

PROCESSO - A.I. Nº 210365.0026/01-4
RECORRENTE - PETYAN INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO INOMINADO – Acórdão 1ª CJF nº 0216-11/02
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 18/09/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0125-21/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão, em cuja publicação da Pauta de Julgamento não conste o nome do advogado, patrono do autuado. Caracterizado o cerceamento ao direito de defesa. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Inominado, interposto pelo patrono do sujeito passivo, inconformado com a Decisão contida no Acórdão nº 0216-11/02, da 1ª CJF, que, em Decisão não unanimidade, proveu parcialmente o Recurso de Ofício apresentado pela 4ª JJF ao Acórdão nº 0148-04/02, que havia julgado improcedente o Auto de Infração, restabelecendo parte da exigência contida na autuação.

O recorrente argüiu a nulidade da Decisão, porque a peça de defesa do autuado foi subscrita, não pelo seu representante legal, mas por seu advogado legalmente constituído, e o Regulamento do Processo Fiscal dispõe sobre a imprescindibilidade da intimação da parte e do advogado relativamente aos atos ocorrentes no processo, bem como remete ao CPC caráter supletivo (art. 180), o que não ocorreu no presente caso, pois, tanto o julgamento do Auto de Infração sob comento como o resultado da Decisão que apreciou o Recurso “ex officio”, prescindiram da declinação do nome do advogado do autuado nas publicações que lhe foram pertinentes.

Argumentou que tal atitude fere o art. 236, § 1º, do CPC, que afirma: “É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para a sua identificação”.

Aduziu que a conseqüência disso é que, sem ter ciência das comunicações que deviam lhe ser dirigidas, ficou totalmente impossibilitado de fazer a sustentação oral em defesa dos interesses do autuado, como prevista está no art. 163, do RPAF, constituindo-se em flagrante cerceamento de defesa.

Concluiu solicitando, com base no art. 18, II, do RPAF, que fossem declarados nulos o julgamento da 1ª CJF (Acórdão nº 0216-11/02) e a intimação do seu resultado.

A Representante da PROFAZ se pronunciou informando que o Recurso foi interposto após o julgamento do Recurso de Ofício, e que na peça impugnativa não há referência nem a Recurso de revista, nem a Recurso especial, o que traz a questão jurídica processual a ser analisada e solucionada por este CONSEF, de como ser recebido, processado e julgado este Recurso, que está sendo dirigido à Câmara Superior.

Lecionou que o conteúdo da peça impugnativa não pode ser considerado como apto a veicular a finalidade dos Recursos indicados, muito embora tenha sido provido parcialmente o Recurso de Ofício e sido restaurada a autuação no que concerne ao item I, referente à omissão de saída, pois o recorrente, em momento algum, se referiu a este julgamento e tentou modificá-lo.

Disse que as razões do Recurso são unicamente a arguição de nulidade do referido julgamento por não ter sido intimado o advogado da empresa para aduzir sustentação oral, quando do julgamento do Recurso de Ofício.

Explicou, então, que a relação processual existente é entre o CONSEF e o Recorrente e este foi intimado de todos os atos praticados, e, ademais, não há intimação pessoal da pauta de julgamento, mas esta é publicada no Diário Oficial, como o nome das partes, foi o que houve. Por outro lado, a ninguém é dado desconhecer a lei, mormente, quando se trava relações com o ente de onde emana esta legislação.

Entendeu, portanto, que este Recurso deve ser processado e julgado como interposto, Recurso inominado argüindo nulidade do julgamento, não cabendo a fungibilidade para transformá-lo em Recurso especial, até porque não há conteúdo hábil para tanto.

Pelo que expôs, opinou pelo não conhecimento do presente Recurso e que, após o seu julgamento pelo CONSEF, seja intimado o Recorrente de que se encontra encerrado o processo administrativo fiscal e que deva o presente processo ser encaminhado para sua inscrição em Dívida Ativa e demais consequências advindas deste ato, acaso não seja satisfeito o crédito tributário.

VOTO VENCIDO

Corroboro com o entendimento manifestado pela Representante da PROFAZ de que o presente Recurso não pode ser fungido nem para Recurso Especial, nem para Recurso de Revista, que seriam os cabíveis após Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal, porque, em momento algum, se referiu a este julgamento e tentou modificá-lo, limitando-se à arguição de nulidade do referido julgamento por não ter sido intimado o advogado da empresa para aduzir sustentação oral, quando do julgamento do Recurso de Ofício.

