

A. I. N ° - 206898.0167/07-8
AUTUADO - NEI RIBEIRO MACIEL
AUTUANTE - LAURO DOS SANTOS NUNES
ORIGEM - INFAZ/IRECÊ
INTERNET - 03.10.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0280-02/07

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O contribuinte não comprovou a origem de parte dos recursos. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/06/2007, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$25.137,57, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa.

O autuado às folhas. 123 a 127 impugna o lançamento tributário, onde, como preliminar, aduz que o autuante não deu ciência do Auto de Infração ao proprietário da empresa nem a preposto do autuado como determina o artigo 39, inciso X do RPAF/99, causando-lhe enorme prejuízo, pois veio a ter conhecimento da lavratura às vésperas do encerramento do prazo de defesa, agredindo seu direito constitucional de ampla defesa e do contraditório.

Ainda, como preliminar, aduz que, embora esteja recolhendo como SimBahia, foi cobrado imposto pelo regime normal, caracterizando BIS IN IDEM, desrespeitando a garantia constitucional da Segurança jurídica.

Entende que os vícios apontados nas preliminares são insanáveis e requer a nulidade do lançamento.

Frisa que o autuante somente acostou aos autos uma relação do CFAMT, sem juntar as duplicadas nem notas fiscais, sendo nulo o lançamento de ofício com base no artigo 18 do RPAF/99.

Reconhece que o seu contador cometeu diversos erros na escrituração do livro Caixa e na elaboração das DME's, informando que junta aos autos cópia do livro Caixa “corrigido”.

Argumenta que o autuante estornou, injustificadamente, o saldo inicial de caixa do exercício de 2002, o qual era em espécie, repercutindo negativamente na apuração dos saldos de caixa dos exercícios seguintes.

Assevera que o autuante não abateu os pagamentos feitos no exercício de 2006 referentes às compras faturadas no final do exercício de 2005, causando erro na apuração do saldo de caixa em 2005.

Aduz que o autuante não considerou os empréstimos contratados pelo autuado junto aos bancos, especialmente o Banco do Brasil, o que causou erro na apuração da base de cálculo.

Ao final, requer a nulidade da autuação ou a improcedência.

Na informação fiscal às folhas 190 a 193, o autuante ressaltou que a ciência do Auto de Infração foi assinada pelo contador do autuado, Sr. Rogério Barreto da Cunha, tendo recebido cópia de todos os demonstrativos e a devolução de todos os livros e documentos. Frisa que ao término dos trabalhos o proprietário da empresa foi procurado, no entanto sua esposa alegou que o mesmo se encontrava viajando e informou que o contador, como representante da empresa, poderia assinar o Auto de Infração. Assevera que o Sr. Rogério Barreto da Cunha consta como contador do autuado no banco de dados da SEFAZ.

Salienta que o Auto de Infração foi cuidadosamente elaborado, foram anexados demonstrativos pormenorizados, de todos os valores e cópias de documentos necessários para a comprovação das irregularidades apresentadas no curso dos trabalhos, tendo sido lavrado dentro dos estritos parâmetros legais.

Destaca que teve dificuldade para arrecadar os livros e documentos fiscais, sendo necessário intimar o contribuinte por 03 (três) vezes, 16/04/2007, 10/05/2007 e 24/05/2007.

Frisa que foram apresentados os livros Caixa devidamente escriturados referente aos exercícios de 2002 a 2005, tendo realizados as devidas conferências dos documentos recebimentos e pagamentos efetuados, constando vários empréstimos na movimentação de Caixa, tendo intimado o autuado por duas vezes para apresentação de comprovação dos mesmos, o que não atendido pelo autuado. Diante da falta de prova excluiu os valores, resultando no “estouro de Caixa” em vários meses conforme documentos às folhas 34 a 41 dos autos, estando caracterizada a presunção legal.

Destaca que os livros Caixas apresentados pelo contribuinte estão devidamente autenticados de acordo com o seu carimbo e visto em todas as páginas, folhas 47 a 115, sendo um erro gravíssimo do autuado ao apresentar outro livro Caixa, reconstituído sem a devida autorização para tal, folhas 12 a 196, sob alegação de erro de escrituração por parte do seu contador. Assevera que os lançamentos efetuados nos livros Caixas apresentado pelo autuado na ação fiscal foram devidamente conferidos e os empréstimos não comprovados foram estornados, como ficou demonstrado nos demonstrativos, folhas 34 a 41.

Quanto ao valor de R\$19.995,00, registrado no Caixa como saldo de transporte, não se trata de saldo inicial, pois o mesmo encontra-se “zero”, conforme folhas 48, portanto o respectivo lançamento é suprimimento de caixa de origem não comprovada, bem como em sua Declaração de Imposto de Renda, consta como saldo apenas R\$1,00 (Hum real), folha 42.

No tocante a relação do CFAMT informa que a mesma não foi utilizada para apurar a base de cálculo do imposto cobrado, sendo simplesmente para conferência das respectivas notas fiscais registradas pelo contribuinte, folhas 28 a 33. Quanto as duplicatas, informa que estão registradas no caixa o seu efetivo pagamento, de forma correta, não havendo necessidade de anexá-las ao auto.

Relativamente aos extratos, não foram apresentados quando solicitados, conforme intimações de 16/04/2007, 10/05/2007 e 24/05/2007, apesar do autuado ter tido 40 (quarenta) dias para apresentá-los, somente apresentando em sua defesa, os apresentou os esclarecimentos:

- 1- O extrato do Banco do Brasil, folha 199 e 199v, não é do autuado. Trata-se de extrato de pessoa física, não pode ser acolhido como prova das operações da pessoa jurídica autuada.
- 2- O extrato com os dados do autuado, folhas 200 a 206, embora no nome do autuado, nem nome do banco tem.
- 3- Os empréstimos não comprovados não constam de nenhuma das cópias dos extratos acima citados.

Informa que, de acordo com o artigo 408-S, § 1º do RICMS/97, por se tratar de empresa enquadrada no SimBahia, foi concedido um crédito fiscal de 8%, ou seja, base cálculo de 8%, no valor de R\$22.344,51, resulta no imposto reclamado de R\$25.137,58.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

O presente lançamento exige ICMS decorrente das omissões de saídas de mercadorias tributadas, apuradas por meio de saldos credores na conta “Caixa”.

Inicialmente afasto as preliminares de nulidades suscitada pelo sujeito passivo, pelas razões abaixo.

A ciência do Auto de Infração foi dada pelo Sr. Rogério Barreto da Cunha, contador da empresa autuada, conforme consta do banco de dados da SEFAZ/Ba., o qual recebeu cópia de todos os demonstrativos que embasaram a autuação e a devolução de todos os livros e documentos, portanto o autuante atendeu as terminações contidas no inciso X do artigo 39 do RPAF/99, não existindo causa para nulidade.

Devo ressaltar que o inciso X do artigo 39 do RPAF/99, determina que:

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

[...]

X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa.”

Assim, apesar da alegação defensiva de que a ciência do Auto de Infração não foi dada ao preposto do autuado, não pode ser acolhida, uma vez que a prova constante nos autos atestam que o contador do autuado deu ciência no campo específico do Auto de Infração.

Alegar que seu contador não é um preposto seu, é uma questão já superada por este Conselho de Fazenda, estando pacificado o entendimento de que o contador é um preposto do contribuinte, estando inclusive constando expressamente do inciso III do artigo 3º do RPAF/99, o qual transcrevo para um melhor entendimento.

“Art. 3º...

III – por preposto, assim entendido a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado;”

Ressalto que durante o julgamento da presente lide, consultamos o Sistema INC – Infrações do Contribuinte, onde consta como contador do autuado a mesma pessoa que assinou o Auto de Infração.

Ademais, o autuado simplesmente alega que houve cerceamento do seu direito de ampla defesa, pois teria recebido o Auto de Infração às vésperas do encerramento do prazo de defesa, porém, nenhum prova apresentou em relação a sua alegação. Reitero que a prova que consta nos autos é o autuado, mediante seu preposto, o contador Sr. Rogério Barreto da Cunha, recebeu cópia do Auto de Infração, contendo a informação do prazo para apresentação de defesa ou pagamento do débito em 30 (trinta) dias.

Saliente que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, se o autuado tivesse somente recebido o Auto de Infração as véspera do encerramento do prazo de defesa, caberia comprovar tal alegação e não, simplesmente alegar, sem apresentar nenhuma prova.

Por outro lado, como teria tido tempo o autuado refazer seu livro Caixa de diversos exercícios, 2002, 2003, 2004 e 2005, o quais acostou à sua defesa, se tivesse recebido o Auto de Infração às vésperas do encerramento do prazo de defesa?

Ora, qualquer pessoa com o mínimo de conhecimento de contabilidade, sabe que seria impossível a reconstituição do livro Caixa dos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005 em poucos dias, sendo outro fato que demonstra a fragilidade do argumento defensivo.

Por fim, o RPAF vigente, instituído pelo Decreto nº 7.629/99, seguindo o CPC, estabelece no seu art. 108, que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita pessoalmente, inclusive, pelo preposto do contribuinte, *in verbis*:

“Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita:

*I - pessoalmente, mediante oposição de data e assinatura do sujeito passivo ou interessado, seu representante **ou preposto**, no próprio instrumento que se deseja comunicar ou em expediente, com entrega, quando for o caso, de cópia do documento, ou através da lavratura de termo no livro próprio, se houver;” (Grifo nosso).*

Logo, não resta dúvida de que a intimação do sujeito passivo acerca da exigência fiscal, se deu, pessoalmente, mediante oposição de data e assinatura do preposto do autuado (seu contador), estando claramente estabelecido o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento ou apresentação de defesa, possibilitando o exercício da ampla defesa, sendo correto o procedimento do auditor fiscal, inexistindo causa para decretação de nulidade.

Na mesma forma, também não pode ser acolhido o argumento de nulidade do autuado de que não é devido o pagamento do ICMS apurado por omissão, pelo fato de ser contribuinte enquadrado no SimBahia, uma vez que o RICMS/97, o Artigo 408-P, combinado com os artigos 408-L, inciso V e 915, inciso III, estabelecem que:

“Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

*III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, **saldo credor de caixa**, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não*

contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;” (Grifo nosso).

Assim, mesmo os contribuintes enquadrados no regime de apuração do SimBahia ao praticarem infrações de natureza grave, no caso em tela saldo credor de caixa, perdem o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), sendo o mesmo apurado pelo regime normal, com a aplicação do crédito de 8%.

Em relação ao pedido de nulidade em decorrência da utilização da listagem do CFAMT, mais uma vez o argumento defensivo não procede, uma vez que a referida lista não embasou nenhuma infração. A infração foi embasada nos documentos acostados às folhas 48 a 115, os quais não têm nenhuma vinculação com o CFAMT.

No mérito, após analisar os demonstrativos anexados dos autos, constato que o autuante, com base no livro Caixa do autuando, acostado às folhas 48 a 115 e documentos apresentados pelo contribuinte, efetuou um levantamento do fluxo financeiro do autuado e detectou a ocorrência de saldos credores na conta “Caixa”. Logo, entendo que foi constatada a ocorrência de saldo credor na conta caixa, significando dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo, tiveram a sua origem desconhecida. Neste sentido, a regra disposta no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, estabelece que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa ou suprimentos a caixa não comprovados autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Ressalto que a própria defesa reconhece que seu o contador cometeu diversos erros em sua escrituração.

Não acolho a cópia do livro Caixa apresentado pela defesa, uma vez que, conforme informado pela própria defesa, trata-se de livro reconstituído pelo sujeito passivo após a autuação, sem qualquer autorização prévia da repartição fiscal e sem as devidas comprovações dos erros do contador e dos documentos que comprovasse os lançamentos corretos.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o autuante não abateu os pagamentos feitos no exercício de 2006 referentes às compras faturadas no final do exercício de 2005, causando erro na apuração do saldo de caixa em 2005. Pois, conforme ressaltou na informação fiscal, as duplicatas estão registrada no caixa do autuado, como os efetivos pagamento de forma correta, não havendo necessidade para anexá-las aos autos, vez que já acostou cópia do livro Caixa, devidamente vistados pelo autuante.

De igual modo, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o autuante não considerou os empréstimos contratados pelo autuado junto aos bancos, especialmente o Banco do Brasil, pois os supostos documento apresentados pela defesa, cópia de extratos, em especial o do Banco do Brasil, folha 199 e 199v, não é do autuado. Trata-se de extrato de pessoa física, não pode ser acolhido como prova das operações da pessoa jurídica autuada. Quanto ao extrato com os dados do autuado, folhas 200 a 206, embora no nome do autuado, nem nome do banco tem. Ademais, os empréstimos não comprovados não constam de nenhuma das cópias dos extratos acima citados.

Informa que, de acordo com o artigo 408-S, § 1º do RICMS/97, por se tratar de empresa enquadrada no SimBahia, foi concedido um crédito fiscal de 8%, ou seja, Base Cálculo de R\$279.306,43, com ICMS reclamado à alíquota de 17%, no valor R\$47.482,09, com respectivo Crédito de 8%, no valor de R\$22.344,51, resulta no imposto reclamado de R\$25.137,58.

Acolho o argumento defensivo relativo à existência de saldo inicial de “Caixa”, uma vez que se encontra escriturado no respectivo livro, no valor de R\$ 19.995,00, embora não esteja com a denominação correta, porém, observando os demais meses do ano, constatei que o citado valor corresponde ao saldo do período anterior. Considerando o saldo inicial de R\$19.995,00, este valor é suficiente para absorver integralmente os saldos credores apurado pelo autuante relativo os meses de março, abril e maio de 2002, nos valores respectivos de R\$5.174,31, R\$ 3.069,34 e R\$7.854,75, além de parte do saldo credor relativo ao mês de junho do mesmo ano, no valor de R\$3.896,60, restando o valor de R\$1.242,11 (R\$ 5.138,71 – R\$3.896,60).

Assim, do demonstrativo de débito apurado pelo autuante, relativo ao ICMS devido, devem ser excluídos os valores relativos os meses de março, abril, maio de 2002 e reduzido o débito do mês de junho do mesmo ano para R\$111,79, conforme abaixo:

MESES	SALDO CREDITORES	SALDO REAL	BASE CÁLCULO	ICMS17%	CRÉDITO 8%	ICMS DEVIDO
	SALDO INICIAL	19.995,00	0,00			
<i>mar/02</i>	5.174,31	14.820,69	0,00			
<i>abr/02</i>	3.069,34	11.751,35	0,00			
<i>mai/02</i>	7.854,75	3.896,60	0,00			
<i>jun/02</i>	5.138,71	-1.242,11	1.242,11	211,16	99,37	111,79

A apuração do saldo credor de caixa trata-se de uma presunção “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, portanto, caberia ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, fato que não ocorreu em sua integralidade, pois o único argumento que foi possível ser acolhido, foi relativo a existência de saldo anterior de “caixa”, o que gerou redução do débito reclamado, conforme baixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VALOR AUTUADO	EXCLUSÕES	ICMS DEVIDO
31/3/2002	09/4/2002	465,69	465,69	0,00
30/4/2002	09/5/2002	276,24	276,24	0,00
31/5/2002	09/6/2002	706,93	706,93	0,00
30/6/2002	09/7/2002	462,48	350,69	111,79
31/7/2002	09/8/2002	533,20	0,00	533,20
31/8/2002	09/9/2002	199,83	0,00	199,83
30/11/2003	9/12/2003	399,36	0,00	399,36
31/12/2003	09/1/2004	944,45	0,00	944,45
31/1/2004	09/2/2004	125,21	0,00	125,21
28/2/2004	09/3/2004	633,26	0,00	633,26
31/3/2004	09/4/2004	2.320,16	0,00	2.320,16
30/4/2004	09/5/2004	1.246,87	0,00	1.246,87
31/5/2004	09/6/2004	1.530,94	0,00	1.530,94
30/6/2004	09/7/2004	202,02	0,00	202,02
31/7/2004	09/8/2004	2.187,66	0,00	2.187,66
31/8/2004	09/9/2004	1.498,62	0,00	1.498,62
30/9/2004	9/10/2004	1.020,25	0,00	1.020,25
31/10/2004	9/11/2004	292,65	0,00	292,65
30/11/2004	9/12/2004	710,16	0,00	710,16
31/12/2004	09/1/2005	493,16	0,00	493,16
31/1/2005	09/2/2005	1.580,14	0,00	1.580,14
28/2/2005	09/3/2005	763,55	0,00	763,55
31/3/2005	9/4/2005	1.103,38	0,00	1.103,38
30/4/2005	09/5/2005	1.195,29	0,00	1.195,29

31/5/2005	09/6/2005	98,67	0,00	98,67
30/6/2005	09/7/2005	785,55	0,00	785,55
31/7/2005	09/8/2005	468,84	0,00	468,84
31/10/2005	9/11/2005	1.048,53	0,00	1.048,53
30/11/2005	9/12/2005	87,82	0,00	87,82
31/12/2005	9/1/2006	1.756,66	0,00	1.756,66
TOTAL				23.338,02

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor R\$23.33802

VOTO DISCORDANTE

Há duas preliminares nestes autos. A primeira versa sobre questão realmente de natureza preliminar, de modo que não há como apreciar a matéria de mérito sem antes examinar, criteriosamente, a questão suscitada. Quanto à segunda questão, embora a defesa a tenha denominado de preliminar, trata-se, a meu ver, de matéria de mérito. Neste voto, atendo-me apenas à primeira questão suscitada como preliminar.

O autuado reclama que houve vício na intimação, pois a ciência da autuação não foi dada ao titular da empresa ou a preposto devidamente nomeado para tal, só vindo a ter conhecimento deste Auto às vésperas de encerrar-se o prazo para apresentação de defesa. Protesta que, em virtude disso, houve agressão à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

O fiscal autuante, na informação, explica que a intimação foi feita ao contador da empresa. Pondera que, sendo este “representante” da empresa, naturalmente levou o fato ao conhecimento do proprietário.

O que se vê, neste caso, é que o contador, realmente, levou o fato ao conhecimento do titular da empresa. Mas, quando? O autuado teria tido, mesmo, 30 dias para defender-se?

Como o autuado invoca, também, o princípio do contraditório, tenho o dever, como julgador, de levantar de ofício uma questão também de natureza preliminar relacionada à ampla defesa.

O autuado alega que tomou ciência do fato às vésperas de encerrar-se o prazo para apresentação de defesa. A intimação foi feita em 19.6.07. Consta à fl. 120 uma petição do autuado, datada de 5.7.07, pedindo vista dos autos e solicitando cópias de peças do processo. No dia 12.7.07 foram fornecidas cópias das fls. 9 a 33 dos autos (fl. 121). Faltavam, portanto, 7 dias para encerrar-se o prazo para apresentação de defesa. Ou seja, peças que deveriam ter sido entregues ao contribuinte *no ato da intimação*, somente foram fornecidas ao autuado *faltando 7 dias* para encerrar-se o prazo para apresentação da defesa.

Poder-se-ia dizer que os papéis reclamados pelo autuado não teriam pertinência neste caso. Ora, se não tinham pertinência, por que foram acostados aos autos? Como pode o contribuinte adivinhar se um papel que instrui o processo tem importância ou não, se não lhe é dada ciência de sua existência?

É flagrante o cerceamento de defesa. O art. 46 do RPAF prevê que na intimação do sujeito passivo devem ser fornecidas cópias de todos os elementos indispensáveis para o esclarecimento dos fatos.

Quanto à questão central da preliminar em análise, quer dizer, o fato de a intimação ter sido feita à pessoa do contador da empresa, isso precisa ser analisado à luz do princípio da *ampla defesa*. Nesse sentido, é preciso que o intérprete atente para o sentido da expressão “ampla defesa”. O legislador constituinte poderia ter dito simplesmente que aos acusados fosse assegurado o direito de “defesa”. Porém, ao empregar o adjetivo “ampla”, cumpre perquirir qual o significado jurídico dessa expressão.

O direito à ampla defesa não se satisfaz unicamente com a concessão de um prazo para que o acusado se defenda. É preciso que o acusador *não dificulte* nem ponha *obstáculos* à defesa.

Se o contribuinte tem endereço certo – e neste caso o estabelecimento fica no centro da cidade de Irecê, sendo, portanto, endereço de acesso fácil – nada justifica que o fiscal desse ciência da autuação ao contador da empresa.

De acordo com o art. 3º do RPAF, as *petições* do sujeito passivo e suas *intervenções* no processo são feitas pelo titular, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente, por advogado, por preposto, etc.

O contador é preposto da empresa. Conforme prevê o art. 3º do RPAF, ele tanto pode apresentar petições como pode fazer intervenções no processo. Como aqui não se trata de “petição”, o que resta a analisar é se estaríamos diante de um caso de “intervenção”. Ou, mais concretamente, resta saber se o contador pode assinar a intimação do Auto. Para isso, cumpre indagar: a ciência ou intimação constitui uma intervenção no processo? O que é intervenção, e o que é interventor ou interveniente?

Intervir significa assistir, intrometer-se, ingerir-se. Embora o vocábulo *intervenção* tenha vários empregos, no direito internacional, no direito comercial, no direito público, interessa aqui o seu emprego no âmbito do direito processual: consiste a intervenção no ato pelo qual um terceiro, que não seja originariamente parte numa causa, venha a intrometer-se nela, em qualquer situação da instância, para fazer valer os seus direitos ou para proteger os direitos de outrem.

Uma das características da figura do interveniente é que sua atuação se verifica no curso de uma lide, ou seja, ele “pega o bonde andando”, se me permitem dizer assim, visando defender os próprios direitos ou direitos alheios a que esteja ligado o interveniente, por terem os mesmos direitos uma relação de conexidade com os seus. Admite-se a intervenção sempre que houver um interesse jurídico do interveniente sobre o objeto da demanda.

Essa interpretação que faço da figura da intervenção, tal como esta é vista no processo civil, está em harmonia com o parágrafo único do art. 3º do RPAF:

“Parágrafo único. Com a petição ou no ato da intervenção, será feita a prova da identificação do interessado, do instrumento de mandato ou do seu vínculo com o sujeito passivo.”

Por essas considerações, concluo que, à luz da teoria do instituto da intervenção, a ciência ou intimação de Auto de Infração não constitui intervenção de terceiro.

Por conseguinte, o art. 3º do RPAF não autoriza o fisco a intimar o contribuinte por meio do seu contador.

Examinando agora a questão em face do art. 108 do RPAF. Prevê esse artigo, no inciso I, que a intimação de qualquer ato, fato ou exigência fiscal pode ser feita pessoalmente, na *pessoa do sujeito passivo ou interessado*, seu *representante* ou *preposto*.

O sujeito passivo, neste caso, poderia muito bem ter sido intimado na pessoa do seu titular, o Sr. Nei Ribeiro Maciel. A intimação poderia ser feita também a um representante, com mandato para tal. Como poderia ser feita também a um preposto, ou seja, o gerente do estabelecimento, um funcionário da carteira fiscal da empresa, algum empregado que lide com impostos.

Se um empregado do setor de vendas ou do setor de cobrança, por exemplo, é quem recebe a intimação, esta só é válida se não houver reclamação de cerceamento de defesa. O mesmo digo no caso de intimação feita ao contador, quando este não é empregado exclusivo da empresa. Se o contador recebe a intimação e a empresa não reclama, é válida a intimação, pois se deduz que não houve cerceamento de defesa. Porém, havendo reclamação, deve o órgão julgador examinar

a situação, caso a caso. É para isso que existe órgão julgador: para interpretar não só o direito, mas também os fatos, as circunstâncias de cada situação concreta.

O contador, muitas vezes, é o causador da infração, e pode ter interesse em que o titular da empresa não tenha conhecimento do fato. No caso em exame, a defesa alega que teria havido erro “por parte de seu contabilista” na escrituração do livro Caixa, pois as operações teriam sido lançadas embaralhadas com as de outra empresa. Não entro no mérito dessa alegação, mas destaco que, nas circunstâncias gerais que envolvem estes autos, não deixa de ser um aspecto a ser ponderado no exame desta preliminar.

Considerando, portanto, que peças integrantes dos autos, que deveriam ter sido entregues ao contribuinte no ato da intimação, somente lhe foram fornecidas faltando 7 dias para findar-se o prazo para apresentação da defesa, em desrespeito ao art. 46 do RPAF, e tendo em vista que a intimação foi feita a pessoa estranha à estrutura da empresa, o que evidencia óbice ou dificuldade à apresentação da defesa, considero que os autos deveriam ser remetidos em diligência à repartição de origem, para reabertura do prazo de defesa.

Não sendo saneado esse vício, impõe-se a decretação da nulidade do procedimento.

Contudo, nos termos do parágrafo único do art. 154 do RPAF, o julgador não se exime de votar a matéria principal, uma vez vencido na preliminar suscitada. Sou, portanto, obrigado a emitir meu voto sobre o mérito. Sendo assim, embora esteja convicto de que houve cerceamento de defesa, acompanhado, quanto ao mérito, o voto do nobre relator, porém insisto na nulidade do procedimento.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, por cerceamento de defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206898.0167/07-8, lavrado contra **NEI RIBEIRO MACIEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 23.338,02**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE