

PROCESSO - A.I. Nº 097570.0801/02-1
RECORRENTE - GISLENE DAS MERCÊS FERREIRA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF nº 0404-03/02
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 22.04.03

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0156-11/03

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. MERCADORIA DESTINADA A CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado o cancelamento irregular. Modificada a decisão. Rejeitada a preliminar de nulidade. Vencida a relatora. Decisão não unânime. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar “Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada”.

O Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o Relator da 3^a JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“O presente processo exige ICMS em razão da constatação, no trânsito, de mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que se encontrava com sua inscrição cancelada no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia.

O autuado alega que a rua onde se localiza o estabelecimento, e constante do cadastro da SEFAZ tem o nome oficial de Dr. Eugênio Sales, mas que é vulgarmente conhecida como rua da Bolandeira, o que teria causado equívoco em sua localização e motivado o cancelamento da inscrição indevidamente.

No entanto, da análise da cópia do FLC, acostada à fl. 39 dos autos, constato que o autuado teve sua inscrição cancelada corretamente, com base no art. 171, I, do RICMS/97, haja vista que o preposto fiscal tentou entregar intimação por 3 vezes, em horários diferentes, tendo encontrado o estabelecimento fechado.

Vale ainda acrescentar, que de acordo com o extrato do INC – Informações do Contribuinte (fl. 38), o sujeito passivo não efetuou recolhimento de ICMS no mês de agosto/02, ou seja, relativo aos fatos geradores ocorridos no mês de julho/02, justamente o período em que se encontrava com sua inscrição estadual cancelada.

Portanto o autuado, efetivamente, encontrava-se em situação irregular na data da ocorrência da infração, conforme extratos do SIDAT e SINTEGRA, às fls. 6 e 7 dos autos, estando com sua inscrição cancelada desde 18/07/02, de acordo com o Edital nº 522014 (fl. 8).

Como bem frisou a auditora que prestou a informação fiscal, o documento anexado pelo autuado (fl. 26), comprova apenas o pedido de reinclusão, protocolado em 01/08/02, mas que só

foi deferido em 07/08/02 (fl. 28), depois de sanada a irregularidade e posteriormente à autuação.

Vale ressaltar, que o fato do impugnante estar inscrito no regime do SIMBAHIA, não impede a presente exigência, já que ao estar com sua inscrição cancelada, o autuado deve ter o tratamento tributário de contribuinte não inscrito, através do método de apuração normal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, alterando apenas a multa sugerida pelo autuante, para 60% (art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96) já que não ficou evidenciado nos autos o intuito de fraude por parte do contribuinte".

Inconformado, o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega, em preliminar, o cerceamento ao direito de defesa por ter sido negado pelo presidente do CONSEF seu pedido de vistas fora da repartição fiscal com fundamento no art. 7º, inciso XV da Lei nº 8906/94, Estatuto dos Advogados.

Quanto ao mérito afirma que o Acórdão recorrido deve ser reformado tendo em vista que na realidade o autuado teve sua inscrição cancelada em 18/07/2002 por equívoco da própria SEFAZ, pois a rua em que fica localizado o estabelecimento tem o nome oficial de rua D. Eugênio Sales, mas vulgarmente é conhecida como Rua da Bolandeira o que ocasionou o equívoco quando da sua localização.

Acrescenta que assim que tomou conhecimento do cancelamento indevido procurou regularizar a situação providenciando a sua reinclusão que ocorreu no dia 01/08/2002, exatamente o dia da autuação, e que o período entre cancelamento e a reinclusão não durou mais do que 15 dias e que esta foi deferida no mesmo endereço constante do cadastro, que por sua vez é o mesmo endereço constante das notas fiscais, o que apenas confirma que o cancelamento se deu de forma indevida.

Quanto à afirmação do fiscal de que tentou por três vezes entregar a intimação no estabelecimento encontrando-o sempre fechado, possivelmente ele dirigiu-se ao estabelecimento errado, pois em nenhum momento o autuado fechou as suas portas ou mesmo paralisou as suas atividades.

Afirma que a divergência no nome da rua em que está estabelecida ocasionou o equívoco levando a Sefaz, por engano a cancelar a sua inscrição e que a alegação de falta de pagamento do imposto em um determinado período não autoriza a cobrança como contribuinte normal, e menos ainda, como contribuinte não inscrito, pois em momento algum o autuado deixou de ser inscrita no SimBahia, não podendo ser prejudicada por um erro da própria administração que ao reconhecê-lo providenciou de imediato a sua reinclusão.

Em uma primeira manifestação a PROFAZ sugere a realização de uma diligência a fim de verificar o local onde o preposto fiscal tentou entregar a intimação, não tendo sido acatada esta sugestão em deliberação da Pauta Suplementar.

Em um último Parecer a PROFAZ opina pelo provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que o cerne do lançamento consiste na falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso sobre mercadorias procedentes de outras unidades da Federação por contribuinte com inscrição cancelada no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia e tendo o cancelamento ocorrido por erro da repartição fazendária que prontamente providenciou a reinclusão do contribuinte no cadastro.

VOTO VENCIDO EM RELAÇÃO À PRELIMINAR DE NULIDADE

Preliminarmente o recorrente suscita nulidade por cerceamento ao direito de defesa, uma vez que o patrono do autuado diz ter solicitado vistas do presente Processo Administrativo Fiscal fora da repartição fiscal, não tendo sido atendido pela secretaria do CONSEF, o que teria lhe causado

prejuízo, pois, como profissional contratado para a defesa dos interesses do contribuinte, lhe foi subtraído o direito assegurado no art. 7º, inciso XV da Lei Federal nº 8.906, Estatuto dos Advogados.

Como fundamento, transcreverei trecho de voto da minha lavra proferido em outro Auto de Infração onde foi suscitada a mesma preliminar.

“Relativamente a esta preliminar, de fato o art. 7º, inciso XV da Lei Federal nº 8.906 dispõe de forma bastante clara ser direito dos Advogados:

XV - “ter vistas dos processos, judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los, pelos prazos legais”.(grifos nossos)

O RPAF/ 99, que foi instituído pelo Decreto Estadual nº 7.629/99, prevê em seu art.11 que:

Art. 11 – “O órgão preparador dará vista do processo aos interessados e seus representantes legais, no recinto da repartição fazendária, durante a fluência dos prazos de impugnação ou Recurso, mediante pedido escrito, podendo os solicitantes interessados extrair cópia de qualquer de suas peças”.

Ao analisar estes dois artigos nos vemos diante de uma situação de difícil resolução, haja vista nos depararmos com uma antinomia, ou seja, duas normas incompatíveis entre si.

De acordo com os ensinamentos do renomado jurista Norberto Bobbio:

“Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e outra permite o mesmo comportamento”, acrescentando ainda que *“as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade”.* (grifos nossos)

O presente caso encaixa-se perfeitamente na definição de Bobbio, pois, enquanto a Lei Federal permite um comportamento, o Decreto Estadual proíbe.

Embora reconheça a complexidade da questão, como Relatora, sou obrigada a decidir qual das duas normas deve ser aplicada ao caso, para tanto, com o intuito de eliminar a antinomia, vou buscar guarida na hermenêutica, utilizando a interpretação jurídica e uma dos três critérios fundamentais para solução de conflitos de normas. O critério cronológico, ou o critério hierárquico, ou ainda o critério da especialidade.

Embora estejamos diante de um julgamento administrativo, não devemos esquecer que todas as normas estão incluídas dentro de um único Ordenamento Jurídico. Assim, tanto a Lei Federal quanto o Decreto Estadual, fazem parte de um todo e, como Relatora, ao proferir um voto, também não posso esquecer que estamos todos ligados a um mesmo sistema normativo, o qual deve ser levado em conta na solução de um litígio.

Em uma situação de conflito de normas pode-se escolher na prevalência de uma delas sem que isto signifique a expulsão da outra. Assim, ao analisar a questão posta opto por utilizar o critério hierárquico como solução desta antinomia, o que significa dizer que a Lei Federal deve prevalecer em relação ao Decreto Estadual, RPAF/99.

Portanto, considero que o não acatamento do pedido formulado pelo nobre patrono do autuado, de fato, cerceia o direito de defesa do contribuinte, ocasionando a nulidade do julgamento administrativo.”

Vencida na preliminar passo a análise do mérito.

Neste Recurso Voluntário o recorrente informa que a sua inscrição teria sido cancelada de forma irregular pela SEFAZ, uma vez nunca havia fechado a sua porta, ou mesmo paralisado as suas atividades.

Afirma que a divergência no nome de sua rua levou o Fiscal a um endereço diferente do seu, pois a rua em que fica localizado o estabelecimento tem o nome oficial de rua D. Eugênio Sales, mas vulgarmente é conhecida como rua da Bolandeira o que teria ocasionado o equívoco quando da sua localização.

A fim de comprovar que o cancelamento se deu de forma irregular ela anexa o documento de fl. 26 onde se constata que no dia 01/08/2002 o autuado já se encontrava novamente ativa, ou seja, no mesmo dia da autuação, o que apenas corrobora o entendimento de que, de fato o cancelamento foi irregular, uma vez que assim que a repartição fazendária recebeu o pedido do contribuinte, prontamente providenciou a sua reinclusão no cadastro, ressalte-se, no mesmo endereço.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PROFAZ e dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário a fim de julgar IMPROCEDENTE este Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR EM RELAÇÃO À PRELIMINAR DE NULIDADE

A preliminar de nulidade levantada na peça recursal apresentada pelo sujeito passivo através do seu representante legal acerca do presente processo, ora acolhida pela ilustre relatora, com a devida venia, não merece acolhida, por esta instância recursal, tendo em vista o que a legislação processual que respalda o julgamento da lide no contencioso administrativo fiscal, pelas razões que passarei a expor para fundamentar o meu voto.

Quero inicialmente ressaltar que as preliminares de nulidade devem ser argüidas no primeiro momento que o sujeito passivo se manifestar nos autos, ou seja na peça de defesa no prazo previsto na legislação, e verifico neste processo que o ilustre patrono do recorrente, tempestivamente apresentou defesa às fls.21 a 23 dos autos, e argüiu razões de mérito.

A nulidade deverá ser examinada sempre tendo em vista a verificação da ocorrência de prejuízo para a parte ou inobservância do devido processo legal, pois o comando normativo do texto constitucional inserto no artigo 5º da Constituição Federal assegura os demandantes de uma lide quer seja em processo judicial quer seja em processo administrativo que sejam observados o princípio do contraditório e da ampla defesa, e determina que essa ampla defesa ocorra com a utilização dos meios e recursos a ela inerentes (inciso LV). De igual modo, o legislador constituinte alargou a garantia ao contribuinte quando estabeleceu que todos estão assegurados independentemente do pagamento de taxas, a peticionar aos Poderes Públicos na defesa de seus direitos, a obtenção de certidões em repartições públicas e quaisquer esclarecimento de situações de interesse pessoal (inciso XXXIV).

Faço referência a estes dois dispositivos para asseverar que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal ora vigente, quando estabeleceu no artigo 11 que o órgão preparador dará vista do processo aos interessados ou seus representantes legais, no recinto da repartição fazendária e possibilita que os interessados extraiam cópia de suas peças e isenta de qualquer taxa, pauta-se na observância aos Princípios consagrados na Carta Magna, acima referidos, o da ampla defesa, do contraditório, do direito de petição, do devido processo legal.

Assim é que não obstante possam os advogados, na condição de patrono do requerente, ter vistas dos processos, judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, autorizado pela Lei Federal nº 8.906 no artigo 7º, inciso XV, que regula o exercício da atividade de advogado – Estatuto da Ordem dos Advogados, e que autoriza ainda retirar o

processo no prazo legal, não tem essa norma um comando um caráter absoluto, e portanto não se trata de antinomia de normas como entende a relatora, em face do já citado artigo 11 do RPAF/99, determinar que as vistas dos processos ocorram no recinto da repartição fazendária.

Ocorre que o Processo Administrativo Fiscal tem a peculiaridade de possibilitar que a defesa seja feita pelo próprio sujeito passivo, seu preposto ou representante, e no âmbito do conceito de representante também aí estaria a figura do advogado profissional do direito para exercer em nome do sujeito passivo o seu direito de defesa, de petição, diferentemente do Processo Civil que determina que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. E ressalta a possibilidade da parte postular em causa própria, se tiver habilitação legal ou não quando não possua a habilitação legal, no caso de falta de advogado no lugar ou de recusa ou impedimento dos que houver, conforme dispõe o art. 36 do Código de Processo Civil.

Entendo que a Administração Pública pode, desde que em observância à Constituição, editar suas próprias normas, e em havendo uma inconstitucionalidade, merecerá da mesma a apreciação do controle judicial pela via legal.

Em conclusão, verifico que não houve cerceamento do direito de defesa como alegou em preliminar o patrono do recorrente, sob o fundamento de que foi subtraído o direito de vistas do processo fora da repartição, para que pudesse “exercer livremente seu direito de defesa, o que foi negado pelo CONSEF, sob o argumento, em síntese, de que o RPAF não previa tal situação”.

Por derradeiro, considero que a norma do artigo 11 do RPAF (Decreto nº 7629/99), encontra respaldo legal no COTEB (Lei nº 3956/81), e se pautou em princípios elencados no seu art. 2º como o da garantia da ampla defesa, do informalismo e da celeridade processual dentre outros. Ademais, possibilitou ao sujeito passivo intervir nos processos e elencam outras pessoas que podem pleitear em seu nome, e dentre estas o advogado, ficando patente a informalidade, sem contudo sacrificar os princípios vetores do devido processo legal: o da ampla defesa e do contraditório.

Assim, REJEITO a Preliminar de Nulidade, discordando da relatora que considera que o não atendimento do pedido do patrono da recorrente viciou o julgamento da 1ª Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 097570.0801/02-1, lavrado contra **GISLENE DAS MERCÊS FERREIRA**.

VOTOS VENCEDORES QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE: Conselheiros (as) Israel José dos Santos, Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins e Nelson Teixeira Brandão.

VOTOS VENCIDOS QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2003.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VERBENA MATOS DE ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO QUANTO PRELIMINAR DE NULIDADE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – VOTO VENCEDOR QUANTO PRELIMINAR DE NULIDADE

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR.DA PROFAZ