



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

**RESOLUÇÃO Nº 764 /2013
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 15/10/2013

PROCESSO Nº 2687/2009

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2009.06138

RECORRENTE: ALBUQURQUE E AMORIM COMERCIAL LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: ANTÔNIO GILSON ARAGÃO DE CARVALHO

EMENTA: FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Omissão de vendas no exercício de 2007, em razão da falta de emissão de documentos fiscais exigido pela legislação estadual. Artigos infringidos: 127, 169, 174 e 177 do Decreto nº 24.569/1997. Penalidade: art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. Auto de Infração **NULO**. Recurso Voluntário conhecido e provido. Decisão por **MAIORIA DE VOTOS**.

RELATÓRIO

Consta do relato do Auto de Infração ora julgado, que a autuada omitiu vendas no exercício de 2007, em razão da falta de emissão de documentos fiscais.

Complementando a vestibular, o Auditor Fiscal ratifica o teor da inicial e esclarece:

"a) foi feito um levantamento totalizador anual do levantamento de mercadorias, tomando-se por base o inventário de 2006, as compras de 2007, as vendas de 2007, e o inventário de 2007, onde encontrei uma omissão de vendas sobre o montante de R\$ 49.548,37;

b) de posse do relatório com valores do TEF e total da Dief por CGF, fornecido pela Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos – CESEC, verifica-se meridianamente uma omissão de vendas no valor de R\$ 89.303,86, nas vendas realizadas por intermédio de cartões de créditos;

c) diante do totalizador (R\$ 49.548,37), anual, e as vendas feitas por cartões de créditos (R\$ 89.303,86) sem notas fiscais e declaradas pelas administradoras de cartões, lógico que desprezei o totalizador (que ficou mais robustecido com as provas palpáveis) e fiz o auto, pois, as vendas do totalizador estão inclusas nos cartões."

Em sua manifestação defensiva a autuada alega que:

a) o não envio, por parte do agente fiscal, dos Relatórios resultantes do Levantamento de

Estoque, bem como dos Relatórios com valores do TEF e DIEF, das vendas com cartão de crédito, objeto da autuação, com isso cerceando o direito de defesa;

b) informa que ao concluir o auto de infração deveria o Agente do Fisco ter devolvido toda a documentação da empresa entregue no início da fiscalização;

c) solicita, por fim, a improcedência do auto de infração em virtude do exposto acima.

No julgamento de primeira instância, a autoridade julgadora decidiu pela parcial procedência da ação fiscal em face da redução da base de cálculo.

Inconformada com a decisão singular, a autuada dela recorre, conforme Recurso Voluntário que repousa nas fls. 77 a 84 do p. processo, arguindo a reforma da decisão singular para que seja julgado nulo ou improcedente o lançamento, pelos seguintes motivos:

a) por descuido do Agente Fiscal o contribuinte não recebeu a totalidade dos relatórios descritos nas informações complementares, em descumprimento aos preceitos constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, assegurados no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988;

b) no ano de 2007, não comercializou mercadorias desacompanhadas das respectivas notas fiscais, pois toda as vendas de mercadorias foram devidamente acobertadas pelas notas fiscais, motivo pelo qual o auto de infração deve ser julgado improcedente;

c) a ação fiscal não pode prosperar por carência absoluta de provas, posto que se for cotejado o teor do Relatório Totalizador Anual do Levantamento de Mercadorias com as notas fiscais da empresa fica demonstrado a não ocorrência da acusação fiscal;

d) por fim, roga que seja reformada a decisão singular, julgando nulo ou improcedente o auto de infração.

A Consultoria Tributária opinou pela confirmação da decisão singular de parcial procedência.

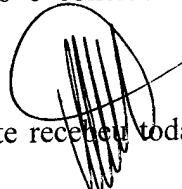
Em síntese, este é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Relatados os fatos e a versão das partes, cabe agora decidir a questão. Para tanto, se faz necessário discorrer sobre uma preliminar de nulidade da ação fiscal cogitada pela Impugnante, conforme item "a" acima aludida, vejamos; "a) por descuido do Agente Fiscal o contribuinte não recebeu a totalidade dos relatórios descritos nas informações complementares, em descumprimento aos preceitos constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, assegurados no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988;"

De fato, analisando o teor do Aviso de Recepção-AR, que enviou a documentação ao contribuinte por ocasião do encerramento da ação fiscal, consta as seguintes documentações fiscais: Autos de infrações 2009.06133, 2009.06134, 2009.06135, 2009.06136, 2009.06138, 2009.06140, informações fiscais, planilhas, levantamento, termo de início e conclusão, termos, intimação e **outros docs.** (grifo do relator)

Como se vê, no "AR", não ficou claro se o contribuinte recebeu toda a documentação que



embasou ação fiscal, posto que ficou demonstrado que somente cópia dos autos de infração, informações fiscais, planilhas, levantamento, termo de início, conclusão e intimação é que, efetivamente, foram entregues ao contribuinte, faltando como relata a Impugnante, enviar relatório do TEF e do total da Dief, por CGF, fornecido pela Célula de Gestão Fiscal dos setores econômicos. Estes documentos, no seu entender, deram ensejo a suposta omissão de vendas, realizadas por intermédio das vendas de cartão de crédito.

Desta forma, a expressão usada no "AR", outros docs., é ampla, geral transparecendo dúvidas se realmente toda a documentação que ensejaram o feito fiscal foram destinadas a Impugnante, para que lhe possibilitasse efetuar sua contestação.

Em verdade, o nosso regulamento (RICMS-Dec. Nº 24.569/1997), em seu art. 822, § 4º e § 6º, obriga que toda a documentação que serviram de base a ação fiscal devem ser entregues ao contribuinte para que ele possa, se for o caso, utilizar-se do direito assegurado constitucionalmente ao Contraditório e da Ampla Defesa, "in-verbis;"

"Art. 822. Encerrados os trabalhos, será lavrado o Termo de Conclusão de Fiscalização, no qual constará:

§ 4º Encerrada a ação fiscal, os livros e documentos fiscais em poder do Fisco serão disponibilizados ao contribuinte, que deverá retomá-los à sua guarda em até 5 (cinco) dias, contados da data da ciência do encerramento da fiscalização.

§ 6º O aviso de disponibilização ou a devolução dos livros e documentos fiscais ao contribuinte serão feitos mediante emissão de comprovante, em duas vias, sendo uma anexada ao Termo de Conclusão de Fiscalização ou à Notificação, conforme o caso, e outra arquivada no NEXAT da circunscrição fiscal do contribuinte."

Não se deve se descuidar que para a formação do crédito tributário o autuante deve se pautar em elementos que comprovem a infração para que o procedimento se torne eficaz, não comportando meras deduções.

Com isso, a Constituição, nitidamente, coloca, no art. 5º, incs. LIV e LV, o princípio da ampla defesa no ambiente administrativo. Estão assim redigidos:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes. (grifos meus)

"Ampla", não é *restrita*. "Ampla" não quer dizer *limitada*. "Ampla" não tem o sentido de *cerceada*. Ampla, numa conclusão acacia, mas necessária, é tudo o que é extenso, abrangente, quase sem limites.

Celso Bastos comenta: "A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu.

As alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu.

Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em

sacrifício da geração de uma igualdade real.

O contraditório, por sua vez, insere-se na ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente, na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de se opor ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Daí o caráter dialético do processo, que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.

Como se vê, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo. (...) Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Essa inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de não dispensar essas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais, cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário.

Daí por que essa preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo é muito vantajosa, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores serão as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário.”(Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 288/289)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreveu sobre o princípio da ampla defesa:

“O princípio do contraditório traz em si um dos aspectos da ampla defesa – livre debate e livre produção de provas. O texto, porém, volta à ampla defesa porque o direito de defesa é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado. Segundo o texto em estudo, assegura-se “ampla defesa”. Isto significa que o legislador está obrigado, ao regular o processo criminal, a respeitar três pontos: velar para que todo acusado tenha o seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer, ao acusado que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique o ato processual sem a assistência de defensor. O segundo proceve os processos secretos que ensejam o arbítrio (cf. Barbalho, Constituição Federal Brasileira, p. 436). O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apóiam a acusação. Igualmente confere à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu.

Pela Constituição, foi o princípio claramente estendido ao processo administrativo, evidentemente de natureza disciplinar. Em face do direito anterior, não era indiscutida essa extensão, todavia, como aponta Ada Pellegrini Grinover, havia jurisprudência que anulava processos administrativos em que não se deram condições de defesa ao acusado (O processo em sua unidade – II, cit., p. 64-5).” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I, São Paulo, Saraiva 2000, pp. 66/67 – grifos meus)

Isto posto, com esteio nas razões de fato e direito ora evidenciadas voto pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento, no sentido de reformar a decisão singular, declarando em grau de preliminar a nulidade do auto, por entender que houve o cerceamento do direito de defesa, em face da não recepção pelo impugnante de todos os documentos que embasaram a ação fiscal,

nos termos do entendimento do nobre representante da Procuradoria Geral do Estado, manifestado oralmente.

É o voto.

DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente ALBUQUERQUE E AMORIM COMERCIAL LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

RESOLVEM, os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, para por maioria de votos dar-lhe provimento, reformando a decisão de parcial procedência proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista a não recepção pelo sujeito passivo dos relatórios que embasaram a ação fiscal, nos termos do voto do relator designado para lavrar a respectiva resolução, por ter proferido o primeiro voto discordante e vencedor, Dr. Antônio Gilson Aragão de Carvalho, em conformidade com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em Sessão. Vencido o voto da Conselheira Ana Mônica Filgueiras Menescal (relatora originária) que se manifestou pelo afastamento da nulidade, com base no art. 822, parágrafo 4º do RICMS.

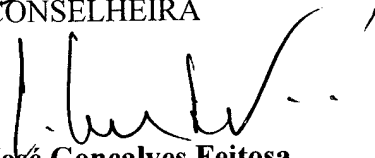
SALA DAS REUNIÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de 01 de 2014.



Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO

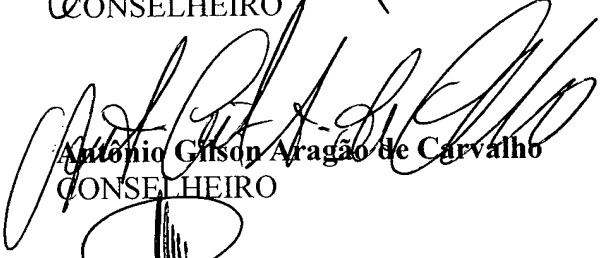

Aneline Magalhães Torres
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRO


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRO


Antônio Gilson Aragão de Carvalho
CONSELHEIRO


Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

Aderbalina Fernandes Scipião
CONSULTOR(O)A TRIBUTÁRI(O)A