



- **ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
- **SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO**
- **CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO	0036/2013-CRF
PAT	0238/2007-1ª URT
RECURSO	EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
EMBARGANTE	CELULAR MIX LTDA ADV.: JOSÉ EVANDRO LACERDA ZARANZA FILHO
EMBARGADA	SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATOR	CONS. NATANAEL CÂNDIDO FILHO

## **RELATÓRIO**

Trata-se de embargos de declaração opostos pela embargante acima qualificada, contra acórdão de nº 034/2013, de fl. 356, que deu parcial procedência ao recurso nos termos do voto do relator, “para alterar a decisão monocrática e julgar o feito procedente em parte, mantendo a primeira e segunda denúncia parcialmente procedentes, afastando os valores alcançados pelo lustro decadencial e afastando a terceira e quarta denúncia, corroborando com o laudo pericial e assumindo o novo crédito tributário valor de R\$ 1.086.118,36 (um milhão, oitenta e seis mil , cento e dezoito reais e trinta e seis centavos)”

A embargante foi devidamente cientificada da decisão proferida pelo Egrégio Conselho de Recursos Fiscais do RN, que julgaram em conjunto (4) ocorrências apuradas em auto de infração nº 05268/1ª URT, sendo que decidiram, à unanimidade, pela procedência parcial do auto de infração, tornando insubsistentes as ocorrências três (3) e quatro (4), parcialmente procedentes as ocorrências um (1) e dois (2), relativamente a utilização de crédito indevido e a constatação de passivo fictício, confirmado por laudo pericial.

Aduz a embargante que o julgamento restou viciado em face do descumprimento de formalidade que resultou em prejuízo à defesa do contribuinte,

uma vez que não teria sido intimada para fins de apresentar manifestação sobre a perícia fiscal constante dos autos às fls. 227-233.

Ainda, alega que não foi possibilitado a embargante acompanhar a realização da perícia fiscal nos termos do Dec. 13.796/98, que disciplina o processo administrativo tributário, pois com a designação de um novo perito fiscal fls. 223, não estabeleceu comunicação com a embargante, sendo a prova técnica realizada sem a participação da assistente técnica da empresa, causando cerceamento de defesa.

Alega que tais omissões necessitam ser suprimidas para que se tenha a constituição regular do crédito tributário, sob pena de cerceamento de defesa.

Em seguida, aduziu que ocorreu omissão no julgado ao não apreciar o argumento quanto a acumulação de passivo fictício, sem levar em consideração a compensação de passivo fictício de um exercício com outro subsequente, tributando-se em grau superior a capacidade manifestada pela embargante, alegando, ser, também, caso de erro material.

No final, requer que sejam recebidos e providos os embargos de modo a reconhecer a nulidade quanto a ausência de intimação para acompanhar a prova pericial e a manifestação acerca da prova pericial produzida, bem como para declarar a omissão e erros materiais acima apontados no que diz respeito à ausência de fundamentação do acórdão.

Consta nos autos Parecer nº 041/2014, exarado em 03 de abril de 2014, pela ilustre representante da DOUTA Procuradoria Geral do Estado, opinando pela “rejeição da arguição de nulidade decorrente da ausência de acompanhamento de perícia por assistente técnico do sujeito passivo e pelo acolhimento da arguição de nulidade processual consubstanciada em ausência de abertura de oportunidade para manifestação às partes acerca da prova pericial, bem assim, pela declaração de nulidade do feito a partir das fls. 339, mormente da decisão embargada.” (fls.389)

É o relatório.

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal, 13 de maio de 2014.

Natanael Cândido Filho

Relator



- ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
- SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
- CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ROCESSO	0036/2013-CRF
PAT	0238/2007-1ª URT
RECURSO	EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
EMBARGANTE	CELULAR MIX LTDA ADV.: JOSÉ EVANDRO LACERDA ZARANZA FILHO
EMBARGADA	SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATOR	CONS. NATANAEL CÂNDIDO FILHO

### VOTO

Em análise aos pressupostos de admissibilidade recursal, observo que os embargos declaratórios foram opostos dentro do prazo legal e subscritos por profissional regularmente habilitado, conforme instrumento de procuração de fls. 385.

Conheço, pois, dos embargos declaratórios.

Passo a analisar as preliminares suscitadas pela embargante.

A embargante alega não ter sido intimada da designação de perícia feita pelo perito substituto, evidencia nos autos, que tomou ciência inequívoca da realização da aludida prova no momento em que foi instado, pela perita inicial, a

apresentar documentação necessária à análise da expert, o que ocorreu em 14/06/2012, conforme fl. 216 dos autos.

Neste caso, estando ciente da realização da prova, a embargante apresentou em 05/07/2012, a petição de fls. 236-242, mediante o qual juntou a documentação requerida pela perita, bem como, expôs todas as considerações que achou pertinentes, sem em momento algum, formular quesitos a serem respondidos ou indicar assistente técnico para fins de acompanhamento dos trabalhos periciais ou, mesmo, arguir o vício procedimental que pretende seja declarado, não se entendendo o seu prejuízo quanto a este momento da prova.

Analisando o processo, evidencia-se que a embargante deixou de suscitar a nulidade da primeira oportunidade que se apresentou para falar nos autos sob pena de preclusão, havendo a convalidação no caso das nulidades sanáveis, conforme art. 245 do CPC. Neste panorama, esse é o caso que se põe, na medida em que, ciente da realização da pericia, a embargante, vindo aos autos, inclusive, representada por advogado, quedou-se inerte em produzir quesitos e indicar assistente técnico, operando-se, assim a preclusão consumativa.

Sobre o tema em exame, ressaltando a presença de nulidade relativa e a aplicado do princípio do prejuízo, assim manifestou o STJ, nas palavras do Ministro Luís Fux:

[...] o legislador, não só atento à ênfase conferida pela Carta Maior aos princípios do contraditório e ao da ampla defesa, mas também à utilidade da presença das partes na diligência, propiciando fornecer ao expert elementos valiosos de apuração, determinou que as mesmas tenham ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova. **A falta de intimação nulifica a perícia, salvo se a parte nada arguir. Trata-se, portanto, de nulidade relativa e sujeita ao princípio do prejuízo**, por isso que se apesar de insciente a prova conspirar em prol dos interesses da parte, *utile per inutile non viliatur*. (Curso de direito processual civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 733) (g.n.)

Neste aspecto, pelo fato da perícia não ter sido acompanhado por

assistente técnico indicado pela empresa, opino pelo não acolhimento da nulidade, quer porque operada a preclusão lógica e temporal, quer porque não demonstrada a existência de prejuízo.

Por outro lado, entendo assistir razão a embargante, quanto à presença de nulidade por não ter lhe sido oportunizado falar nos autos após a apresentação do laudo pericial, cuja conclusão foi essencial para a resolução da lide.

Neste contexto, efetivamente ocorreu a apontada omissão em relação a formalidade de abrir vista dos autos a embargante para pronunciamento sobre a conclusão do laudo pericial, que deixou de ser analisada quando do julgamento do referido acórdão.

Como bem asseverou a Douta Procuradoria Geral do Estado, em seu parecer escrito:

“Isto posto, se vê que as partes, dada a prolação do julgado ato contínuo à apresentação do laudo pericial, foram privadas de impugnar as conclusões a que chegou o laudo pericial, bem assim, de influenciar no convencimento deste órgão Colegiado, como de direito.

Ademais, não se pode olvidar que o acórdão embargado, reformando a decisão monocrática recorrida, julgou parcialmente procedente o auto de infração, utilizou com um de seus fundamentos o laudo pericial, sendo, assim, presumido o prejuízo para ambas as partes.”

Vejamos a jurisprudência:

PROCESSO CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA PROFERIDA LOGO APÓS JUNTADA DO LAUDO PERICIAL SEM QUE UMA DAS PARTES DELE TIVESSE CIÊNCIA.

Se o laudo pericial influenciou o julgamento da causa, **sua juntada aos autos sem o conhecimento da parte que sucumbiu implica a nulidade do processo - nada importando que o respectivo assistente técnico dele tivesse ciência, porque só o advogado representa o litigante em Juízo.** Recurso especial conhecido e provido. (RESP 275686/PR; RECURSO ESPECIAL; 2000/0089195-9; DJ:04/12/2000 PÁG:00065; RELATOR: MIN. ARI PARGENDLER; DATA DA DECISÃO: 23/10/2000; 3ª TURMA; UNANIMIDADE).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXAME PERICIAL. REALIZAÇÃO. JUNTADA AOS AUTOS DO LAUDO. VISTA ÀS PARTES. NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PROFERIR SENTENÇA SEM DAR OPORTUNIDADE ÀS PARTES DE IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. LEI N. 10.358/2001. NOVA REDAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 433, CPC. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO. I O princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar do processo civil contemporâneo, permitindo às partes a participação na realização do provimento. II Apresentado o laudo pericial, é defeso ao juiz proferir desde logo a sentença, devendo abrir vista às partes para que se manifestem sobre o mesmo, pena de violação do princípio do contraditório. III - A Lei n. 10.358/2001 alterou o parágrafo único do art. 433, CPC, que passou a exigir expressamente a intimação das partes a respeito do laudo pericial.(STJ - REsp: 421342 AM 2001/0198531-2, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 11/06/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/11/2002 p. 240)

Desta forma, resta caracterizado o cerceamento de defesa.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 5.163-SP ocorrido em 20.2.91 em acórdão relatado pelo Ministro Garcia Vieira, assim deixou consignado;

‘Os Embargos Declaratórios podem excepcionalmente receber efeitos modificativos se houver erro material ou apoio manifestamente equivocado em fato diverso do ocorrido, influente no resultado do julgamento’.

No mesmo sentido:

- a fato relevante com repercussão sobre a conclusão do julgado (RTFR 151/201, RP 57/253, JTA 108/287).

Como se vê pelos julgados acima, essa exceção aberta pela sábia jurisprudência de nossos tribunais aplica-se ao caso de que ora se trata, eis que, com a indispensável supressão da omissão apontada a conclusão da v. decisão há de ser alterada, para o fim de dar provimento parcial ao recurso.

Tecidas essas considerações, este relator deixa de se pronunciar quanto às arguições de erro material suscitadas nos aclaratórios por entender que dificilmente será transposta a nulidade suscitada.

Ante o exposto, conheço e acolho em parte a preliminar de cerceamento de defesa suscitada pela embargante, bem como pela Douta Procuradoria, em razão da falta de intimação das partes para se pronunciarem sobre a conclusão do laudo pericial, impõe-se a decretação da nulidade da decisão recorrida (fls.239) e a partir daquele ato, a fim de que se proceda a normal e necessária intimação das partes sobre o resultado da prova pericial para a regular instrução do feito.

É como voto.

Sala Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal, 13 de maio de 2014.

Natanael Cândido Filho  
Relator



- ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
- SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
  - CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO	0036/2013-CRF
PAT	0238/2007-1ª URT
RECURSO	EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE	CELULAR MIX LTDA ADV.: JOSÉ EVANDRO LACERDA ZARANZA FILHO
EMBARGADA	SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATOR	CONS. NATANAEL CÂNDIDO FILHO

**ACÓRDÃO Nº 0037/2014 – CRF**

DIREITO PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO EMBARGADA POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS PARTES DA CONCLUSÃO DO LAUDO PERICIAL . OMISSÃO. CORREÇÃO QUE SE IMPÕE. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA E DECRETADA.

- O princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar no processo civil, permitindo às partes a participação na realização do provimento jurisdicional. Apresentado o laudo pericial, deve-se abrir vista às partes para que se manifestem sobre o mesmo, sob pena de violação do princípio do contraditório.
- Ausência de intimação das partes sobre pronunciamento do laudo pericial acarreta, inarredavelmente, a nulidade processual.
- Embargos de declaração conhecidos e acolhidos em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, em harmonia com o parecer escrito da ilustre representante da douta Procuradoria Geral do Estado, por maioria de votos , em conhecer e acolher em parte os embargos de declaração, nos termos do voto do relator.

Sala Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal, 13 de maio de 2014.

André Horta Melo  
Presidente

Natanael Cândido Filho  
Relator

Ana Karenina de Figueirêdo Ferreira Stabile  
Procuradora do Estado