



PLENO

RESOLUÇÃO Nº: 051/2015
SESSÃO PLENÁRIA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
PROCESSO Nº: 1/3343/2009
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200909341
RECORRENTE: BAGAREL COMÉRCIO DE INSTRUMENTOS LTDA
RECORRIDO: Estado do Ceará
RELATOR: Antônio Gilson Aragão de Carvalho

EMENTA: ICMS – FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS À FISCALIZAÇÃO – AUTUAÇÃO DECLARADA NULA, EM RAZÃO DA FALTA DE ESPECIFICIDADE DO TERMO DE INTIMAÇÃO. Recurso Extraordinário admitido pela Presidência com base no que dispõe o art. 127, parágrafo 2º da Lei nº 15.614/14. Reformada a decisão condenatória proferida pela 2ª Câmara de Julgamento do CRT, para declarar a **NULIDADE** processual. Decisão por maioria de votos, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, em Sessão. Vencidos os votos dos Conselheiros Valter Barbalho Lima e Lúcia de Fátima Calou de Araújo, que se manifestaram contrários à nulidade suscitada, pela confirmação da decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento.

RELATÓRIO

A acusação constante na peça inicial do presente Processo Administrativo Tributário denuncia o seguinte:

"O Contribuinte não efetuou a entrega dos arquivos em meio magnético à fiscalização, solicitado através do termo de intimação."

O autuante indicou como dispositivos legais infringidos os artigos 285, 289, 299, 300 e 308 do Decreto nº 24.569/97, e como penalidade sugeriu o artigo 123, VIII, I da lei 12.670/96.

Nas Informações Complementares o agente fiscal reforça a acusação da peça vestibular.

O autuado apresentou impugnação intempestiva ao feito fiscal e o processo foi julgado nulo em primeira instância. No entanto, em sessão realizada pela 2ª Câmara de Julgamento, em 26 de julho de 2013, decidiu-se, por maioria de votos, pelo retorno do processo à instância singular para novo julgamento.

Após o retorno dos autos à primeira instância, foi proferido novo julgamento singular com decisão pela Parcial Procedência, considerando que houve erro no cálculo da multa, fls. 181 a 185.

Em novo julgamento em 2ª instância, a 2ª Câmara de Julgamento julga pela parcial procedência.

Inconformada com a decisão o contribuinte ingressa com Recurso Extraordinário, fls. 226, alegando que a segunda instância deixou de apreciar matéria de fato e de direito.

Posteriormente, a Presidência deste órgão julgador emitiu despacho, fls. 233-234, pelo não acatamento da admissibilidade do recurso.

Nas fls. 239 consta despacho da Presidência em exercício (Dra. Francisca Marta de Sousa) relatando que a CEPAT (Célula de Suporte ao Processo Administrativo), cometeu um equívoco, ao intimar o contribuinte novamente do resultado do julgamento de 2ª instância, concedendo-lhe, neste caso, novo prazo de 30 (trinta) dias para pagamento ou apresentação de Recurso Extraordinário.

Constatado o equívoco, a CEPAT enviou ao contribuinte a intimação correta acerca do Recurso Extraordinário não admitido. Esgotado o prazo desta intimação, os autos foram encaminhados à Dívida Ativa para inscrição.

No entanto, a despeito do processo ter sido enviado a Dívida Ativa, o contribuinte, de posse da intimação que havia sido enviada por equívoco, e dentro do prazo de 30 (trinta) dias concedidos por esta, compareceu ao CONAT interpondo novo Recurso Extraordinário, alegando que reunia novos argumentos que, a seu sentir, podem levar à admissão do Recurso e o consequente encaminhamento dos autos ao Conselho Pleno deste Contencioso.

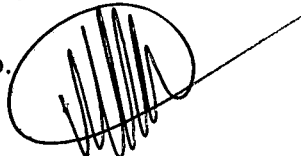
Nas fls. 241, a Procuradoria Geral do Estado, emite despacho encaminhando, ao CONAT, o processo em discussão para as providências necessárias.

Em face do exposto, o contribuinte vem novamente aos autos, ingressando novo Recurso Extraordinário, desta feita apresentando quatro resoluções paradigmas, vale dizer: a) 399/2012 (1ª Câmara de Julgamento); b) 22/2013 (Conselho Pleno); c) 66/2012 (1ª Câmara de Julgamento); d) 1/2012 (Conselho Pleno).

A Presidência do Conselho de Recursos Tributário, após análise da peça recursal, emana o Despacho nº 128/2014, constante às fls. 302 a 307 dos autos, decidindo pela ADMISSIBILIDADE do presente Recurso Especial, uma vez que o mesmo atende aos requisitos exigidos na Lei Nº 15.614, de 29 de maio de 2014.

O Recurso segue sua trilha processual, subindo para julgamento junto ao Conselho Pleno deste Contencioso Administrativo Tributário.

Em síntese eis o Relatório.



VOTO DO RELATOR

O lançamento tributário cristalizado no Auto de Infração número 2009.09341-8, a que se refere este Recurso Especial noticia a seguinte acusação fiscal:

"O Contribuinte não efetuou a entrega dos arquivos em meio magnético à fiscalização, solicitado através do termo de intimação."

A empresa, ora recorrente, interpõe Recurso Especial contra a decisão condenatória proferida pela 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, a qual apreciando matéria da mesma natureza, decidiu contrariamente a Resolução recorrida, conforme Resoluções Paradigmas de números; a) 399/2012 (1ª Câmara de Julgamento); b) 22/2013 (Conselho Pleno); c) 66/2012 (1ª Câmara de Julgamento); d) 1/2012 (Conselho Pleno), carreadas às fls 72/92 deste processo.

A Presidência do Conselho de Recursos Tributário, após a análise da peça recursal, emana o "Despacho" constante às fls. 302 a 307 dos autos, procedendo a ADMISSIBILIDADE do presente Recurso Especial, uma vez que o mesmo atende aos requisitos exigidos no art. 106, da Lei nº 15.614/2014.

O procedimento administrativo fiscal (lançamento) versa sobre o descumprimento de obrigação acessória pela falta de entrega de arquivos magnéticos com as operações do contribuinte, conforme previstos no Convênio ICMS nº 157/1995.

Convém salientar que das 4 (quatro) resoluções paradigmas analisadas, a que mais se coaduna a situação em debate é a Resolução nº 01/2012, que decidiu pela nulidade da ação, por entender que a intimação não especificou com clareza o *lay-out* que a autuada deveria enviar os arquivos magnéticos.

Com reforço a esse entendimento, entendo que é necessário que o autor da ação fiscal indique os arquivos magnéticos se no leiaute SISIF (Sistema Integrado de Simplificação das Informações Fiscais) ou - DIEF - Declaração de Informações Econômico-Fiscais, conforme determinação da Nota Explicativa nº 001/2009, "in-verbis:"

- “1. Os agentes fiscais, no exercício de suas atividades laborais, deverão exigir dos contribuintes os arquivos magnéticos referentes às operações e prestações de entrada e saída, registros relativos à apuração do ICMS, Inventário de Mercadorias e outros documentos de interesse do fisco, conforme o disposto nos arts. 285 a 314 do Decreto nº 24.569, de 1997.
2. Para exercícios anteriores a 2005, os contribuintes deverão apresentar os arquivos magnéticos de acordo com o leiaute da Instrução Normativa nº 04/2000, que instituiu o Sistema Integrado de Simplificação das Informações Fiscais - SISIF.
3. Para exercícios a partir de 2005, os arquivos magnéticos deverão ser apresentados de acordo com o disposto na Instrução Normativa nº 14, de 7 de junho de 2005, com as respectivas alterações, que determina as condições, forma de apresentação e prazo de entrega da Declaração de Informações Econômico-Fiscais - DIEF, instituída pelo Decreto nº 27.710, de 14 de fevereiro de 2005.
4. Opcionalmente, os contribuintes poderão apresentar, para exercícios anteriores a 2005, os arquivos na forma do item 3 desta Nota Explicativa, de acordo com o disposto no art. 6.º-A da Instrução Normativa nº 14/2005.

5. A partir de 1.º de janeiro de 2009, para os contribuintes obrigados à Escrituração Fiscal Digital - EFD, os arquivos magnéticos poderão ser apresentados nos moldes do Ato COTEPE n.º 9, de 18 de abril de 2008, com as respectivas alterações, que dispõe sobre as especificações técnicas para geração de arquivos da EFD e, se for o caso, para os contribuintes obrigados à Escrituração Contábil Digital - ECD, na forma da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil - RFB n.º 787, de 19 de dezembro de 2007, que instituiu a ECD e respectivo Manual de Orientação do Leiaute.

6. Somente estarão obrigados a apresentar à fiscalização o arquivo magnético com os detalhes de itens de mercadorias (classificação fiscal) constantes dos documentos fiscais, os contribuintes cujo somatório do faturamento anual de seus estabelecimentos seja igual ou superior a R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais), conforme previsto no art. 3.º do Decreto n.º 27.668, de 23 de dezembro de 2004, e que sejam usuários de processamento eletrônico de dados.

7. Esta Nota Explicativa entra em vigor na data de sua publicação.”

Em consonância com o que foi até aqui exposto, é importante destacar que o procedimento administrativo de lançamento tributário, para ser considerado válido e eficaz (produzir os efeitos legais) deve estar sob o pálio do princípio da estrita legalidade, sendo plenamente vinculado (arts. 3º e 142 do CTN). O entendimento aqui esposado é agasalhado pelo Código Tributário Nacional, veja-se:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Seguindo esta diretriz, o Regulamento do CONTAT determina os procedimentos por ocasião do lançamento de ofício, conforme estatuído no art. 33, XI do Decreto 25.468/99, “in verbis:”

“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.”

Com efeito, o Auto de Infração ou início do procedimento de lançamento nada mais deve ser do que um relatório da ocorrência que o agente presume constituir infração e a materializa em um ato descritivo a vinculação ao Contribuinte que praticou o ato considerado ilícito para levar ao conhecimento da autoridade julgadora e assim instaurar a instância contenciosa.

É evidente, que, se o ato descritivo não materializa o fato ocorrido, padece de vício de ilegalidade, cumprindo a própria administração reconhecer que praticou um ato contrário ao direito e anulá-lo, para que possa restabelecer a legalidade administrativa.

Comentando o alcance dos princípios essenciais que devem compor o Auto de Infração, Pontes de Miranda tece, com muita argúcia, preciosas considerações que se aplicam com grande rigor à questão aqui discutida.

Diz o renomado Mestre:

“Defesa e Direito Público Subjetivo – Tanto o direito fiscal, quanto os outros ramos do direito administrativo, inclusive o direito relativo às contribuições de empregados e empregadores, têm de atender ao **princípio da possibilidade de defesa**. Quem quer que encontre infração tem, logicamente, de encontrar ato que infringe lei; portanto, há de saber e dizer qual a lei e qual o ato, para que o apontado como fator possa apreciar a **comunicação de conhecimento**, que se faz, e defender-se, ou com a alegação de que a comunicação de conhecimento, o **statement of fact**, é falso ou com a alegação de que não há a regra jurídica, que se invoca no auto de infração, ou que a regra jurídica, que se invoca, é contrária à lei, ou que, ainda quando a lei, é contrária à Constituição. É preciso que o acusado de infringir possa discutir as arguições que implicam **questiones facti**, quer impliquem **questiones juris**”. (grifo do parecerista)

A certeza, é atributo que deve reunir a todo o ato administrativo, para que não esteja inquinado de vício que ameaça a existência ou durabilidade do ato. “A vontade manifesta tem de visar **efeitos jurídicos precisos** quanto à natureza dos efeitos, as pessoas, as coisas, às próprias circunstâncias de tempo e lugar – isto é, quanto ao objeto propriamente dito e aos pressupostos que lhe estejam ligados.”

Apreciando a matéria, SEABRA FAGUNDES assim se verbaliza:

“o ato administrativo inclui cinco elementos básicos: competência, motivo, objeto, finalidade e forma. (...)”

A autoridade administrativa, no entanto, quando pratica ato discricionário escolhe o *motivo* e o objeto do ato administrativo. Este referente ao conteúdo do ato e aquele relativo a razões de oportunidade e conveniência, caracterizando assim o chamado mérito administrativo.” (“in” O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 2ª ed., J. Tronfino, Rio de Janeiro, 1950, pág. 88).”

E por falar em motivação, é cediço que o princípio da motivação das decisões administrativas ou judiciais está consagrado no art. 93, IX, da Constituição Federal - CF, bem como inscrito no art. 458, II, do Código de Processo Civil - CPC.

Sobre a matéria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que motivar é indicar os motivos de fato e de direito, que levam a Administração Pública a adotar determinada decisão, e assevera:

"Por meio da motivação, é possível verificar a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei." (Direito Administrativo. Atlas, 1990 p.69)

Não se pode perder de vista, que os princípios que regem a Administração Pública devem ser seguidos rigorosamente pelos agentes públicos, não podendo deles se desviar sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil ou criminal dependendo do caso.

Ilustrando a matéria examinada, é de bom alvitre parafrasear a ilustre Prof. Misabel Abreu Machado Derzi, na obra Comentários ao Código Tributário Nacional, afirmando que:

"A lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados".

A propósito, 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 as 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. 33, inciso XI (Dec. nº 25.468/99), que o auto de infração deve conter a descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado. Não resta dúvida, que o objetivo desta condicionante é no sentido do autuado ficar sabendo o que lhe está sendo imputado e querendo possa se defender.

Outrossim, insta salientar 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 acaciana, mas necessária, é tudo o que é extenso, abrangente, quase sem limites.

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.

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 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.

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 prescreve 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 Grunover, 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)

À guisa de arremate final, entendemos que, em face do relato da infração não está devidamente claro, bem como a falta da indicação, na intimação, de qual o tipo do *lay out* a ser apresentado, houve ferimento ao preterimento de garantia processual constitucional; desta forma a ação fiscal de que ora se cuida é NULA, conforme determina o art. 83 da Lei nº 15.614/2014, infra “in-verbis:”

“Art. 83 - São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.”

Por fim, tendo a convicção de que o ato administrativo em tela, encontra-se maculado de nulidade absoluta, por ferir formalidade intrínseca e legalmente prescrita pela legislação tributária, tornando-o portanto carecedor de efeitos jurídicos na forma do Art. 83 da Lei 15.614/2014 c/c o Art.53, §3º do Dec.25.468/99.

Por tudo exposto, voto, no sentido de que se Conheça do Recurso Extraordinário, dando-lhe provimento, a fim de modificar a decisão condenatória proferida pela 2ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, decidindo pela NULIDADE do feito fiscal, nos termos acima e do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, proferido oralmente em sessão.

É o voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **BAGAREL COMÉRCIO DE INSTRUMENTOS LTDA** e recorrido Estado do Ceará.

RESOLVEM Os membros do Conselho Pleno, após conhecer do Recurso Extraordinário, admitido pela Presidência com base nos arts. 127, parágrafo 2º da Lei nº 15.614/2014, para reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 2ª Câmara, declarando a **NULIDADE** processual, em razão da falta de especificidade/clareza do termo de intimação, conforme resolução paradigma constante nos autos, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, em Sessão. Vencidos os votos dos Conselheiros Valter Barbalho Lima e Lúcia de Fátima Calou de Araújo, que se manifestaram contrários à nulidade suscitada, pela confirmação da decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento. Presente, para apresentação de defesa oral do recuso, o representante legal da Recorrente, Dr. Rodrigo Portela Oliveira.

22/11/2015


Antonia Torquato de Oliveira Mourão
PRESIDENTE DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Francisca Marta de Sousa
1ª Vice-Presidente


Alfredo Rogério Gomes de Brito
2º Vice-Presidente

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Antonio Gilson Aragão de Carvalho
CONSELHEIRO

Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Annelina Magalhães Torres
CONSELHEIRA


Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA

José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO

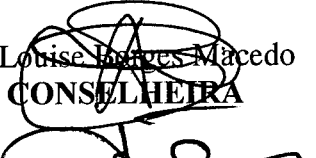

Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Francisco Wellington Avila Pereira
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRO


Ágatha Louise Inês Macedo
CONSELHEIRA

Aderbalina Fernandes Scipião
CONSELHEIRA


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Dr. Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO