da Lei nº 12.670/1996, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

O processo administrativo tributário está instruído com os seguintes documentos: Informações Complementares, Ordem de Serviço nº 2010.01492, Termo de Início de Fiscalização nº 2010.01526, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2010.03420, AR referente ao envio do auto de infração, todos acostados às fls. 03/09.

Termo de Revelia lavrado às fls. 10.

O Julgador Monocrático no julgamento de nº 2934/2012 entendeu em sua decisão, às fls. 12/15, que o auto é nulo, já que não ficou expressa nos autos qualquer informação de que o Fisco Estadual não tivesse em seu poder informações econômico-fiscais do contribuinte bastantes que alcançariam a mesma finalidade visada pela apresentação dos arquivos eletrônicos, ou seja, possibilitar o exame fiscal. Tendo em vista a Decisão ter sido contrária no todo aos interesses da Fazenda Pública e ser o valor exigido superior a 5.000 (cinco) mil UFIRCES, houve Recurso de Ofício ao Conselho de Recursos Tributários.

Comunicação da Decisão de 1ª Instância e respectivo AR, fls. 16/17. Edital de Intimação nº 196/2012, fls. 19.

A Consultoria Tributária, às fls. 21/30, em Parecer de nº 867/2012, apresentou o seu entendimento pelo conhecimento do Recurso Oficial, dar-lhe provimento, no sentido de reformar a decisão monocrática para procedência do auto de infração, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado que adotou o Parecer às fls. 31.

É o Relatório.

VOTO DA RELATORA

O processo apreciado por este Colegiado tem como objeto a acusação de que a empresa, enquadrada no regime normal de recolhimento, não entregou ao Fisco o arquivo eletrônico com dados de documentos fiscais de controle do exercício de 2008.

De facto, o auto é nulo, mas não pelas razões contidas na decisão monocrática.

Para elucidação do caso em tela deve-se analisar minuciosamente o Termo de Início de Fiscalização, fls. 06.

Sabe-se que as empresas que emitem documentos fiscais eletronicamente estão obrigadas a entregar a DIEF e manter registro fiscal em arquivo magnético com os dados dos documentos emitidos, referentes às operações de entradas e saídas, nos termos do § 1º do art. 285 e art. 289, ambos do Decreto nº 24.569/1997, *in verbis*:

Art. 285. *A emissão de documentos fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados, bem como a escrituração dos livros fiscais a seguir enumerados, far-se-ão de acordo com as disposições deste Capítulo:*

§ 1º *O estabelecimento que emitir documentos fiscais ou escriturar livros fiscais em equipamento que utilize ou tenha condição de utilizar arquivo magnético, ou equivalente, ficará obrigado às exigências deste Capítulo, inclusive de apresentar em meio de transferência eletrônico junto a SEFAZ, os livros e demais documentos referidos neste artigo e na legislação pertinente, relativos às suas obrigações acessórias.*

Art. 289. *O estabelecimento que emitir, por sistema eletrônico de processamento de dados, pelo menos um dos documentos fiscais a que se refere o art. 285, caput, estará obrigado a manter registro fiscal em arquivo magnético com dados dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entradas e de saídas e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração:*

I - por documento fiscal e detalhe de item de mercadoria (classificação fiscal), inclusive os emitidos por equipamento emissor de cupom fiscal – ECF.

A Instrução Normativa nº 14/2005 determinou as

condições, forma de apresentação e prazo de entrega da Declaração de Informações Econômico-Fiscais – DIEF, explicando no seu art. 2º o que é a DIEF e qual a sua função, *in verbis*:

Art. 2º. A DIEF é o documento pelo qual o contribuinte declara:

I - os valores relativos às operações de entrada e de saída e às prestações de serviços de transporte e de comunicação realizadas durante o período de referência, bem os valores do correspondente imposto normal, a título de substituição tributária, antecipação, importação e outras;

II - os créditos e débitos do ICMS lançados em decorrência das operações e prestações;

III - o crédito do ICMS a ser transferido para o período seguinte;

IV - o valor do ICMS do período a recolher;

V - os documentos fiscais utilizados ou cancelados no período;

VI - os produtos, mercadorias ou serviços referente às operações de entrada e saída quando realizadas por:

a) usuário do sistema de emissão por Processamento Eletrônico de Dados - PED, que emitam documentos fiscais por meio de formulários contínuos ou de segurança, exceto o estabelecimento varejista, usuário de ECF;

b) celebrante de regime especial de tributação, mediante termo de acordo, a partir da vigência estabelecida no Decreto nº 27.710, de 14 de fevereiro de 2005;

VII - a relação dos produtos e mercadorias constantes do livro registro de inventário.

Já o art. 4º estabelece o prazo de apresentação desta:

Art. 4º. A DIEF será apresentada:

I - mensalmente, por contribuintes enquadrados nos regimes de pagamento normal - NL - e empresa de pequeno porte - EPP -, até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao período de apuração do ICMS;

Prossegue o art. 5º relatando sobre como se dará a transmissão:

Art. 5º. O arquivo magnético da DIEF deverá ser transmitido via sistema de transmissão SefazNET ou outra mídia que venha a ser definida pela SEFAZ.

§ 1º O programa gerador (software) da DIEF está disponibilizado no site www.sefaz.ce.gov.br para fins de

download.

§ 2º A entrega somente poderá ocorrer após o arquivo ser processado e validado sem erros pelo Programa da DIEF.

Verificando o Termo de Início de Fiscalização nº 2010.01526, fls. 6, percebemos que o Fiscal intima a empresa a apresentar os arquivos magnéticos, sem especificar em qual *layout* este arquivo deveria ser fornecido.

Além disso, não fora emitido Termo de Intimação a fim de prestar tal esclarecimento.

Observa-se ainda dos autos que, quando da lavratura do auto de infração, as DIEF's já haviam sido enviadas e recepcionadas pela SEFAZ/CE, fls. 29.

Visto desta forma, os arquivos magnéticos solicitados visam tão somente facilitar a fiscalização do sujeito passivo pelo Fisco, já que estas informações são as mesmas contidas em seus livros fiscais, e mais, são as mesmas já enviadas mensalmente, através das DIEF's, à SEFAZ.

Os esclarecimentos sobre o *layout* do arquivo é de suma importância para o contribuinte apresentá-lo à fiscalização da forma correta, caso contrário se o Fiscal não especificar o que realmente deseja, o direito à espontaneidade e conseqüentemente da ampla defesa estarão prejudicados.

Sobre a ampla defesa no âmbito do Processo Administrativo Tributário, Natércia Sampaio Siqueira¹ faz algumas considerações:

A ampla defesa como a oportunidade do particular de participar da construção das normas individuais e concretas, permitindo-lhe a defesa da interpretação que entende a melhor para o caso concreto, realiza a democracia pluralista, aproximando o indivíduo do Estado, interagindo o público com o privado. Como leciona José Alfredo de Oliveira Baracho, a participação do particular na construção da vontade administrativa quebra a dicotomia Administração *versus* administrado, que passa a ser tratado como cidadão. Não é mais visto como subordinado, mas como partícipe, parceiro e colaborador.

Na atividade administrativa de construção das normas tributárias individuais e concretas, é fundamental a ativa

¹ SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Crédito tributário: Constituição e exigências administrativas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 109-110.

participação daquele que sofrerá diretamente seus efeitos. Referida colaboração dar-se-á de forma intensa, devido ao alto teor público do direito tributário, que exige elevado índice de legitimidade e requisita uma boa interpretação para o caso concreto. Neste momento, faz-se oportuno salientar que vários dos princípios da atividade administrativa tributária de constituição da norma individual e concreta estão diretamente relacionados com o alto grau de colaboração que se busca ofertar ao particular, conferindo à ampla defesa densidade bastante elevada.

O Regulamento do Processo Administrativo Tributário (Decreto nº 25.468/1999), em seu art. 45 conceitua o que é intimação, noção esta extraída do art. 234 do Código de Processo Civil:

Art. 45. *Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa.*

Para alcançar seu intento o Termo de Início ou a intimação têm que ser o mais claro possível, não restando dúvidas do que é solicitado, sob pena de transgredir o princípio da ampla defesa e tornar nulo os atos subsequentes.

No capítulo IV que trata do Desenvolvimento da Ação Fiscal o art. 821 prescreve o que deve conter o Termo de Início de Fiscalização:

Art. 821. *A ação fiscal começará com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do qual constará, necessariamente:*

I - o número do ato designatório;

II - o projeto de fiscalização a que se refere;

III - a identificação do contribuinte;

IV - a hora e a data do início do procedimento fiscal;

V - a solicitação dos livros, documentos e arquivos eletrônicos necessários à ação fiscal, seguido do prazo para apresentação destes, nunca inferior a 10 (dez) dias, inclusive nos casos de reinício de ação fiscal;

VI - período a ser fiscalizado. GN.

É perceptível o prejuízo causado à Empresa, na medida em que poderia ter sido evitada a autuação em tela, conseqüentemente, deve o feito ser anulado desde o seu nascedouro por está corrompido por vício formal, haja vista que não foi indicado em qual *layout* o arquivo teria que ser entregue.

O art. 33, inc. XI do Decreto nº 25.468/99 estabelece que

o auto de infração deve conter descrição clara e precisa dos fatos que motivaram a autuação, também, e de forma análoga, devem ser nítidas as intimações efetuadas no curso da ação fiscal, sob pena de nulidade.

Art. 33. *O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:*

(omisso)

XI – *descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado e, se necessário à melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos contábeis e fiscais, em anexo ao auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração;*

Todavia, no caso em comento, conforme já demonstrado, o Termo de Início de Fiscalização não fornece uma explicação sobre o *layout* do arquivo.

Conclui-se, portanto, que o Termo de Início não se prestou a dar ciência ao contribuinte dos fatos e dos termos do processo, de forma a permitir-lhe tomar providências em sua defesa, tendo em vista que não expressa com precisão o seu objeto, torna-se inservível, razão pela qual é nula, de pleno direito, e por consequência toda a ação fiscal também assim será.

Desta forma, o processo é nulo motivado pela falha no Termo de Início de Fiscalização por não versar sobre as informações necessárias sobre o objeto da infração, causando assim prejuízo à espontaneidade e ampla defesa, nos termos do disposto no art. 53, § 3º, do Decreto nº 25.468/99, *in verbis*:

Art. 53. *São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de qualquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.*

(omisso)

§ 3º. *Considera-se ocorrida a preterição do direito de defesa em qualquer circunstância em que seja inviabilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado.*

Pontes de Miranda citado por Alfredo Augusto Becker² faz algumas considerações sobre ato jurídico nulo:

² BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 457.

“O ato jurídico nulo é, ipso facto (desde o momento de sua entrada no mundo jurídico), totalmente ineficaz: sem qualquer efeito jurídico, conseqüentemente, também sem qualquer efeito físico ou econômico condicionado ou causado pela coagibilidade jurídica do ato jurídico eficaz; existindo efeitos físicos ou econômicos, eles somente podem ser atribuídos ao ato humano (e não ao ato jurídico nulo)”.

“A nulidade é defeito congênito do ato e não é preciso que haja ato de alguém para que ela produza sua conseqüência (ineficácia jurídica).”

Arremata Plácido e Silva³:

“Nulidade, pois, em realidade, no sentido técnico-jurídico, quer exprimir inexistência, visto que o ato ineficaz, ou sem valia, é tido como não tendo existência legal. Falta-lhe a força vital, para que possa, validamente, precedentemente, produzir os efeitos jurídicos desejados. A rigor, a nulidade mostra vício mortal, em virtude do que o ato não somente se apresenta como ineficaz ou inválido, como se mostra como não tendo vindo.”

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Oficial, negar-lhe provimento, reformando a decisão condenatória exarada em Primeira Instância, declarando preliminarmente a **NULIDADE** do feito fiscal, por cerceamento do direito de defesa, motivada pelo defeito contido no Termo de Início, visto que este não continha o *layout* que o arquivo deveria ser apresentado, contrariamente ao parecer da Consultoria Tributária, constante nos autos e adotado pelo representante da d. Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

³ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Vol. III. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963, p.1.074.

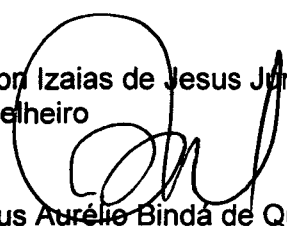
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente, **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e Recorrido, **FLÁVIO FÉLIX DE MORAIS**,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso interposto, preliminarmente e por unanimidade de votos afastar a nulidade proferida com fundamento na decisão de primeira instância. Embora afastada a nulidade declarada na instância "a quo", no caso de que se cuida há de atentar-se para o suscitado pela Conselheira Relatora, a qual levantou, em sessão, a existência de um vício que, a seu entender tem o condão de nulificar o processo ora em julgamento, qual seja, o fato de que **"não consta no termo de início de fiscalização, referência a qual lay-out os arquivos magnéticos estão sendo solicitados pelo agente fiscal"**. Em nome do princípio da celeridade processual esta Presidência procedeu os debates sobre a prejudicial então levantada e empós à votação, ocasião em que esta Egrégia Câmara resolve por unanimidade de votos negar provimento ao recurso interposto, para declarar a **NULIDADE** processual, nos termos do voto da conselheira relatora e contrariamente ao parecer da Consultoria Tributária, constante nos autos e adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque.

SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 12 de fevereiro de 2014.



Francisca Marta de Sousa
Presidente


Edilson Izaias de Jesus Junior
Conselheiro


Annelhe Magalhães Torres
Conselheira


Marcus Aurélio Bindá de Queiroz
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


Francisco Vanildo Almeida de França
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira Relatora


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


Pedro Eleutério de Albuquerque
Conselheiro


Matheus Viana Neto
Procurador do Estado