



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 65 /2012
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 09/11/2011

PROCESSO Nº 1/2666/2008

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2008.06574

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: S.V.R. COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA

CONSELHEIRO RELATOR: ANTÔNIO GILSON ARAGÃO DE CARVALHO

EMENTA: FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS. Empresa deixou de enviar os arquivos magnéticos, referentes ao exercício de 2006. Artigos infringidos: 285, 289, 299, 300 e 308, do Decreto nº 24.5697/97, C/Convênio ICMS Nº 57/95. Penalidade: art. 123, VIII, "I", da Lei nº 12.670/96. Auto de Infração **NULO**, em razão da não solicitação dos arquivos magnéticos no segundo termo de início. Trata-se de vício insanável que compromete o objeto da autuação. Recurso Oficial conhecido e não provido. Decisão por **UNANIMIDADE DE VOTOS**.

RELATÓRIO:

Consta da inicial do presente processo que a empresa acima identificada deixou de enviar os arquivos magnéticos, referentes ao exercício de 2006.

Após apontar os dispositivos infringidos o autuante aplicou a penalidade do art. 123, VIII, "I", da Lei nº 12.670/96.

Na Informação Complementar ao auto de infração (fls. 3), o autuante esclarece que o autuado, mesmo comunicado legalmente, através de termo de início de fiscalização, não enviou os arquivos magnéticos do exercício de 2006.

Em sua manifestação defensiva, acostada às fls. 13 a 27, a autuada alega, em síntese:

a) cerceamento do direito de defesa, pois o fiscal não descreveu com clareza e precisão os fatos motivadores da autuação;

b) o direito ao contraditório e a ampla defesa foram inviabilizados no auto de infração

lavrado;

c) por fim, vem aos autos requerer a absoluta nulidade do auto de infração.

No julgamento de primeira instância, a autoridade julgadora decidiu pela NULIDADE da ação fiscal entendendo que a empresa não fora intimada no termo de início de fiscalização a apresentar os arquivos magnéticos, dessa forma considerou que se trata de vício insanável, razão pela qual compromete o feito fiscal.

A Consultoria Tributária opinou pela confirmação da decisão singular condenatória de primeiro grau.

Convém salientar que o julgamento foi convertido em diligência, conforme Ata da 108ª (centésima oitava), fls.47, sessão ordinária, com o objetivo de que fôssem acostadas aos autos as ordens de serviço expedidas ao longo da ação fiscal.

Em atendimento ao teor da ata em alusão, a Conselheira Relatora (Silvana Carvalho Lima Petelinkar), conforme fls. 49 e 50, solicita da Célula de Perícias e Diligências, que intime o Auditor Fiscal a apresentar a primeira Ordem de Serviço nº 2008.04056, datada de 21-02-2008, em que designa o servidor a executar auditoria fiscal, para que seja anexada aos autos, comprovando, assim, o reinício da ação fiscal.

Insta salientar que a Perita Anã Paula Araújo Talmag, em resposta ao atendimento da solicitação supra, nos informa o seguinte:

“(...) Quesito 1 - “Intimar o auditor fiscal a apresentar a primeira Ordem de Serviço nº 2008.04056, datada em 21.02.2008, designando o servidor para executar auditoria fiscal, para que seja anexada aos autos, comprovando o reinício da ação fiscal”.

RESPOSTA: a Perícia solicitou através da Comunicação Interna nº 70/2011 expedida em 26/07/2011 ao fiscal atuante Sr. Stélio Girão Abreu, matrícula 03872-1-5, cópia da Ordem de Serviço nº 2008.04056, datada em 21.02.2008. Em resposta, o atuante nos atendeu prontamente, onde a Perícia acostou ao processo o respectivo documento.

Encerramento

Diante do exposto, restou à Perícia manter os mesmos valores encontrados pela Fiscalização no trabalho inicial, no valor de R\$ 16.845,59 (dezesesseis mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e nove centavos).”

Nas fls. 53, consta Termo de Entrega de Laudo Pericial em que concede, a empresa, um prazo de 10 (dez) dias para se manifestar acerca do laudo pericial.

Deste modo, o atuado manifestou-se sobre o laudo pericial, conforme fls. 67, asseverando, em síntese, o seguinte:

1) ressalta, inicialmente, que inéxiste a infração indicada pelo agente fiscal, posto que a conduta adotada pelo contribuinte fora estritamente dentro da legalidade.

2) aduz, ainda, que a própria julgadora de 1ª Instância concluiu que o auto de infração ora vergastado é NULO, tendo em vista que o segundo Termo de Início de Fiscalização nº 2008.12325 enviado pelo nobre auditor fiscal, não consta a solicitação dos arquivos magnéticos do contribuinte;

3) por fim, assevera que corrobora com o laudo pericial lavrado pelo ilustre perito, pelo que requer que seja julgado improcedente o auto de infração em epígrafe.

Em síntese, este é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Aduz a peça vestibular dos presentes autos que o autuado incorreu no ilícito fiscal, melhor dizendo, a empresa acima aludida deixou de enviar os arquivos magnéticos, referentes ao exercício de 2006.

Quanto a Ordem de Serviço nº 2008.04056, cujo ato ensejou a designação para início da ação fiscal, constatamos que foi assinada pelo Coordenador da CATRI, Sr. Antônio Eliezer Pinheiro. Desta forma, resta cumprida o § 2º do art. 1º da Instrução Normativa nº 06/2005.

No que se refere aos argumentos exarado pela defendente, naquilo a que se refere o fato que o relato da infração não foi efetuado de forma clara e precisa, o que ocasionou preterição ao contraditório e ampla defesa, carece de uma análise acurada, posto ser considerado pertinente, vejamos.

Destaca a defesa que o Direito ao Contraditório e Ampla Defesa, foram cerceados, por não conseguir discernir qual conduta ilícita o auditor fiscal pretendeu atribuir-lhe no relato do auto lavrado.

De pronto cabe destacar, realmente, que o direito de defesa da impugnante foi cerceado desde o momento que não foi solicitado no termo de início de fiscalização, a apresentação dos arquivos magnéticos da empresa, e nem definido qual tipo de arquivo deveria ser disponibilizado ao fisco.

Isto procede, pelo fato da existência no RICMS (Dec. nº 24.569/97) de que, com a expedição do Termo de Início, deverá ser solicitado os arquivos eletrônicos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal, conforme preceitua o art. 821, inciso V, "in-verbis:"

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

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;"

Merece especial registro informar que o termo de início da primeira ação fiscal requereu do contribuinte a entrega dos arquivos magnéticos, porém sem identificar qual o layout do arquivo (txt, pdf, etc). No entanto, a ação de reinício de fiscalização fls. 04 omitiu quanto a solicitação dos arquivos magnéticos.

Devemos enaltecer que o Direito Constitucional assegura a todos os acusados em processo administrativo a ampla defesa e o contraditório, sendo o contraditório a exteriorização da ampla defesa. Desta forma, para que o contribuinte possa exercer na sua plenitude o seu direito de ampla defesa através do contraditório, terá que tomar conhecimento do que se está sendo acusado, sendo-lhe apresentadas às provas da acusação, para que ele possa, querendo exercer uma reação na defesa do seu direito.

Com esteio no Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, o legislador infraconstitucional estabeleceu no art. 828 do Decreto nº 24.569/1997, que todos os documentos que serviram de base à ação fiscal devem ser anexados ao auto de infração e entregues ao contribuinte, no sentido dele ficar sabendo o que lhe está sendo imputado e querendo possa se defender, "ad-litteram:"

“Art. 828. Todos os documentos, livros, impressos, papéis, inclusive arquivos eletrônicos, que serviram de base à ação fiscal devem ser mencionados na informação complementar e anexados ao auto de infração, respeitada a indisponibilidade dos originais, se for o caso.”

Não resta dúvida de 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. Bastando apenas uma correta utilização dos mecanismos inseridos na legislação tributária, para se comprovar o ilícito tributário.

Com efeito, 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 do parecerista)

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

À evidência, se a ação fiscal teve como esteio a não entrega dos arquivos magnéticos é óbvio e ululante que o autor desta ação deveria ter intimado o contribuinte a entregá-lo em formato por ele exigido. Todos estes fatores são essenciais para que se determine a situação sobre a qual se lavrou o auto de infração, e tais provas são vedadas, há cerceamento de defesa e violação nítida do art. 5º, inc. LV, da Lei Suprema.

Celso Bastos o 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.

Às 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 opor-se-lhe 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.

E por isso que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para

produção de provas.

É preciso que ele mesmo avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento.

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 procreve 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 nosso)

Isto posto, com esteio nas razões de fato e direito ora evidenciadas voto pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento, para declarar a nulidade do processo de forma diversa do julgamento singular, vale dizer, por ausência de formalidades legais, haja vista que o segundo termo de início de fiscalização não consta a solicitação do contribuinte da entrega dos arquivos magnéticos objeto da presente autuação, nos termos do entendimento do representante da Procuradoria Geral do Estado, o qual alterou oralmente em sessão o parecer da consultoria.

É o voto.

DECISÃO:

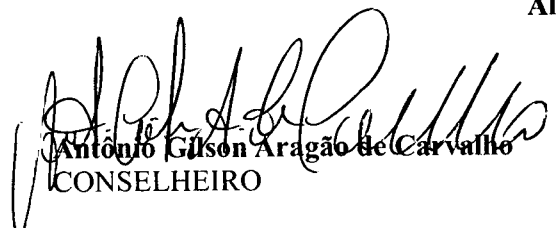
Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e recorrido S.V. R Comércio de Confecções Ltda.

RESOLVEM, os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento para declarar a **nulidade** do processo por fundamento diverso do indicado no julgamento singular, qual

seja, por ausência de formalidades legais, uma vez que o segundo Termo de Início de Fiscalização não solicitou do contribuinte a entrega dos arquivos magnéticos objeto da presente autuação, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão.

SALA DAS REUNIÕES DA 2.^a CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 25 de Janeiro de 2012.


Alexandre Mendes de Sousa
PRESIDENTE

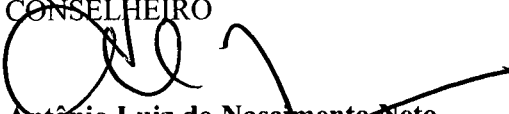

Antônio Gilson Aragão de Carvalho
CONSELHEIRO

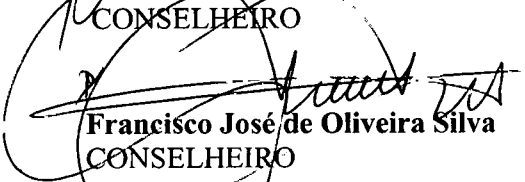

João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO



Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Aderbalina Fernandes Scipão
CONSELHEIRO


Antônio Luiz do Nascimento Neto
CONSELHEIRO


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Dalcília Bruno Soares
CONSULTORA TRIBUTÁRIA