RESOLUÇÃO Nº: 143 /2018

30ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 25.06.2018 – 13h 30min

PROCESSO Nº: 1/3968/2014

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2014.07245-5

AUTUANTE: RAIMUNDO RIBEIRO LIMA FILHO

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

RECORRIDO: T.A. PEREIRA

CONSELHEIRO RELATOR: DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS. Deficiência dos elementos probatórios da acusação fiscal, bem como cerceamento do direito de defesa do autuado, uma vez que não lhe fora remetido os anexos do auto de infração. **NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.** Reexame Necessário conhecido e não provido. Mantida a decisão singular, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação oral proferida em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVE: ICMS. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

01 - RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: "AS INFRAÇÕES DECORRENTES DE OPERACÕES COM MERCADORIAS OU PRESTACÕES DE SERVICOS TRIBUTADOS POR REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA CUJO O IMPOSTO JA TENHA SIDO RECOLHIDO. APÓS LEVANTAMENTO FISCAL/FINANCEIRO/CONTABIL FOI CONSTATADO QUE A

EMPRESA OMITIU RECEITAS DE MERCADORIA SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO MONTANTE DE R$ 368.290,66 REFERENTES AO EXERCICIO DE 2011."

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos: Art. 18 da Lei nº 12.670/96 e sugere como Penalidade: Art. 126 da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

Anexos ao Auto de Infração:

- ✓ CÓPIA DO MANDADO DE AÇÃO FISCAL;
- ✓ COPIA DO TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO;
- ✓ CÓPIA DO TERMO DE CONCLUSÃO DE FISCALIZAÇÃO;
- ✓ Relatórios mensais DIEF — Declaração de Informações Econômico Fiscais, do período fiscalizado (fls. 08/19);
- ✓ Consulta Movimento de NF-e por Contribuinte (fls. 20);
- ✓ Planilha de Fiscalização de Empresas Optantes do Simples Nacional (fls. 21/40);

A empresa apresenta defesa às fls. 47 a 48, com os seguintes argumentos:

- ✓ Que foi surpreendida com uma correspondência da SEFAZ com seis folhas, contendo apenas (i) um Temo de Conclusão e (ii) cinco autos de infração, sem qualquer informação complementar, Mandado de Ação Fiscal, Termo de Início de Ação fiscal ou qualquer outro documento que por ventura pudesse subsidiar a lavratura dos mesmos;
- ✓ Que diante disso, está impossibilitada até de apresentar impugnação (quanto menos efetuar o pagamento), pois desconhece a motivação da lavratura do presente auto de infração;
- ✓ Por fim, requer uma cópia integral de todos os documentos, com a reabertura do prazo, para apresentar impugnação ou, se for o caso, efetuar o pagamento.

O julgador monocrático julga pela NULIDADE da autuação às fls. 53 a 54, conforme ementa:

"ICMS. OMISSÃO DE RECEITAS. Contribuinte do Simples Nacional. A acusação fiscal versa sobre a omissão de receitas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, cujo imposto já tenha sido recolhido. Infração detectada após levantamento fiscal/financeiro/contábil. NULIDADE declarada (i) por omissão do agente fiscal em pedir esclarecimentos quanto a eventual omissão de informações na DIEF e principalmente (ii) pela não entrega ao autuado das provas documentais que embasaram a ação fiscal, cerceando o direito de defesa, nos termos do art. 53, caput e § 3º, do Decreto 24.568/99, de cuja decisão cabe REEXAME NECESSÁRIO, nos termos do art. 104 da Lei 15.614/2014. Auto Com Defesa. "

O Julgador Singular, diante da decisão que reconheceu a nulidade da autuação, interpõe REEXAME NECESSÁRIO, nos termos do art. 104 da Lei 15.614/2014.

A Célula de Assessoria Processual Tributária às fls. 61/64, em seu Parecer nº 92/2018, adotado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado se manifesta pela modificação da decisão do Julgador Monocrático que reconheceu a NULIDADE do auto de infração. No seu entender, deve o processo retornar a instância singular para que seja reaberto o prazo e entregue toda a documentação que foi solicitada pela defesa da empresa. Ato contínuo, opina pelo conhecimento do Reexame Necessário, para dar-lhe provimento.

Eis, o relatório.

02 - VOTO DO RELATOR:

Trata-se de Reexame Necessário contra decisão de nulidade da acusação fiscal proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Esclarece-se inicialmente que a ritualística processual envolvendo um reconhecimento de nulidade em 1ª Instância exige desta Relatoria uma abordagem prefacial do tema, posto que o artigo 85 da Lei nº 15.614/14 determina que "*quando a CJ não acolher a decisão de primeira instância que declarar a*

nulidade ou extinção, determinará o retorno do processo à instância singular para a realização de novo julgamento."

In casu, o reconhecimento da nulidade da autuação na instância singular fora motivada pelo fato de inexistirem elementos probatórios da acusação fiscal, bem como pelo cerceamento do direito de defesa do autuado, uma vez que não lhe foram remetidos os anexos do auto de infração.

Neste ponto, entende esta Relatoria que não há como discordar de tal posicionamento, posto que a presente autuação desde o princípio vem sofrendo com irregularidades insanáveis, que acabam por comprometer o direito de defesa do contribuinte.

Analisando as peças que instruem o presente auto de infração, entendo que o agente do fisco deixou de anexar documentos, sobretudo os documentos fiscais que embasaram o preenchimento da Planilha de Fiscalização de Empresas Optantes do Simples Nacional (fls. 21/40), não trazendo qualquer informação complementar ao auto de infração, pelo que sequer ao contribuinte fora esclarecido a metodologia da fiscalização.

O que esta Relatoria pretende asseverar é que a acusação fiscal deve ser clara e precisa ao conhecimento do contribuinte, devendo esse saber exatamente o que lhe resta imputado. A partir do momento de que dúvidas exsurgem na conduta apontada como infracional, ofendido resta o direito de defesa do contribuinte.

Nos termos do art. 83 da Lei nº. 15.614/2014, são **absolutamente** nulos os atos praticados com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser **declarada de ofício pela autoridade julgadora**, sendo essa atitude a que tomou corretamente a Auditoria de Julgamento em Primeira Instância.

O art. 33 do Decreto 25.468/99, por sua vez, exige que o auto de infração contenha, dentre outros elementos, a 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 do auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração:

> *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:*
> *[...]*
> *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 do auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração;*

Portanto, totalmente deficiente os documentos probatórios da acusação, por conseguinte, cerceando o direito de defesa do contribuinte.

Ademais, diversamente do que opinado pela Assessoria Processual Tributária, entende esta Relatoria como impraticável o retorno dos autos à instância singular, mormente por ter sido verificado vício insanável, qual seja, a ausência de documentos probatórios a acusação, não havendo como a empresa proceder sua defesa em sua plenitude.

Isto posto, acertada a decisão de primeira instância neste ponto, adotando como razões de voto esta Relatoria os demais argumentos trazidos a baila pela Auditoria de Julgamento em Primeira Instância.

Ex positis, voto para que se conheça do Reexame Necessário, negando-lhe provimento, para manter a decisão condenatória de 1ª instância, reconhecendo a NULIDADE do feito fiscal.

É o voto.

03 - DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE** CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA e **RECORRIDO** T.A. PEREIRA.

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame necessário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão singular declaratória de **NULIDADE** do auto de infração, em face da deficiência dos elementos probatórios da acusação fiscal, bem como por cerceamento do direito de defesa do autuado, uma vez que não lhe foram remetidos os anexos do auto de infração. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação oral proferida em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 22 de Agosto de 2018.

Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO

José **Wilame** Falcão de Souza
CONSELHEIRO

p/ **Camila** Borges Duarte
CONSELHEIRA

José **Augusto** Teixeira
CONSELHEIRO

Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO

Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO

Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO