

PROCESSO - A. I. Nº 140785.0009/06-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - R.A. MACEDO JÚNIOR (H. CAMISARIA)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 2ª JJF nº 0323-02/06
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 01/06/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0115-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO EM RELAÇÃO À INTIMAÇÃO AO CONTRIBUINTE SOBRE A DECISÃO PROFERIDA PELA JJF. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja declarada a nulidade das Intimações feitas ao contribuinte acerca da Decisão de 1ª Instância deste Conselho de Fazenda Estadual. A competência para reabertura do prazo de defesa, havendo vícios processuais e quando da inscrição do débito em dívida ativa é da PGE/PROFIS, conforme disposições do art. 113, § 3º, do RPAF/99. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/6/06, diz respeito ao lançamento de ICMS por “*omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa*”. Imposto lançado: R\$33.178,58. Multa: 70%.

A 1ª Instância deste CONSEF julgou o Auto de Infração totalmente procedente em 28/09/2006 – Acórdão JJF Nº 0323-02/06. O autuado foi intimado para tomar ciência da Decisão deste Colegiado em novembro de 2006 (fls. 991/992 dos autos), mas o carteiro consignou no AR que a correspondência havia sido recusada. Em nova intimação, agora para o sócio proprietário da empresa, em dezembro de 2006, a correspondência foi entregue.

Esgotado o prazo para apresentação de Recurso contra a Decisão proferida, foi o Auto de Infração encaminhado para inscrição em Dívida Ativa (fl. 999) e, após saneamento, autorizada a sua inscrição (fl. 1004) e enviado à PGE/PROFIS, junto à Inspetoria de Alagoinhas, para a adoção das providências pertinentes (fl. 1005).

Em março de 2007 a empresa entra com Representação à PGE/PROFIS (fls. 1008/1009) afirmando não ter sido notificado sobre a Decisão proferida em 1º Grau deste Colegiado. Apenas tomou conhecimento da mesma quando se dirigiu à PGE/PROFIS, uma vez que recebeu, da Inspetoria de Alagoinhas, correspondência solicitando o pagamento do débito tributário para que o mesmo não fosse lançado em Dívida Ativa.

Afirmou ser estranho a consignação de recusa de recebimento no primeiro AR, já que não havia mudado de endereço e que, se o carteiro lá tivesse ido, teria sido recebido pelo titular da empresa. Afora tal fato, neste AR não consta o nome da pessoa que recusou o seu recebimento. E, quanto à segunda intimação, feita em nome do proprietário da empresa, a Secretaria da Fazenda desconhecia o fato de que o mesmo não mais residia no local indicado. O AR foi recebido por pessoa estranha.

Pelos motivos expostos, afirma ter sido prejudicado já que não tomou conhecimento da Decisão proferida. Assim, solicita que seja reaberto prazo para que apresente Recurso, se julgar

necessário, garantido-lhe o seu pleno exercício de defesa. Tudo conforme disposições contidas no art. 169, combinado com os arts. 116 e 134, do RPAF/99.

A PGE/PROFIS (fls. 1011/1013) indefere o pedido da empresa. Após descrever os fatos ocorridos no presente processo, ressalta, inicialmente, que o RPAF/99 prevê no seu art. 173-A que a Decisão proferida pelo CONSEF, em sede de processo administrativo fiscal, é definitiva, consequentemente encerrando o contraditório administrativo. E, caso não exista pagamento do exigido, o processo é encaminhado para inscrição em Dívida Ativa, dando início à cobrança, seja por via amigável ou pela instauração do correspondente processo executivo fiscal, de competência da Procuradoria Geral do Estado - PGE, como dispõem os art. 31-A, I da Lei nº 8.207/2002 e art. 113, do RPAF/99.

Porém, mesmo havendo disposição expressas na norma tributária deste Estado (§ 1º, do art. 119 da Lei nº 3.956 de 11/12/1981 e art. 114, do RPAF/99) que autorizam a PGE/PROFIS a propor Representação ao CONSEF, tais hipóteses são de caracteres excepcionais, ou seja, apenas quando existir vício insanável ou flagrante ilegalidade no processo.

E, para o caso em discussão, entendeu não poder acolher a Representação solicitada por não verificar restarem configurados os requisitos legais, ou seja, vício insanável ou flagrante ilegalidade no processo, vez que ao compulsar os autos, verificou que o endereço consignado na primeira intimação é o mesmo que consta da intimação do Auto de Infração (fls. 951 e 991). Além do mais, merece fé pública à recusa atestada pelo funcionário dos correios, ainda que não tenha indicado a pessoa que se recusou a receber a correspondência, já que, invariavelmente, não há meios de a identificar. E, por fim, a segunda intimação foi recebida. O fato do proprietário da empresa não mais residir no local, não é alegação que se possa apreciar, pois é obrigação da empresa em manter atualizados os seus dados cadastrais junto à Secretaria da Fazenda.

Revisando o Parecer da Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, a Procuradora Leila Von Söhsten Ramalho (fls 1014/1018) não discordou de que a intimação endereçada ao co-responsável não merecia qualquer reparo, haja vista que ela foi regularmente remetida ao endereço constante dos cadastros estaduais, cuja alteração, para averbação de novo eventual logradouro, era de responsabilidade do próprio interessado. Entretanto, segundo princípio processual geral, tal tipo de intimação, encaminhada diretamente ao co-responsável, somente se legitima acaso efetivamente frustrada a intimação ao próprio autuado. Em assim sendo, este era o seu ponto de discórdia a respeito do Parecer anteriormente emitido.

No mais, entende que o carteiro não goza, em absoluto, de fé pública. Ressaltou *que o vínculo funcional do referido profissional com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é de natureza celetista, não ostentando ele o status de funcionário público. Assim, não mantém qualquer vínculo funcional com a Administração, tampouco se encontra jungido pelos princípios e regras que regem a atividade do servidor público, ou submetido ao regime disciplinar estatutário.* Desta forma, *é equivocado pretender atribuir ao carteiro a mesma fé pública que caracteriza as declarações prestadas pelos funcionários públicos no exercício de proceder à citação de alguém, não deixa ele de ser um mero carteiro, não podendo ser equiparado, destarte, ao oficial de justiça.* E, no caso em questão este profissional nem mesmo cuidou de declinar o nome e condição - por ex: porteiro, segurança, recepcionista, vendedor, gerente, etc. - daquele que supostamente recusou a intimação, de modo a que se pudesse averiguar o ocorrido, ou mesmo solicitar ao contribuinte que demonstrasse a inexistência de vínculo de qualquer natureza em relação ao referido sujeito inquinado como agente da recusa, não sendo passível de investigação probatória.

Por todo o exposto, nos autos não existem elementos de provas bastantes para que se possa afirmar, sem sombra de dúvidas, que a intimação encaminhada ao endereço do autuado restou efetivamente recusada por preposto desta e, diante de uma tal constatação, entendeu mais razoável acatar o pedido da empresa e reabrir o seu prazo para apresentação de Recurso

voluntário, seja em homenagem ao princípio do *in dubio pro contribuinte*, seja porque menor será, agora, retroceder um pouco na marcha processual, do que, futuramente, ver o processo anulado na esfera judicial, em face de uma eventual alegação de nulidade por cerceamento ao direito de ampla defesa e contraditório do sujeito passivo.

Formulando pedido para que os autos fossem representados a este CONSEF e o encaminhou à apreciação superior.

Das fls. 1019/1023, a procuradora Leila Von Söhsten Ramalho emite novo Parecer nos mesmos termos do anterior, porém neste, formula, oficialmente, a Representação a este CONSEF *a fim de que, em se reconhecendo a nulidade processual operada, determine-se o cancelamento da inscrição em dívida ativa e a posterior e regular intimação do autuado acerca da Decisão de fls. 984/986, reabrindo-lhe o respectivo prazo recursal. Tudo conforme determina o art. 119, II e 1º da Lei n. 3.956/81 – COTEB.*

O procurador assistente da PGE/PROFIS, em despacho (fl. 1024) aderiu em todos os termos com o Parecer exarado pela procuradora do Estado Dra Leila Von Söhsten Ramalho.

VOTO

Com base no art. 114, II, § 1º do Decreto nº 7.629/99 e art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), veio a PGE/PROFIS representar a este CONSEF a fim de que o contribuinte seja novamente intimado da Decisão prolatada pela 1ª Instância deste Colegiado e, conseqüentemente, possa ele, querendo, apresentar Recurso Voluntário contra a Decisão de 1ª Instância.

A base para esta solicitação tem por fato a forma equivocada da ciência relativa à referida Decisão. Da análise das peças processuais, a PGE/PROFIS detectou que na primeira intimação, enviada ao estabelecimento autuado, embora o carteiro tenha indicado que houve recusa do recebimento da correspondência, não a assinou, não datou e não indicou a pessoa que a havia recusado, impossibilitando, inclusive, não se poder averiguar a veracidade do fato. Por seu turno, o contribuinte afirma que não mudou de endereço e que se o carteiro lá houvesse estado, certamente teria recebido a intimação. Afora que o carteiro, funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos tem contrato de trabalho de natureza celetista, não ostentando o status de funcionário público, portanto não goza de fé pública. Por outro lado, embora a segunda intimação, endereçada ao co-responsável, não merecesse qualquer reparo, pois regularmente remetida ao endereço constante do cadastro estadual, cuja alteração é da responsabilidade do próprio interessado, ela somente poderia surtir efeito legal, segundo princípio processual geral, caso a primeira intimação, ao próprio autuado, houvesse sido regularmente realizada.

Por tais razões, entendeu não haver, nos autos, elementos de provas bastantes para que se possa afirmar, sem sombra de dúvidas, que a intimação encaminhada ao endereço do autuado restou efetivamente recusada por seu preposto. Diante de uma tal constatação, entendeu mais razoável acatar o pedido da empresa e reabrir o seu prazo para apresentação de Recurso voluntário, seja em homenagem ao princípio do *in dubio pro contribuinte*, seja porque menor será, agora, retroceder um pouco na marcha processual, do que, futuramente, ver o processo anulado na esfera judicial, em face de uma eventual alegação de nulidade por cerceamento ao direito de ampla defesa e contraditório do sujeito passivo..

Entendo equivocada a representação proposta. Embora exista disposição expressa na norma tributária deste Estado (§ 1º, do art. 119 da Lei nº 3.956 de 11/12/1981 e art. 114, § 1º, do RPAF/99) que autoriza a PGE a propor Representação ao CONSEF, tais hipóteses são, como disse a procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, de caráter excepcionais, ou seja, apenas quando existir vício insanável ou flagrante ilegalidade no processo. No presente caso, o que houve não foi um vício de lançamento, e sim vício procedimental, ou seja, uma intimação feita que não foi finalizada.

Na situação, determina a art. 113, do RPAF/99, no seu § 3º que, no limite de sua competência, a PGE/PROFIS, antes da inscrição do débito em dívida ativa, poderá, detectando irregularidades procedimental, determinar a reabertura de prazo de defesa.

Diante de tudo ora exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta, pois o saneamento da situação compete, neste momento, exclusivamente, à PGE/PROFIS, conforme acima explicitado, mantendo, assim, remanescido o julgado na 2ª JJF no valor de R\$33.178,58.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS