



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11128.009683/2008-14
Recurso nº 916.065 Voluntário
Acórdão nº **3102-01.557 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de julho de 2012
Matéria Auto de Infração Multa Proporcional Valor Aduaneiro
Recorrente AHCOR IMP E EXPORTADORA LTDA EPPG
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 03/02/2003

AUTO DE INFRAÇÃO. ELEMENTOS CONSTITUINTES. DESCRIÇÃO DOS FATOS. CIÊNCIA. OBRIGATORIEDADE.

O auto de infração deve conter a matéria tributável, assim considerada a descrição dos fatos e a base de cálculo, das quais será dada ciência ao sujeito passivo, sob pena da decisão proferida ser declarada nula por preterição ao direito de defesa.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em declarar nula a decisão de primeira instância e determinar a entrega da Descrição dos Fatos do Auto de Infração ao contribuinte, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa - Relator.

(assinado digitalmente)

EDITADO EM: 23/07/2012

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Ricardo Paulo Rosa, Luciano Pontes de Maya Gomes, Winderley Moraes Pereira, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho e Nanci Gama.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

Trata o presente de auto de infração, fls.01/71, lavrado contra a contribuinte em epígrafe, para exigência da Multa no valor de R\$15.480.466,00, estabelecida no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, atendendo ainda o disposto processualmente no art.73 e §§ da Lei nº 10.833, de 2003.

Conforme Relatório de Procedimento Fiscal, fls.72/92, a contribuinte foi selecionada para ser fiscalizada ao amparo da Instrução Normativa SRF nº 228, de 2002, com fundamento legal na Medida Provisória nº 66, de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 2002.

A ação fiscal foi iniciada em 06/09/2006. Em 30/03/2007 foi instaurado o procedimento com proposta de declaração de Inaptidão do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, nos termos do art.11 da IN SRF nº 228, de 2002 (processo nº 11128.002094/2007-16). A motivação foi a não comprovação da origem, da disponibilidade e da efetiva transferência dos recursos empregados em operações de comércio exterior.

Conforme consta de fl.74, a empresa teve declarada Inapta a sua inscrição no CNPJ, com fundamento no art. 34 da IN RFB nº 568, de 2005, seguindo-se a publicação no DOU do Ato Declaratório Executivo ALF/STS nº 07, de 25 de junho de 2007. A partir de 01/02/2003, tornaram-se ineficazes, tributariamente, todos os documentos emitidos pela contribuinte.

Após a declaração de Inaptidão, foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal-Fiscalização nº 0817800-2008-00166-3, e, segundo a fiscalização, ao final, ficou caracterizada a figura da interposição fraudulenta em operações de comércio, tipificando a infração estabelecida no § 2º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, com a redação dada pela MP nº 66, de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 2002, pelos fatos a seguir relatados.

Foi lavrado o Termo de Intimação e de Início de Fiscalização, de 03/06/2008, e a ação fiscal foi inaugurada com a intimação da contribuinte para apresentar no prazo de quinze dias as mercadorias desembaraçadas pelas Declarações aduaneiras descritas nos quadros I e II fls.93/108, a partir de 03/02/2003, data em que se tornaram ineficazes tributariamente os documentos que amparavam as referidas operações de importação.

A ciência pessoal não pode ser concretizada pois o domicílio fiscal da contribuinte foi encontrado de portas fechadas, o mesmo ocorrendo com o dos sócios, promovendo-se a ciência via postal.

Posteriormente, em 06/09/2006, foram retidos diversos documentos da autuada, apontando irregularidades nas operações de comércio exterior, transcrita neste processo fls.82/84. Esses documentos referiam-se a despachos aduaneiros registrados a partir de fevereiro de 2003.

Destacou a fiscalização, ainda, que a contribuinte não apresentou quaisquer documentos necessários ao exame de avaliação da regular atividade das operações de comércio exterior, relativamente aos recursos aplicados naquelas operações, tipificando a figura da interposição fraudulenta prevista no art.23, §2º do Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976, incluído pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 20 de

dezembro de 2002, e conseqüentemente, enquadrando no inciso V do DL nº 1.455, de 1976, com a conseqüente penalidade do § 1º do mesmo diploma legal, ou seja, a pena de perdimento das mercadorias.

A contribuinte foi intimada para apresentar à RFB as mercadorias objeto daquelas operações de comércio exterior. Não o fazendo, e não tendo as mesmas sido localizadas, por terem sido consumidas, ocorreu a infração do § 3º da mesma norma legal, gerando a aplicação da penalidade prevista de exigência da multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias, conforme §3º do DL nº 1.455, de 1976, com a redação da Lei nº 10.637, de 2002.

Às fls. 93/108, encontra-se a Planilha, onde a fiscalização demonstra como procedeu para a Apuração da Base de Cálculo da Multa. Nela estão indicados: o número da declaração aduaneira (DDE-DI), dia do registro da declaração, valor da mercadoria no local de embarque-exportação, valor aduaneiro da mercadoria, soma das operações realizadas dia a dia, e o totalizador.

Em 28/01/2009, a contribuinte AHCOR Importadora e Exportadora Ltda.-EPP, obteve em sede de decisão liminar na Ação Cautelar nº 2008.61.00.010082-0, fls.578/593, a suspensão dos efeitos da declaração de Inaptidão do CNPJ da empresa, e a autoridade judicial ainda determinou a devolução das mercadorias exportadas e importadas desde 01/02/2003, até o julgamento da ação principal, nem mesmo a aplicação da multa de contla.

Posteriormente, em 05/10/2009, a Procuradoria da Fazenda Nacional-PFN obteve, em Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.011063-3, junto ao Tribunal da 3ª Região, o deferimento do pedido de efeito suspensivo da decisão liminar de 1ª instância, restaurando os efeitos do Termo de Intimação e de Início de Fiscalização nº 01, de 10/06/2008, permitindo o prosseguimento da ação fiscal e a lavratura deste auto de infração.

O autuante trouxe para este processo, as pessoas dos sócios da empresa, na condição de responsáveis solidários (art. 124 c/c art. 135 da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional – CTN), por atos de gerência com ‘infração de lei’.

Destacamos algumas informações relevantes trazidas na ação fiscal, que destacamos a seguir:

1.após inúmeras intimações para apresentação e documentos e livros fiscais, ao final, a contribuinte apresentou, intempestivamente, alguns documentos, insuficientes para comprovar a regularidade das operações realizadas, e nenhum livro fiscal ou contábil foi apresentado, ou documentos como extratos bancários das contas correntes da empresa, as notas fiscais de saída, as contas a pagar e a receber, etc.

2. em 06/09/2006, no início do Procedimento Especial de Fiscalização, pela IN SRF nº 228, de 2002, entre os documentos que, posteriormente, puderam ser retidos, foram constatadas manifestas irregularidades nas operações de comércio exterior (fl.82/84).

3. não localizaram em nenhum local do condomínio a indicação de ser o conjunto 94 da Praça da República, 87-Santos/SP, a sede da AHCOR, embora conste como domicílio fiscal indicado à RFB , embora também conste de seu contrato social, além do que o referido local encontrava-se de portas fechadas (fl.75 e 202);

3. busca realizada no sistemas informatizados da SRF, foi constatado que os sócios não dispõem de capacidade econômica e financeira compatível com as operações de comércio exterior realizadas pela empresa (fl.204).

4. consta do processo nº 11128.000993/2010-80 :

a) embora informado à SRFB uma estimativa de importação CIF de US\$0,00 e de exportação FOB de US\$0,00, a fiscalização constatou que, no período de 2002 a 2006, realizou operações de importação no valor CIF de US\$1.187.210,00 e exportações no valor de US\$ 7.338.953,96 (fl.206);

b) do exame do contrato social da empresa, em 01/04/2003, houve um aumento de capital de R\$80.000,00, integralizado à vista pelo sr. Sergio da Rocha Soares, embora o referido sócio tenha declarado rendimentos para o ano de 2002 e durante todo o ano calendário de 2003, de apenas R\$31.029,33 (fl.207).

Às fls.183/198, encontra-se a decisão do Juízo da 4ª Vara Federal de Santos/SP, na Ação Cautelar proposta pela contribuinte, na qual o MM. Juiz, prolate a seguinte decisão:

“... nos termos do art. 798 do Código de Processo Civil, DEFIRO MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER OS EFEITOS: a) da declaração de inaptidão da inscrição da requerente no CNPJ e, b) do Termo de Intimação e de Início de Fiscalização nº 01, de 10/06/2008, que determinou a devolução das mercadorias exportadas e importadas desde 01/02/2003, sob pena de aplicação da multa de 100% do seu valor aduaneiro, até o julgamento da ação principal, a ser proposta no prazo legal, sob pena de ineficácia das medidas ora deferidas (art. 806 e 807 do CPC).”

Ao final, deve ser destacada a decisão do sr. Desembargador do TRF3, no Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.011093-3/SP, que teve como agravante a União Federal (Fazenda Nacional), e que se encontra no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 183/2009, de 05/10/2009, a qual transcrevemos ‘in fine’:

“Portanto, não é razoável, neste momento processual, a suspensão dos efeitos da declaração de inaptidão da inscrição da requerente no CNPJ, nem do Termo de Intimação de Fiscalização nº 01, de 10/06/2008.

Por estes fundamentos, defiro o pedido de efeito suspensivo”.

Com essa decisão a fiscalização pode reiniciar suas atividades que se encontravam interrompidas (prazo prescricional), relativamente, inclusive, a esta ação fiscal, o que a partir de então tornou possível promover o procedimento de lavratura do auto de infração para aplicação da multa estabelecida no § 3º do art. 23 do DL nº 1.455/76, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637/02, atendendo ainda o disposto processualmente no art.73 e §§ da Lei nº 10.833/03.

A contribuinte foi cientificada e apresentou sua Impugnação, onde alega que:

Em Preliminar

1. não recebeu o Relatório de Procedimento Fiscal, parte integrante do auto de infração, caracterizando cerceamento do direito de defesa e nulidade do auto de infração;

2. falta a descrição dos fatos e o dispositivo legal infringido, e a matéria tributável, no que diz respeito à mercadoria importada, não foi apurada corretamente, já que não indicado o respectivo valor em moeda estrangeira, bem como o valor da taxa de câmbio utilizado na conversão para reais, o que inquina o auto de infração de nulidade insanável:

3. a data da ocorrência do fato gerador da penalidade aplicável, não estão apontadas, no auto de infração impugnado, as razões pelas quais foi ela considerada como sendo a data do registro da DDE ou da DI, dado que nas respectivas ocasiões, inexistia a inaptdão da inscrição da impugnante no CNPJ;

4. há que se reconhecer que a aplicação de penalidades tem como fato gerador a data em que verificada eventual infração à legislação tributária, tanto que os juros moratórios são contados apenas a partir da data da respectiva autuação. Ou seja, na data do registro de cada DDE ou DI inexistiam quaisquer irregularidades que permitissem a aplicação da penalidade, motivo pelo qual improcede fazê-la incidir a partir desse momento;

5. o auto de infração lavrado, e que corresponde ao lançamento tributário a que se refere o art. 142 do CTN, é nulo de pleno direito, porquanto não contém elemento essencial à sua validade, qual seja, a devida identificação da matéria tributável, como vem decidindo os E. Conselhos de Contribuintes, nos acórdãos que transcreve;

5. foi declarada a inaptdão da inscrição da impugnante no CNPJ com efeito retroativo a 01/01/2003, o que ocorreu em face do Edital de Intimação nº 15//07, que resultou no “Ato Declaratório Executivo ALF/STOS nº 07/07”(reproduzido às fls.29), para os quais não foi intimada pessoalmente, ou pela via postal, como manda a lê.

6 é nula a notificação de lançamento que não contém o dispositivo legal infringido;

7. é absolutamente ilegítima a declaração de inaptdão da inscrição da impugnante no CNPJ com efeito retroativo a partir de 01/01/2003, visto que, nada existe, quer na lei, quer nos atos administrativos editados, que permita o efeito retroativo dessa declaração;

8. com a ‘declaração retroativa de inaptdão’ a autoridade administrativa exigiu ‘no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento do TIF nº 01, as mercadorias desembaraçadas através das Declarações Aduaneiras descritas nos quadros I e II da intimação’, ou seja, que levasse àquela repartição as mercadorias desembaraçadas no período de 24/01/2003 a 07/08/2006, para o fim de declaração de seu ‘perdimento’, sob a ameaça de, em não o fazendo, ser-lhe aplicada a multa equivalente ao valor aduaneiro dessas mercadorias;

9. as referidas mercadorias foram desembaraçadas regularmente, com o pagamento dos tributos devidos e a contribuinte, no momento desses desembaraços, se encontrava plenamente regular, e a autoridade administrativa também não pode omitir-se, por anos, para agora vir a considerá-lo irregular, fazendo retroagir por todo o tempo em que exerceu suas atividades;

10. nos termos do art. 106 do CTN, a lei somente se aplica a ato ou fato pretérito, em qualquer caso, ‘quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados’, ou, se tratando de ato não definitivamente julgado, quando deixe de defini-lo como infração, quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, ou quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, o que impede a aplicação retroativa da declaração de inaptdão da inscrição da empresa no CNPJ.

11. traz a respeito o julgado do STJ no RESP nº 996.098, de 22/04/2008;

12. transcorridos cinco anos não é razoável, nem lógico, decretar a inaptdão da inscrição da impugnante no CNPJ, e determinar a 'devolução' das mercadorias desembaraçadas, a partir de 01/02/2003, para serem apreendidas, ou na sua falta (porque já consumidas) para aplicar-lhe a multa equivalente ao seu valor aduaneiro .

13. dada a gravidade e o montante da multa imposta e inexistindo legislação sobre a matéria de aplicação retroativa da declaração de inaptdão da inscrição da empresa no CNPJ, torna impossível esta exigência.

13. inválido o Ato Declaratório Executivo Alf/Stos nº 07/07, por não ter sido regularmente intimada, conforme previsto no art.80, caput da Lei nº 9.430/96, não se enquadrando também no art.81 do mesmo diploma legal, mesmo com a alteração trazida pela Lei nº 10.637, de 2002, e não poderia a IN RFB nº 568/05 impor a intimação por edital;

14. a impugnante foi fiscalizada com base na IN SRF nº 228/02, de 24/06/2002 a 27/07/2004, cujo relatório fiscal concluiu pela regularidade da empresa (processo nº 11128.004147/2004-91)

Alega, ainda, a impugnante ter ocorrido a decadência, para os fatos ocorridos de 03/02/2003 a 10/12/2003, pois os respectivos créditos foram constituídos apenas em 11/12/2008, quando transcorridos mais de cinco anos, e tratando-se apenas de multa não se poderia alegar o cabimento do art. 173, inciso I, da Lei nº 5.172, de 1966 -CTN.

Foi apensado a este o processo nº 11128.009693/2008-41, de Representação Fiscal para Fins Penais.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 03/02/2003

PRELIMINARES. DECADÊNCIA.CONCOMITÂNCIA.

Preliminares.

Descabem as alegações apresentadas nas preliminares, pelas razões de fato e de direito apontadas neste acórdão.

Decadência. Prescrição.

No caso presente quando da apreensão das mercadorias, o prazo prescricional não foi esgotado, e, posteriormente, quando da conversão em multa, o prazo de cinco anos para a lavratura deste auto de infração, também não estava findo, conforme legislação de regência.

Concomitância.

Pelo Princípio da Jurisdição Una, considera-se renúncia a discussão no processo administrativo fiscal, quando o contribuinte propôs ação judicial sobre a mesma matéria (Súmula nº 1 do CARF).

Não se toma conhecimento da impugnação ao auto de infração cuja matéria é objeto de ação judicial.

Insatisfeita com a decisão de primeira instância, a recorrente apresenta Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por meio do qual repisa argumentos contidos na Impugnação ao Lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do Recurso.

Em sede de preliminar, a Recorrente requer, uma vez mais, a decretação de nulidade do procedimento fiscal, por preterição ao direito de defesa, pelo fato de não ter recebido o relatório de procedimento fiscal, parte integrante do auto de infração.

2.1.1 De início, cumpre reafirmar que o **"RELATÓRIO DE PROCEDIMENTO FISCAL"**, que O I. AFRFB diz ser **"parte integrante e inseparável desse Auto de Infração"**, não foi encaminhado à RECORRENTE, posto que recebeu apenas e tão somente, os elementos anexados ao **"processo"** (v. doe. nº 02, anexo à impugnação), e que são:

a) O **"DEMONSTRATIVO CONSOLIDADO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DO PROCESSO"**;

b) o **"DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO - Multa Proporcional ao Valor Aduaneiro"**, em 13 (treze) páginas;

c) o **"AUTO DE INFRAÇÃO"** e 13 (treze) **"folhas de continuação do AUTO DE INFRAÇÃO"**;

d) O **"TERMO DE ENCERRAMENTO"**, e

f) a página de **"instruções"** para pagamento.

2.1.2 Saliente-se, mais, que, aos sócios da RECORRENTE, SÉRGIO DA ROCHA SOARES e SÉRGIO DA ROCHA SOARES FILHO, foram encaminhadas cópias dos **"TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Nº 01 e 02"**, respectivamente, acompanhadas dos mesmos elementos relacionados no subitem precedente, como se vê nos docs. nºs. 03/04, também anexos à impugnação.

2.1.3 Vale dizer, na medida em que a RECORRENTE não tomou conhecimento do aludido **"RELATÓRIO DE PROCEDIMENTO FISCAL"**, viu-se ela completamente cerceada no seu direito de defesa, já que não tem a menor idéia em que se baseou a autoridade administrativa para tributá-la, como fez.

Em resposta às alegações de mesmo conteúdo contidas na Impugnação ao Lançamento, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento assim manifestou-se no voto condutor da decisão recorrida.

A contribuinte alega que *'não recebeu o Relatório de Procedimento Fiscal, parte integrante do auto de infração'*.

Ocorre que a intimação ocorreu por via postal e, portanto, só foi encaminhado o auto de infração.

Acresce que o referido auto de infração contém a sua motivação quando o autuante declare que a multa está sendo aplicada pela impossibilidade de apreensão das mercadorias, fl.16; bem como, consta a fundamentação legal, fl.28.

Todos os fatos que levaram a esta autuação, a impugnante além de ser protagonista acompanhou as etapas, pois várias foram as intimações feitas para atendimento das requisições fiscais. O fato de ser conhecedor dos fatos pode ser corroborado, ainda, pelo fato de que foi buscar amparo no Poder Judiciário, para efeito de sustar a declaração de inaptidão do seu CNPJ, e a apreensão das mercadorias que, não localizadas ou consumidas, teria como ato final, a aplicação da multa de conversão.

Por outro lado, foi facultada aos sujeitos passivos, a vista do processo no órgão preparador, dentro do prazo de impugnação (30 dias contados da intimação e ciência), em homenagem ao princípio do pleno exercício do contraditório e ampla defesa que lhe são assegurados pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal/85.

Cabe ainda reforçar que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim dispõe:

“Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

.....
.....

Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.” (grifos nosso)

Como pode ser observado, a impugnante poderia obter não só vista como cópias de todas as peças do processo.]

Às fl.28, o autuante declara que ‘Fazem parte integrante do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados. Ora, imaginemos se seria factível a autuada receber para ciência do auto de infração todos esses documentos, num processo de mais de folhas. Entretanto, como ressaltado anteriormente, todas as peças do processo estão, como sempre estiveram, à disposição da contribuinte para delas ter vista ou extrair cópias.

Por último deve ser lembrado que, em sua Impugnação a contribuinte deixa evidenciado que tem conhecimento de todas as peças do processo.

Portanto, tal alegação não tem suporte legal para qualquer pleito de nulidade.

Alega a defendente que *‘falta a descrição dos fatos e o dispositivo legal infringido, e a matéria tributável, no que diz respeito à mercadoria importada, não foi apurada corretamente, já que não indicado o respectivo valor em moeda estrangeira, bem como o valor da taxa de câmbio utilizado na conversão para reais, o que inquinou o auto de infração de nulidade insanável’*.

Os fatos estão referidos ao longo do Relatório Fiscal, pois este auto de infração é apenas decorrente de todo o processo investigativo da ação fiscal, e algumas peças que integram a proposta de declaração de inaptidão do CNPJ da autuada e da apreensão das mercadorias que não pode ser concretizada, são de inteiro conhecimento da contribuinte.

Este auto apenas se limita a aplicar a multa de conversão pela impossibilidade de aplicação da pena de perdimento das mercadorias, e, a propósito, às fls.28, encontramos a fundamentação legal deste auto, não só com a indicação da norma legal maior, a Lei nº 10.637, de 2002 que alterou o Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, bem como os dispositivos regulamentares do Decreto nº 4.543, de 2002 – Regulamento Aduaneiro.

Peço vênia para divergir.

Embora entenda, tal como entende a i. Relatora do voto, que, em regra geral, a preterição ao direito de defesa não pode ocorrer em tese, requer prejuízo real ao exercício do contraditório, capaz de ser claramente identificado nos autos, parece-me que, aqui, o problema tem outra natureza. A descrição dos fatos não constitui apenas parte do processo de imposição da exigência, mas do próprio auto de infração. Assim prescreve o Decreto 70.235/72 com alterações posteriores.

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Ou seja, distintamente das provas e de todos os demais documentos produzidos ao longo do procedimento fiscal, que devem constituir o processo administrativo fiscal desde a formalização da exigência, mas não precisam ser obrigatoriamente entregues ao administrado, a descrição dos fatos constitui parte do auto de infração em si e deve ser com ele apresentada ao sujeito passivo, sob pena de trazer prejuízo ao procedimento.

De se acrescentar que é isso o que informa o próprio Auto de Infração neste contestado, no campo reservado à descrição dos fatos.

001 - CONVERSÃO DO PERDIMENTO EM MULTA - IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO DA MERCADORIA

Aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria pela impossibilidade de sua apreensão, conforme consta no Relatório de Procedimento Fiscal, parte integrante e inesparável desse Auto de Infração. (original não sublinhado)

Diga-se, o Relatório de Procedimento Fiscal a que se fez alusão existe. Ele encontra-se às folhas 72 a 92 do processo, logo depois das tabelas de cálculo do valor do

crédito exigido da contribuinte. Assim, não está-se falando de auto de infração sem descrição dos fatos, mas de falta de ciência desta à contribuinte. A ciência poderia ter omitido qualquer outra parte do auto: cálculos, consolidação do valor, enquadramento legal etc. De qualquer forma estaria caracterizado o problema.

Outrossim, a recorrente, ao defender-se da pena aplicada, deixa claro o prejuízo efetivo encontrado. Assim encontra-se na impugnação ao lançamento.

Como se viu no ITEM 2, a IMPUGNANTE teve o seu direito de defesa completamente cerceado, dado que não lhe foram fornecidos elementos suficientes para tanto. Assim, com vistas a impedir o prosseguimento da absurda exigência, somente lhe resta tentar adivinhar os fundamentos da autuação, visualizando, entre eles, o fato de que foi declarada a inaptidão da sua inscrição no CNPJ, com efeito retroativo a 01/01/2003, o que ocorreu em face do "EDITAL DE INTIMAÇÃO Nº 158/07" (doc. nº 05, anexo), que resultou no "ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO ALF/STS Nº 07/07" (doc. nº 06), para os quais não foi intimada pessoalmente, ou pela via postal, como manda a lei e se demonstra no SUBITEM 3.2, adiante.

3.1.2 Vale dizer, se a multa aqui contestada tem essa origem, teríamos como absolutamente ilegítima a declaração de inaptidão da inscrição da IMPUGNANTE no CNPJ com efeito retroativo, a partir de 01/02/2003, visto que, nada existe, quer na lei, quer nos atos administrativos editados, que permita o efeito retroativo dessa declaração.

Ao contrário de como se costuma observar, neste caso há, desde o primeiro momento, manifestação de desconhecimento da acusação veiculada no Auto.

É fato que o problema poderia ter sido contornado com pedido de vista do processo; contudo, as atribuições e procedimentos não estão assim definidos em Lei. Não há previsão para nenhuma outra modalidade de ciência do auto de infração, senão pela remessa ou entrega de seu inteiro teor ao autuado. Não se podendo exigir que o administrado tome a providência de sanar a imperfeição, resta caracterizada a preterição ao direito de defesa decorrente de falha no procedimento conduzido pela da autoridade administrativa.

Nesse diapasão, dispunha a Instrução Normativa nº 94, de 24 de dezembro de 1997 sobre os elementos indispensáveis do Auto de Infração.

Art. 5º Em conformidade com o disposto no art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN) o auto de infração lavrado de acordo com o artigo anterior conterá, obrigatoriamente:

- I - a identificação do sujeito passivo;
- II - a matéria tributável, assim entendida a descrição dos fatos e a base de cálculo; (grifos meus)
- III - a norma legal infringida;
- IV - o montante do tributo ou contribuição;
- V - a penalidade aplicável;
- VI - o nome, o cargo, o número de matrícula e a assinatura do AFTN autuante;
- VII - o local, a data e a hora da lavratura;
- VIII - a intimação para o sujeito passivo pagar ou impugnar a exigência no prazo de trinta dias contado a partir da data da ciência do lançamento.

A seguir, trata das consequências advindas do lançamento efetuado em desacordo com essas disposições normativas.

Art. 6º Sem prejuízo do disposto no art. 173, inciso II, da Lei nº 5.172/66, será declarada a nulidade do lançamento que houver sido constituído em desacordo com o disposto no art. 5º:

(...)

A peculiaridade do caso em epígrafe, contudo, é que, como se disse, não se trata propriamente de inexistência de descrição dos fatos, já que a mesma integra o processo, mas de falta de conhecimento dela à empresa autuada. Por outro lado, também não vejo razão para falar em falta de ciência do Auto de Infração, já que ciência houve.

Assim, conforme preceitua o Decreto 70.235/72, o mais razoável, a meu ver, é que seja declarada nula a decisão proferida com preterição ao direito de defesa, no caso, a tomada em primeira instância administrativa de julgamento, devendo a irregularidade na ciência à contribuinte ser sanada com a entrega da descrição dos fatos e reabertura do prazo para impugnação ao lançamento.

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

VOTO POR DECLARAR NULA a decisão de primeira instância e determinar a entrega da Descrição dos Fatos do Auto de Infração à autuada, sendo-lhe reaberto prazo para impugnação.

Sala de Sessões, 18 de julho de 2012.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa – Relator.

CÓPIA