



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA

Contencioso Administrativo Tributário

Conselho de Recursos Tributários

2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 108 / 2010
184ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 08 de Outubro de 2009
PROCESSO Nº 1/3752/2005
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200507820
RECORRENTE NORMATEL NORDESTE MATERIAIS LTDA (MB COM DE
MATERIAIS PARA COSNTRUÇÕES LTDA
RECORRIDO CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTE MARCELO PEREIRA DE ANDRADE
CONS. RELATOR SEBASTIÃO ALMEIDA ARAÚJO

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO – O Contribuinte escriturou os totalizadores nos Livros: Registro de Saída, Registro de Apuração e na GIM **valores inferiores ao somatório das saídas** constantes nos documentos fiscais de saída relativos ao período fiscalizado. Recurso voluntário conhecido por unanimidade de votos. Com relação a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa pelo fato da documentação fiscal e contábil não ter sido devolvida regularmente – Afastada por maioria de votos. No mérito a ação fiscal foi julgada **PROCEDENTE** por unanimidade de votos. Artigos infringidos 73, 74 e 270, § 2º e 3º do Decreto 24.569/97. Penalidade artigo 123, I, “c” da Lei 12.670/96 alterada pela lei 13.418/03.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão de Primeira Instância de **procedência** do auto de infração por: "Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O Contribuinte em apreço incorreu na irregularidade de falta de recolhimento do ICMS devido a totalização incorreta dos valores de BASE DE CALCULO e IMPOSTO lançados em seus livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, relativos aos anos de 2001 e 2002, e, conseqüentemente nas GIM'S."

Nas informações complementares o agente fiscal registra que por ocasião do procedimento de fiscalização não foram disponibilizados os arquivos magnéticos sob pretexto de que teria havido problema com a base de dados. Registra ainda que em face da disposição dos arquivos magnéticos o levantamento foi feito com base nos documentos fiscais que foram fornecidos pela empresa e, à medida que os arquivos magnéticos eram gerados, estes eram remetidos à empresa para análise, mas que não fez qualquer manifestação.

Ainda nas informações complementares fez constar o agente fiscal que os estoques inicial e final foram tirados dos livros fiscais e que foram aproveitados, para efeito de fixação de base de cálculo, os preços médios praticados pela empresa.

Em primeira instância o feito correu à revelia. A decisão monocrática ficou amparada nos art 73, 74 e 270, § 2º e 3º do Decreto 24.569/97. Penalidade artigo 123, I, "c" da Lei 12.670/96 alterada pela lei 13.418/03.

Por ocasião do recurso a empresa, devidamente representada, alega o cerceamento do direito de defesa, pois não recebera os livros e documentos contábeis e fiscais antes enviados ao agente fiscal. Confirma que recebera pelos Correios 12(doze) caixas, que seria a documentação entregue ao agente, no entanto solicitara, via requerimento, a presença deste, ou de outro servidor do fisco, para a verificação do conteúdo das caixas.

Segundo a recorrente, apesar de reiterado, o pedido fora ignorado. Registra, inclusive, que dois meses após o envio das doze caixas, foram-lhe devolvidos as segundas vias de vários documentos e um livro de registro de saídas de mercadorias do exercício de 2002.

Indaga em seu recurso qual seria o conteúdo das caixas e qual a segurança de que estaria ali toda documentação enviada ao agente fiscal. Sustenta, destarte, não poder realizar a verificação necessária ao deslinde da controvérsia fiscal ao tempo que não pode abrir os volumes lacrados que recebera sem a presença de um representante do fisco. Sustenta, por fim, que não pode aceitar que a entrega das caixas por funcionário dos Correios ao porteiro do estabelecimento possa configurar a completa e regular devolução de uma vasta e importante documentação contábil e fiscal, sobretudo quando parte dessa documentação, que já teria sido devolvida, posteriormente surge nas dependências da Cexat.

Requer, por fim, a realização de diligência e, posteriormente, de perícia.

Quando da manifestação pela Consultoria Tributária, opina pela manutenção da Procedência, conforme julgado na instância monocrática.

O processo entra em pauta no dia 19/06/2006, conde é julgado, com a seguinte decisão:



1. Nulidade dos atos processuais praticados a partir da remessa dos 12 (doze) volumes conforme AR's as fls. 117 a 120
2. Determinar o comparecimento de representante da SEFAZ para acompanhar a abertura e conferência dos referidos volumes;
3. Reabrir prazo de impugnação do auto de infração.

A presidente do CONAT emite despacho chamando o feito a ordem por ter sido constatada divergência entre o conteúdo da Ata e da Resolução do julgamento do dia 19/06//2006, ao mesmo tempo submete a apreciação da 2ª Câmara.

Em 01/12/2006 a CEPED elabora Laudo Pericial, referente ao acompanhamento e conferência da documentação contábil e fiscal enviada a recorrente via SEDEX.

Em 22/01/2007 a recorrente se pronuncia com relação ao Laudo Pericial.

Em 08/05/2007 a julgadora monocrática elabora despacho solicitando nova diligência;

Em 21/06/2007 a CEPED elabora Laudo Pericial, as fls.2669/70;

Em 03/07/2007 a recorrente se pronuncia sobre o Laudo Pericial;

Em 27/11/2007 o processo é julgado Procedente pelo julgador monocrático;

Em 10/12/2007 o contribuinte é comunicado da decisão;

Em 23/12/2007 a recorrente ingressa com recurso voluntário;

Em 18/05/2009 a Consultoria Tributária opina pela manutenção da decisão monocrática e na mesma data o Representante da PGE ratifica o parecer da Consultoria.

É o relatório.

Voto

Preliminarmente entendo existir nos autos provas que nos leva a declarar nulidade no processo em estudo por cerceamento do direito de defesa em razão dos dados apresentados a seguir:

1. As fls.114/6 encontramos ofício expedido pela Sefaz, colocando a disposição da recorrente a documentação relativa ao levantamento;
2. As fls 117/20 encontramos AR's enviando a mesma documentação para a recorrente pelos Correios;
3. As fls 2496 encontramos um ofício da recorrente solicitando a presença de um representante da SEFAZ para acompanhar a abertura e conferência da documentação devolvida;
4. As fls.2501 encontramos um recibo de entrega de documentos remetidos pela SEFAZ e recepcionado pela recorrente;
5. As fls. 2530/2531 encontramos um ofício da SEFAZ , justificando que a devolução da referida documentação pelos Correios foi em razão da mudança de endereço do Cexat;
6. As fls. 2632/2653 encontramos o laudo pericial, em que descreve a conferência da documentação;
7. As fls. 2672 encontramos um ofício da lavra do Sr. Marcelo Pereira, em que afirma que a documentação da recorrente foi enviada de uma única vez;

Não entendo razoável a justificativa de que a documentação foi devolvida pelos Correios, pelo fato do CEXAT ter que mudar de endereço. Entendo que nestes casos, seria prudente comunicar o fato a recorrente e aguardar que a mesma se dirigisse ao novo endereço.

Também não é razoável o lapso temporal entre o dia em que a recorrente solicitou a SEFAZ que indicasse um representante para proceder ao acompanhamento da conferência da documentação e o dia em que a solicitação foi atendida.

Entendo ainda haver uma grande contradição no tocante à entrega da documentação a recorrente. O Fiscal afirmar que a documentação foi entregue de uma única vez, enquanto, constatamos a existência de 2(dois) momentos de entrega. É, principalmente neste quesito que entendo que o direito a ampla defesa da recorrente foi prejudicado.

Por outro lado a maioria da Câmara resolveu afastar a referida preliminar conforme entendimento a seguir:

“Entendo que razão jurídica aqui não assiste à recorrente.

Inicialmente, urge dizer que é estranha à legislação do ICMS a posição tomada pela autuada em se recusar a abrir os volumes ou caixas onde se encontrava a documentação que servira de base para a lavratura do auto de infração. Não há no âmbito do RICMS maior rigor para a devolução da documentação: dispõe apenas que encerrada a ação fiscal o contribuinte deverá retomar a documentação em até 05 (cinco) dias (art. 822, § 4º), todavia não impede que o agente fiscal tome a iniciativa de remetê-la por via postal, como foi feito.

Objetivamente, a devolução da documentação no término da ação fiscal não se qualifica como requisito, pressuposto ou condição de existência, validade ou eficácia do ato administrativo, do qual o lançamento tributário é espécie. Não é requisito de validade, mormente que não integra o conteúdo do lançamento, ou seja, não é parte integrante da regra-matriz do ICMS. Não é pressuposto de sua existência e validade, pois sequer antecede o lançamento como ato procedimental preparatório. Não obstante suceda o ato de lançamento, não é condição de sua eficácia, restrita que é à notificação do sujeito passivo. A devolução da documentação ao contribuinte é pressuposto do contencioso administrativo - fase distinta e inconfundível com a atividade de lançamento - sem o que, evidentemente, ficaria prejudicada a defesa do contribuinte; ainda assim, trata-se de defeituação perfeitamente sanável, razão porque decidiu a Segunda Câmara no julgamento do auto de infração pela abertura e conferência dos volumes entregues contendo a documentação, com a anulação dos atos até então praticados e reabertura do prazo para a ouvida do sujeito passivo.

Já se podia aqui dar por vencida a questão não tivesse a recorrente, por seu representante legal, reiterado a alegação de cerceamento do direito de defesa, sob a premissa de que, conforme foi relatado, não teria havido a devolução total da documentação.

Segue-se assim o exame da questão.

Ora, se era intenção da recorrente se resguardar de eventuais falhas oriundas da devolução da documentação feita por serviço postal, não cuidou para que não fossem violadas as caixas, como também não cuidou que a documentação permanecesse no estabelecimento autuado, donde se infere que nem de longe pode ser afastada aqui a presunção de legitimidade e veracidade do ato do poder público de que o auto de infração é espécie. Por outro lado, se era intenção se valer do benefício da dúvida, partiu então de uma premissa equivocada. Primeiro, pela própria presunção de legitimidade e veracidade do ato; depois, porque pela sistemática imposta pelo CTN o benefício da dúvida se restringe à interpretação de leis que



definem infrações ou cominem penalidades (art. 112), e não quanto à qualificação jurídica do fato para deste extrair os efeitos jurídicos tributários.

Dúvida sobre se um determinado acontecimento se qualifica como fato gerador do tributo ou infração à legislação se dirime junto ao conteúdo das provas e não pelo critério supletivo da dúvida em favor do sujeito passivo. Nesse passo, compete ao fisco carrear aos autos os meios de prova que demonstrem a ocorrência do acontecimento cujos efeitos jurídicos estão previstos na legislação tributária, que seja o fato gerador do tributo ou infração à legislação. Ao sujeito passivo cabe, por meios idôneos, negar na totalidade ou em parte a sua ocorrência. Sobressai-se assim no âmbito do contencioso administrativo tributário regra comezinha de que ao autor compete provar os fatos constitutivos do seu direito; ao acusado ou réu, provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (v. g. art. 333, I e II do CPC). Ou seja, o contencioso administrativo tributário não contempla o benefício da dúvida em relação ao acontecimento tributário, fato gerador ou infração; um ou outro permanecerá até onde alcança o conteúdo das provas carreadas, restando ao sujeito passivo, por meios idôneos, negá-lo na totalidade ou em parte.

Justifica assim dizer que, ainda que na ausência da documentação, um simples exame nos registros fiscais mantidos, obrigatoriamente, em meio magnético pela atuada pode dirimir qualquer dúvida ou controvérsia acerca da ocorrência do fato imputado. Já que a recorrente é usuária, nos termos do art. 285, e seguintes, do RICMS, de sistema eletrônico de processamento de dados pelo qual não só emite os documentos, como também os livros fiscais, estando obrigada a conservá-los em meio magnético pelo prazo decadencial (art. 421).

Todavia, a empresa, conforme noticiou o agente fiscal, não disponibilizou os registros fiscais mantidos arquivos em meio magnéticos para a realização da ação do fisco o que o forçou, inclusive, a realizar o levantamento através das próprias notas fiscais. Ao que parece, desconhece a empresa a importância destes registros para o procedimento fiscal e a validade dos mesmos para sua defesa; o que revela uma postura contraditória que evidencia, não a impossibilidade ou cerceamento de sua defesa, mas a recusa em se defender.

Importante frisar que todos os elementos de prova que exigiram a lavratura no auto de infração se fazem presentes nos autos. E mais. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são admitidos como prova no âmbito do contencioso administrativo. Logo, não se admite que a atuada negligencie o ônus de se contrapor às provas sob o pretexto de que supostamente não lhe teria sido devolvida toda documentação fiscal.

Das proposições feitas urge concluir que o argumento da recorrente é claramente falho por não guardar coerência com a natureza instrumental do contencioso administrativo tributário. O órgão judicante não pode simplesmente declarar aprioristicamente o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, pois significaria desprezar o conteúdo das provas existentes e a possibilidade de produção ou busca de provas complementares com vista a apurar a verdade dos fatos. Significaria ainda abdicar de sua função institucional de promover o contraditório e ampla defesa, que não é só para benefício do atuado, mas também da sociedade.”

Quanto ao mérito, constatamos que os dados apresentados na planilha: “DIFERENÇAS ENCONTRADAS NAS TOTALIZAÇÕES DOS LIVROS REGISTRO DE SAÍDA – ANOS 2001 e 2002” e as cópias acostadas pelo fiscal atuante comprovam a falta de recolhimento.

Desse modo, entendo por caracterizada a infração à legislação do ICMS por infringir a empresa o preceito do art. 73, 74 e 270, § 2º e 3º do Decreto 24.569/97. Penalidade artigo 123, I, “c” da Lei 12.670/96 alterada pela lei 13.418/03.



Segue o demonstrativo do crédito:

Principal	R\$	787.771,44
Multa:	R\$	787.771,44
Total.....	R\$	1.575.542,88

Tais as razões expedidas, voto para que se conheça do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória preferida em primeira instância, decidindo pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

É como eu voto.

Decisão

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos em que é recorrente NORMATEL NORDESTE MATERIAIS LTDA e recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA,

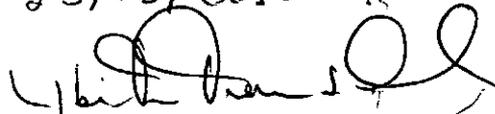
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário e com relação à *preliminar de nulidade suscitada pela parte*, sob a argumentação de cerceamento do direito de defesa, uma vez que sua documentação contábil e fiscal relativa ao período envolvido na ação fiscal não lhe foi regularmente devolvida; que a documentação efetivamente devolvida à recorrente é insuficiente para a realização da verificação necessária ao deslinde da controvérsia posta nos autos. – resolve afastá-la, por maioria de votos, nos termos da manifestação do Conselheiro José Rômulo da Silva, que afirmou não ver cerceamento do direito de defesa no presente caso, ao alegar a empresa que não teria recebido toda a documentação fiscal enviada ao Fisco; primeiro porque quando da diligência feita à empresa para conferir as caixas sob sua guarda, que continham a documentação, ficou constatado que haviam sido violadas, o que, segundo o mesmo, lança dúvidas quanto ao não recebimento de toda a documentação. Depois, porque todos os elementos probantes e que exigiram a lavratura do auto de infração se fazem presentes nos autos, o que de já, possibilita a defesa da empresa autuada. Segundo o Conselheiro, o envio dos livros e documentos fiscais e dos anexos utilizados no levantamento do contribuinte não é pressuposto de validade do auto de infração, e sim do processo contencioso administrativo. O envio dos documentos é, evidentemente, para garantir o direito de defesa do autuado no Contencioso Administrativo. O nobre Órgão judicante nada mais é do que a porta de entrada para o contraditório e a ampla defesa e, portanto, não pode simplesmente acatar o cerceamento do direito de defesa sem fazer o cotejamento das provas produzidas, como se tem no presente caso. Se quedar ao argumento da Defesa, o CONAT estará abdicando de sua função institucional, que é promover o contraditório e a ampla defesa, não só em benefício do autuado como também da sociedade. Para o Conselheiro não há no presente caso, cerceamento do direito de defesa, mas a recusa da empresa em querer se defender sob pretexto de que não teria recebido toda a documentação. Foram votos vencidos, favoráveis à nulidade, os Conselheiros Sebastião Almeida Araújo, José Moreira Sobrinho e Marcos Antônio Brasil. *No mérito*, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara de Julgamento resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão *condenatória* proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. O Conselheiro Marcos Antônio Brasil absteve-se de votar por razões de foro íntimo. Ausente, justificadamente, a Conselheira Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias. Esteve presente, para sustentação oral do recurso, o representante legal da recorrente, Dr. Schubert de Farias Machado.



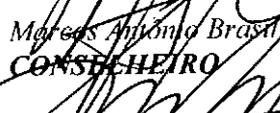
Sala das Sessões da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários do
Estado do Ceará, em 25 de fevereiro de 2010.

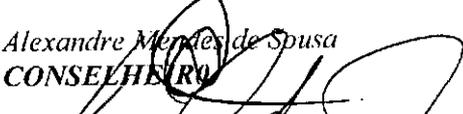
25/03/2010

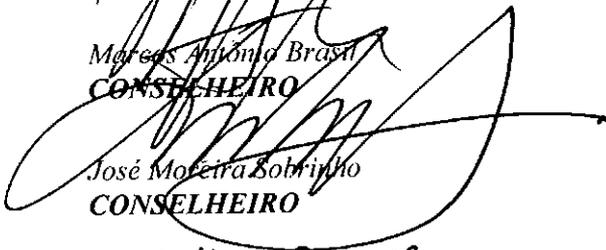

José Witamé Falcão de Souza
PRESIDENTE

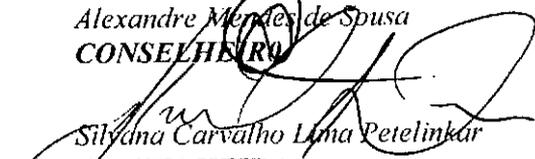

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

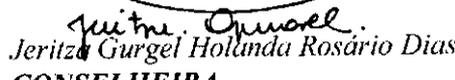

José Rinaldo da Silva
CONSELHEIRO


Marcos Antônio Brasil
CONSELHEIRO


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Silyana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA


Daniela Sousa Gouveia
CONSELHEIRA


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO