

SUMÁRIO

1. Nulidades Processuais I - O cerceamento do direito de defesa.
2. Casuística.

1 – A preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

O inciso III do art. 20 da Lei nº 16469/09 – nova lei que Regula o processo administrativo tributário Goiano – informa serem nulos os atos praticados com cerceamento do direito de defesa. Esse dispositivo apenas reafirma uma garantia fundamental consubstanciada na Carta Magna Brasileira, que assevera em seu artigo 5º, LV, serem assegurados o contraditório e ampla defesa no processo administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes.

Em nosso contexto de trabalho, define-se o cerceamento do direito de defesa como **qualquer obstáculo que a Administração opõe ao sujeito passivo que resulte impedimento ou dificuldade para a prática de atos legalmente previstos e que protejam seus interesses na lide, prejudicando sua defesa**. Não é aconselhável, por parte de qualquer servidor fazendário, ocultar do contribuinte informações acerca da forma através da qual o trabalho fiscal culminou no lançamento tributário. A ausência de transparência ao lançar, em geral, é o alicerce das arguições de cerceamento promovidas pelo sujeito passivo nas esferas administrativa e judicial.

Quanto à vinculação dessa nulidade com a nulidade por insegurança na determinação da infração, também é correto afirmar que todo lançamento eivado de insegurança na determinação da infração fatalmente induz o cerceamento de defesa. Em outras palavras, não há auto de infração inseguro que não cerceie o direito de defesa do sujeito passivo. A recíproca, entretanto, não é verdadeira. Disso decorre que a insegurança na determinação da infração é mais abrangente e mais gravosa ao processo que o cerceamento.

Por óbvio, se a acusação é vacilante e obscura, o sujeito passivo não terá elementos para contraditá-la adequadamente. A principal diferença entre tais nulidades é que a nulidade por cerceamento de defesa não é, propriamente, uma nulidade *ab initio*, e se forma em fase posterior ao lançamento tributário, no transcorrer do contencioso administrativo, como nas fases de intimação, de revisão processual, nas oportunidades de defesa do sujeito passivo e no

juízo, quando, eventualmente, o julgador deixa de apreciar questão relevante trazida pelo sujeito passivo. Tomada isoladamente, ela não extingue o processo em curso e pode ser sanada anulando-se apenas os atos praticados posteriormente à sua verificação (nulidade parcial). Portanto, tal nulidade não chega sequer a afetar o trabalho inicial do fisco. O prejuízo dela decorrente é o tempo despendido com a necessidade de refazimento de atos processuais, redundando postergação do julgamento do mérito dos lançamentos por ela afetados. A nulidade por insegurança, por sua vez, traduz-se em vício mais grave e dispendioso, uma vez que contamina irremediavelmente o próprio lançamento, causando a extinção do processo em curso e demandando um novo trabalho, via reautuação, sem os vícios anteriores.

Podemos citar alguns casos recorrentes no CAT, em que o cerceamento se fez presente:

a) Falta de comprovação de devolução de documentos e livros ao sujeito passivo logo após o encerramento da fiscalização.

A falta de devolução de livros, documentos fiscais e contábeis ao sujeito passivo logo após o encerramento da fiscalização da empresa pode caracterizar cerceamento do direito de defesa ao contribuinte, visto que há prazo peremptório para que o mesmo apresente impugnação ou recurso voluntário em face da autuação sofrida. Sem o recebimento dessa documentação no tempo adequado, há uma presunção absoluta de que o direito de defesa ficou prejudicado.

Portanto, é imprescindível a devolução dessa documentação imediatamente após o encerramento da fiscalização, mediante recibo, o qual deve ser anexado aos autos do processo.

Tal concepção é pacífica na jurisprudência administrativa, inclusive em outros Conselhos de contribuintes.

b) Falta de Notificação ao sujeito passivo do resultado de Revisão / Diligência.

Assiste ao sujeito passivo o direito de tomar conhecimento do resultado da revisão porventura levada a termo no transcorrer do contencioso fiscal. Portanto, o

NUPRE deve notificá-lo do resultado da revisão, mesmo que o crédito tributário tenha sido reduzido, exceto se a exigência tributária tenha deixado de existir. O cerceamento do direito de defesa nessa fase tornará os autos ao NUPRE para suprimimento da falha, com maior demora na realização do julgamento.

c) Intimações do contribuinte e solidário(s) em um mesmo Aviso de Recebimento – AR

Quando no auto de infração constarem como sujeitos passivos o contribuinte e solidários e as intimações forem efetivadas com auxílio dos correios, as remessas dessas intimações com AR devem ser enviadas em envelopes distintos, sendo a do contribuinte endereçada para o estabelecimento comercial e as relativas aos solidários destinadas a

seus respectivos endereços residenciais. O envio de um único AR ao estabelecimento da empresa, constando os nomes dos coobrigados, de forma aglutinada, tem acarretado a nulidade desses atos de intimação, porquanto é passível de ocorrer, por exemplo, de o solidário ter se retirado do quadro societário da empresa atuada. Nessa hipótese, provavelmente, não tomará conhecimento da acusação que o fisco lhe promove e o lançamento correrá à sua revelia.

Portanto, o AR deve ser objetivamente encaminhado ao seu destinatário – atuado ou coobrigado -, de forma individual, evitando-se as expressões “aos cuidados de (A/C)” ou “fulano e outros”, como é o caso típico dos condomínios rurais.

2–Casuística.

Assunto: Ausência de devolução de livros fiscais após o término da auditoria. Decisão do Conselho de Contribuintes do RJ.

Ementa: JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA ESTADUAL - RJ - 3774 - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – Cerceamento. Direito de Defesa - Acórdão n. 3135 - Falta de devolução dos documentos em tempo hábil - A não devolução no prazo para impugnação de livros e documentos fiscais a contribuinte atuado em decorrência de levantamento neles efetuados, devolução só efetuada dois dias antes de vencido o referido prazo, configura cerceamento de direito de defesa, que anula a decisão de Primeira Instância. Decisão: - Por maioria de votos, acolhida a preliminar de nulidade da decisão da Primeira Instância"

Assunto: Intimação recebida por pessoa estranha ao quadro societário da empresa e sem vínculo com a mesma. Processo nº 3026441775721, em 15/01/09, IV CJUL.

Ementa: Processual. Nulidade da intimação do auto de infração. Cerceamento do direito de defesa. Remessa do feito ao Núcleo de Preparo Processual - NUPRE, para intimação regular do sujeito passivo. Arguição formulada pelo Relator. Acolhimento. Decisão unânime. I - A intimação do sujeito passivo para que pague a quantia exigida no auto de infração ou apresente impugnação em Primeira Instância, quando recebida por pessoa estranha ao quadro societário da empresa e sem nenhum vínculo com esta, gera cerceamento do direito de defesa e implica na invalidação da

intimação, devendo o processo retornar ao Núcleo de Preparo Processual - NUPRE, para que este órgão efetue a intimação regular do sujeito passivo; II - Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; ... (art. 248, CPC).

Assunto: Intimação conjunta de sujeitos passivos diferentes. Processo nº 3027623826770, em 21/11/08, III CJUL.

Ementa: ICMS. Obrigação Acessória. Intimação conjunta de sujeitos passivos diferentes. Cerceamento do direito de defesa. Nulidade. Unânime. Constatando, por qualquer motivo, impedimento ao livre e amplo direito de defesa, torna-se nulo o processo a partir do referido ato, devendo os autos retornarem à etapa do ato irregular e dali reiniciar, com o saneamento da irregularidade constatada.

Assunto: Resultado de revisão processual não comunicada ao sujeito passivo. Processo nº 3014760840845, em 03/06/08, Conselho Pleno.

Ementa: Preliminar. Nulidade parcial. Cerceamento ao direito de defesa. Diligência. Produção de novos elementos de prova. Acolhimento. Decisão unânime. I - Ocorrendo a produção de novos elementos de prova que, reforçando a acusação feita pelo Fisco, não integravam o lançamento inicial, impõe-se a renovação da intimação a que alude o § 2º do art. 19 da Lei n.º 13.882, de 23 de julho de 2001; II - Nos termos da Lei processual em vigor 'são nulos os atos praticados com cerceamento do direito de defesa'.