Sendo assim, este Recurso deve ser processado e julgado como interposto, Recurso inominado argüindo nulidade do julgamento.

Disse o patrono do recorrente que Regulamento do Processo Fiscal dispõe sobre a imprescindibilidade da intimação da parte e do advogado relativamente aos atos ocorrentes no processo, bem como remete ao CPC caráter supletivo (art. 180), o que não ocorreu no presente caso.

O art. 108, do RPAF/99, determina que a intimação acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal será dirigida ao sujeito passivo ou à pessoa interessada. Isto foi feito, conforme se depreende dos autos.

Não existe qualquer previsão no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, de intimação dirigida ao advogado do contribuinte.

Quanto à suposta remessa de caráter supletivo pelo art. 180, do RPAF ao CPC, este dispositivo determina que aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil.

Vê-se que o RPAF utiliza o adjetivo “subsidiário” (subsidiariamente) e não, “supletivo”.

Mas, analisemos o significado de ambos, segundo o “Novo Aurélio – Dicionário da Língua Portuguesa”, *software* disponível na rede desta SEFAZ:

Supletivo: “Que supre ou se destina a suprir; supletório.”

Portanto, significa que o suposto “caráter supletivo” do CPC, se previsto, se destinaria a suprir “uma deficiência”. Ou seja, suprir algo em que não houvesse previsão expressa no RPAF/99.

Subsidiário:

1. Relativo a, ou que tem o caráter de subsídio: meios subsidiários; verba subsidiária.
2. Que concede subsídio; que ajuda: instituições subsidiárias da comunidade.
3. Diz-se de um elemento secundário que reforça outro de maior importância ou para este converge: os rios subsidiários do Amazonas; as estradas subsidiárias são indispensáveis ao transporte de mercadorias.
4. P. ext. De importância menor; secundário, acessório: Desprezou os pontos básicos para tratar de assuntos subsidiários.
5. Que é controlado por outra entidade, ou é parte acessória dela: Os hospitais e laboratórios subsidiários da Faculdade de Medicina; Os orfanatos são subsidiários da Santa Casa da Misericórdia.
6. Diz-se de empresa cujo capital é controlado por uma outra empresa.
7. Que vem em reforço ou apoio do que se alegou ou se estudou: prova subsidiária; dado subsidiário.

Verifica-se que, apesar de “certa semelhança” entre os significados dos adjetivos “supletivo” e “subsidiário”, este se traduz em “elemento secundário que reforça outro de maior importância”. Portanto, o CPC não tem finalidade de “suprir” algo em que não houvesse previsão expressa no RPAF/99, mas, tão-somente, se reveste de caráter acessório para “reforçar” as determinações contidas no RPAF, ou suas possíveis omissões.

Como já dito, a determinação contida no art. 108, do RPAF/99, foi cumprida em todas as etapas do presente PAF.

Mais ainda. Lembro que a Decisão Recorrida apreciou o Recurso de Ofício apresentado pela Junta de Julgamento Fiscal.

Neste caso, não cabe a sustentação oral definida no art. 163, do citado Regulamento, pois nenhum Recurso do contribuinte está sob apreciação. Para que se restabeleça a igualdade processual, o RPAF, no seu art. 169, II, “b”, prevê a interposição de Recurso especial do sujeito passivo à Câmara Superior contra Decisão da Câmara que reformar julgamento de primeira instância em Recurso de ofício.

Assim, por não vislumbrar o alegado cerceamento do direito de defesa, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Inominado apresentado pelo patrono do Recorrente, homologando a Decisão recorrida, para determinar que este seja intimado de que se encontra encerrado o processo administrativo fiscal e que deva o presente processo ser encaminhado para sua inscrição em Dívida Ativa e demais consequências advindas deste ato, acaso não seja satisfeito o crédito tributário.

VOTO VENCEDOR

Estamos a analisar um recurso inominado interposto pelo autuado contra Decisão que deu provimento ao Recurso de Ofício oriundo da primeira instância.

Nesta oportunidade o recorrente requer a nulidade do julgamento realizado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, tendo em vista a existência de vício formal insanável que macula a decisão proferida pela Segunda Instância deste CONSEF.

Alega o recorrente que na publicação da Pauta de Julgamento para o Recurso de Ofício não constou o nome do advogado que fora contratado pelo contribuinte para proceder a sua defesa o que teria ocasionado a nulidade por cerceamento ao seu direito de defesa.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5, inciso LV, assegura a plena defesa ao prevê que:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Mais adiante em seu art. 133, a própria Carta Magna prevê que **“o advogado é indispensável à administração da justiça**, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O Regulamento do Processo administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, como não poderia deixar de ser, em seu art. 3º, II, dispõe que:

“as petições do sujeito passivo e suas intervenções no processo serão feitas:

I - ...

II – **por advogado**”.

Após estas observações percebe-se que a presença do advogado, legalmente constituído, é direito constitucional do contribuinte, corroborado pelo próprio RPAF.

No momento em que o contribuinte contrata o advogado ele confia a este profissional todos os atos que por ele poderiam ser praticados no processo, não sendo admissível a realização de um julgamento sem que o mesmo tenha conhecimento.

O vício constante deste processo vai de encontro, a um só tempo, a 2 princípios constitucionalmente garantidos: AMPLA DEFESA e PUBLICIDADE.

Mais uma vez, voltamos à Constituição Federal de 1988 para fundamentar a nulidade constante deste PAF pois, o art.37 consagra o dever administrativo de manter plena transparência de todos os seus atos e comportamentos, sendo inadmissível o ocultamento aos administrados, no caso o contribuinte Autuado, de assuntos do seu interesse, como é o caso do julgamento de um recurso administrativo.

Não se pode afirmar que, em se tratando de um Recurso de Ofício, não haveria interesse em postular pois o interesse encontra-se exatamente na manutenção do julgamento realizado em primeira instância, o que não ocorreu.

Não se pode afirmar também que, em se tratando de um Recurso de Ofício a contestação oral é vedada ao advogado, representante legal do contribuinte, pois, é de conhecimento geral que durante as sessões de julgamento, mesmo em se tratando de Recurso de Ofício, estando presente o advogado do contribuinte lhe é concedida a palavra, ademais, não existe nenhum artigo no RPAF/99 que proíba a participação do advogado no julgamento deste tipo recursal, assim, considerando ser uma regra costumeira e não havendo outra em contrário esta deve prevalecer.

Como já visto, o direito a presença do advogado na sessão de julgamento é assegurado, tanto pelo RPAF vigente quanto pela própria Constituição Federal de 1988.

A falha ocorrida na publicação da pauta de julgamento do Recurso de Ofício, ocasiona o cerceamento de defesa e fere um princípio constitucionalmente garantido, gerando assim a nulidade do julgamento recorrido.

O próprio RPAF/99 art. 18, inciso II, prevê a nulidade das decisões proferidas com preterição ao direito de defesa, o que se enquadra perfeitamente no caso em tela.

Como levar adiante um processo com um vício tão grave e que poderia ser levantado, inclusive quando em discussão no judiciário, por ser uma nulidade absoluta, quando é mais fácil corrigir o erro ainda na esfera administrativa reduzindo prontamente o ônus decorrente desta irregularidade?

Entendo que o vício de forma constante no julgamento do Recurso de Ofício realizado pela 1ª CJF, configura uma nulidade absoluta pois cerceia o direito de defesa do contribuinte além de ferir também o princípio da publicidade dos atos administrativos, na medida em que seu advogado não tomou conhecimento da data em que aquele julgamento seria realizado, não sendo possível comparecer à sessão para, se quisesse, pronunciar-se oralmente, o que desobedeceu também ao princípio do contraditório e da ampla defesa que são consagrados constitucionalmente.

Desta forma, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso Inominado, a fim de que a Decisão Recorrida seja anulada, estando prejudicados todos os atos praticados posteriormente e dele decorrentes, devendo o presente Auto de Infração retornar à Segunda Instância para a realização de um novo julgamento a salvo de irregularidades.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Inominado apresentado para anular a Decisão Recorrida referente ao Auto de Infração nº 210365.0026/01-4, lavrado contra **PETYAN INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo o PAF retornar à segunda instância para realização de um novo julgamento, a salvo de irregularidades.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Nelson Teixeira Brandão, José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco, José Carlos Boulhosa Baqueiro, Verbena Matos Araújo e Max Rodrigues Muniz.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ivone Oliveira Martins e Sandra Urânia Silva Andrade.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR/VOTO VENCIDO

VERBENA MATOS ARAÚJO – VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFZ