

PROCESSO - A. I. Nº 278936.0206/06-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CAFEIRA SELO VERDE LTDA. (SELO VERDE)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 16/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0359-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. REABERTURA DO PRAZO DE DEFESA. Representação proposta com fulcro no art. 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para o fim de ser declarada a nulidade dos atos processuais, devendo o feito retornar à origem a fim de que o autuante acoste aos autos os documentos necessários ao exercício da ampla defesa pelo sujeito passivo, com fornecimento de cópia desses documentos ao autuado e reabertura do prazo de defesa. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no art 136 § 2º, art. 114, II c/c com seus §§ 2º e 4º, do RPAF/99 (Decreto nº. 7.629/99), que dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, propõe que sejam cancelados todos os atos praticados no presente processo administrativo fiscal e, por via de consequência, a sua inscrição em Dívida Ativa, para assim procedendo, determinar a reabertura do prazo de defesa/impugnação do lançamento de ofício, possibilitando à empresa o exercício do seu direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

O Auto de Infração, lavrado em 20/12/06, exige ICMS no valor histórico de R\$63.805,29 e diz respeito às seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas, referente à entrada de produto oriundo de outra unidade da Federação, destinado ao consumo do estabelecimento, conforme Demonstrativo da Diferença de Alíquotas – Consumo. Valor R\$35.230,99;
2. Falta de recolhimento da diferença entre alíquotas, referente à entrada de produto oriundo de outra unidade da Federação, destinado ao ativo permanente do estabelecimento, conforme Demonstrativo da Diferença de Alíquotas – Imobilizado. Valor – R\$24.936,20;
3. Falta de lançamento do imposto na nota fiscal de devolução de mercadorias tributadas, que geraram crédito fiscal na sua entrada, conforme Demonstrativo de Devolução. Valor - R\$3.638,10.

Em 21/8/2007 foi lavrado Termo de Revelia (fl. 42), vez que a empresa não apresentou defesa nem efetuou o pagamento do débito tributário exigido no lançamento fiscal.

Os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para inscrição em Dívida Ativa. Este Órgão Jurídico encaminha os autos à Inspetoria de Barreiras para que fosse esclarecida a receita dos DAE acostados aos autos às fls. 50/51. O Coordenador de Cobrança da Inspetoria de Barreiras informou que aqueles documentos diziam respeito ao pagamento da Taxa pela Prestação de Serviço para o fornecimento de cópia do presente Auto de Infração.

A empresa, em 9/11/07, atravessa petição dirigida ao Sr. Procurador Chefe da PGE/PROFIS (fls. 70/92) narrando todos os fatos acontecidos no procedimento administrativo fiscal que culminaram com a não intimação da empresa em relação ao mesmo. Traz, no bojo de sua defesa, diversos documentos para provar todas as suas alegações.

A PGE/PROFIS, na sua Representação, narra os seguintes fatos:

Em 20/12/2006, o contribuinte foi autuado através do Auto de Infração n.º 278936.0206/06-6.

Em 09/02/2007, foi expedida intimação, via Aviso de Recebimento, ao Sr. Mário Josino Meireiles, sito na Rua Gov. Valadares, nº 351, CEP n.º 47804-220, Barreiras, Bahia, visando o pagamento e/ou apresentação de defesa relativa ao lançamento de ofício.

Restando infrutífera a intimação, já que devolvida pelo correio com a assertiva de o endereço ser desconhecido, em 14/03/2007, foi expedida nova notificação, via Carta Registrada com Aviso de Recebimento, para a empresa autuada, sito na Fazenda Lugar, Anel Rodoviário da Soja, Fazenda Oiti, s/nº, CEP. n.º 47800000, Barreiras, Bahia. Mais uma vez o correio apresentou justificativa para devolução sem entrega da referida intimação pelo código “não procurado”.

Em 24/04/2007, no bojo do Diário Oficial do Estado da Bahia, sob nº 19395, pg. 20, foi feita, através de edital, a intimação da empresa Cafeeira Selo Verde Ltda., conforme documento em anexo.

Mesmo com esta intimação por edital, a Inspetoria Fazendária da circunscrição do contribuinte encaminhou intimação postal, via aviso de recebimento, para os sócios da empresa, o Sr. Cícero Ferreira Marcolini, sito na Rua Alameda Lorena, 983, Apt. 62, CEP n.º 1424001, São Paulo-SP e Alfesio Anesini, sito na Fazenda Oiti, Anel Rodoviário da soja, Km 26, s/nº, Barreiras, Bahia, sendo que a primeira intimação voltou com a observação que o destinatário havia falecido e, em relação ao segundo sócio, os correios informou que o motivo foi “não procurado”.

Em decorrência das tentativas frustradas de intimação pessoal, e tendo em vista o escoamento do prazo previsto na citação edilícia, foi lavrado em 30/05/2007, o Termo de Revelia, posto que o contribuinte não pagou e/ou não contestou o lançamento tributário em tela. Em 21/08/2007, o presente processo foi encaminhado à SAT/DARC/GECOB/DÍVIDA ATIVA, para fins de inscrição em dívida ativa.

Em 09/11/2007, a empresa Cafeeira Selo Verde Ltda., apresenta petitório ao Ilmo. Senhor Procurador Chefe da Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, alegando o cerceamento do seu direito de defesa, pois não recebeu nenhuma citação ou notificação e/ou chamado aos autos, tendo em vista que todas as tentativas do fisco baiano foram devolvidas sem a respectiva comprovação da intimação válida da empresa. E, em decorrência da infrutífera intimação pessoal, foi pretensamente intimado via edital em 24/04/07, o que ocasionou a sua revelia e julgamento antecipado do processo administrativo, sendo o mesmo encaminhamento para inscrição na dívida ativa pela Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia.

O autuado informa ter sua empresa, criada em 02/08/1999, passado por diversas alterações societárias devidamente registradas na JUCEB, o que ocasionou substanciais modificações no seu quadro societário, e que todos os sócios atuais, de conhecimento da autoridade fazendária, possuem endereços residenciais e comerciais fixo e de fácil localização. Ao lado destas colocações, informa que, com a sua última alteração contratual, ocorrida em 06/07/2007, mudou o endereço da sede social da empresa para a Rua Hortência Mendonça Ribeiro, 493, alto da Boa Vista, CEP n.º 14025-590, Ribeirão Preto, São Paulo.

O autuado traz como defesa o fato de que a primeira intimação de seu sócio não foi válida, uma vez que o Sr. Mário Josino Meireiles (fundador da empresa) possui endereço residencial na cidade de Barreiras, Bahia, na Rua Planalto, 111, CEP n.º 47803220, além de ser uma pessoa pública e notória. A intimação foi encaminhada a endereço desconhecido. Que a segunda

tentativa de intimação pessoal foi endereçada a empresa, todavia, o carteiro não se dignou em diligenciar até o local, conforme circunstância testemunhada pelo preposto no próprio AR. Que a terceira tentativa de intimação pessoal foi endereçada a ex-sócio da empresa e que mesmo assim, já tinha falecido. Na quarta tentativa de intimação pessoal, mais uma vez, o carteiro fez constar na devolução da intimação que não procurou o endereço, ou seja, não cumpriu a intimação e o seu dever funcional.

Por todos estes fatos, propugna o autuado pela decretação da nulidade da revelia da empresa relativamente ao presente Auto de Infração, posto que a intimação via edital foi realizada sem o recebimento anterior das intimações, via AR, das demais. Observa que a exemplo do termo de intimação para apresentação de documentos e livros que deram origem ao presente lançamento, a intimação do resultado fiscal poderia ter sido feito na pessoa do seu contador, Sr. José Edson dos Santos, que possui endereço profissional na Rua 19 de maio, nº 108, Barreiras, Bahia. Propugna, com base no art. 113, § 3º do RPAF, pela anulação do presente processo administrativo, reabrindo-se, porém, novo prazo para que seja intimado a apresentar, afinal, a sua defesa ao Auto de Infração.

Indicando, em seguida, a competência da PGE/PROFIS de Representar a este CONSEF quando detectar vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, passa a abordar os aspectos legais da matéria em discussão.

Observa que a Procuradoria Fiscal vem, seguidamente, manifestando-se majoritariamente, quanto ao tema. Assim, transcreve Parecer exarado pelos procuradores Jose Augusto Martins e Olívia Teixeira em 03/12/2007, o qual endossa em todos os seus termos e que abaixo resta transcrito:

“A ALTERAÇÃO DO ART. 108 DO RPAF/BA INTRODUZIDA PELO DECRETO N 010.459/07.

Por determinação do Código Tributário do Estado da Bahia — COTEB, coube ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal o mister de estabelecer as formas de intimação do sujeito passivo da obrigação tributário. Nesse esteio, o legislador por intermédio do art 108 do RPAF/BA cuidou de disciplinar as formas de intimação no processo administrativo fiscal, o sujeito passivo da obrigação tributário, representante legal ou preposto, e os interessados em geral noutros procedimentos fiscais, no que concerne a comunicação processual de qualquer ato, fato ou exigência fiscal.

Convém, de logo, ressaltar que o art 108 e seguintes do RPAF estabelecem as formas de intimações a serem realizadas tanto no processo administrativo fiscal propriamente dito como nos demais procedimentos administrativos fiscais não contenciosos, como é exemplo o reconhecimento de benefício fiscal, pedido de restituição, consulta e outros.

Também vale esclarecer que o termo “intimação” empregado no referido dispositivo refere-se a toda e qualquer intimação realizada nos procedimentos administrativos fiscais, sendo irrelevante tratar-se de ciência da lavratura de Auto de Infração ou notificação fiscal, indeferimento do pedido de parcelamento, Decisão em consulta ou em pedido de restituição, como também ciência acerca de decisões exaradas pelo CONSEF, diligências ou perícias realizadas no bojo do processo administrativo fiscal, etc. As intimações em geral, portanto, deverão ser realizadas de acordo com o prescrito no art 108 do RPAF.

A sistemática processual vigente até 18/09/07 previa as seguintes formas de intimação: intimação pessoal (I); intimação mediante remessa com aviso de recebimento (II) e intimação por edital (III), esta somente cabível quando frustrada a tentativa de intimação por remessa.

Na sistemática atual, vigente a partir de 19/09/07 pelo Decreto nº 10.459/07, acrescentou-se ao caput do art. 108 a expressão independentemente da ordem” para estabelecer que entre as três espécies de intimação (pessoal por remessa com AR e por edital) não havia mais nenhuma ordem de preferência.

Para iniciar os comentários a respeito do tema, convém retornarmos ao Decreto nº 7629/99 (RPAF/81) quando havia, expressamente a preferência na realização das intimações de forma pessoal, ordem essa abolida com o Decreto nº 7629/99 (RPAF/99) que adotou a intimação pessoal ou a intimação por remessa a depender da conveniência processual. Quanto à intimação por edital, ressaltou o RPAF/99, no esteio da norma processual civil, fosse à mesma efetivada quando se revelasse impossível intimar o contribuinte mediante remessa, condicionando, pois, a intimação por edital ao seguinte requisito: exaurimento da possibilidade de intimação por outro meio.

Tal conduta, a exemplo do que acontece com o processo civil, é explicada pelo fato de que a intimação acerca dos fatos processuais constitui ato de suma importância para o devido processo legal, significando dizer que a comunicação deve se dar da forma mais clara e direta possível, de sorte a preservar, em primeiro lugar, o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

É cediço que o edital constitui forma excepcional de intimação, devendo ser utilizada somente quando após o esgotamento de outro meio de comunicação mais eficaz

A ampla defesa começa com a obrigatoriedade de, em primeiro lugar, dar ciência ao sujeito passivo acerca de qualquer exigência fiscal. Então, é lógico concluir que essa comunicação deve ser tentada de forma real, sem subterfúgios e verdadeiramente possível por isso é que somente se usa a intimação por edital quando frustrada outra forma. Afinal, o edital é forma indireta de comunicação e só se aceita porque constitui ferramenta de enfeixamento da relação jurídica processual afim de não bloquear o prosseguimento do rito, o que seria um absurdo maior.

É bom registrar que a Administração Tributária tem interesse que uma boa comunicação se estabeleça com o contribuinte e nada melhor do que tentar, diretamente, o contato com ele. Também se sabe que, não raras vezes, o contribuinte atende a esse chamamento e atende a intimação, seja efetuando o recolhimento do débito, seja oferecendo impugnação, exercendo, assim, o seu direito constitucional à defesa.

Pensar que o edital possa ser meio eficaz para a intimação sem antes tentá-la de forma direta, real e não simbólica é atentar contra o princípio da ampla defesa, porquanto se está dificultando a comunicação.

O processo administrativo fiscal é fruto do estado de direito e encontra validade no art. 5º, LV, da CF. A finalidade é a justiça.

É princípio inerente do devido processo legal o da plenitude da defesa, que pressupõe a necessidade de ciência de eficácia indiscutível, natureza de não se reveste a intimação por edital, pois constitui, como já disse, forma de exceção.

Outro princípio que se vê ferido com essa alteração é o da verdade material, cujas chances de se alcançar, uma vez efetivada a intimação por edital sem a necessária e antecedente tentativa de contato direto, real com o contribuinte, são reduzidas diante do privilégio de métodos meramente processuais de exceção e ficção legais.

Não se pode também justificar tal alteração com base em economia processual. A economia de tempo será transitória e logo há de se retornar ao status quo ante para restabelecer o “due process of Law”, verdadeiramente desvirtuado com a obstrução do meio mais eficaz de comunicação com o contribuinte.

Tais razões, dentre outras que dessas são subseqüentes e estão interligadas, justificam que se proponha ao Excelentíssimo Procurador Geral do Estado da Bahia, para requerer as providências com vistas à retirada do termo “independentemente da ordem” do caput do art 108 do RPAF/BA introduzido com o Decreto nº 10.459/07 e a reinserção da condição para a efetivação da intimação por edital como sendo o esgotamento da possibilidade de intimação mediante remessa com aviso de recebimento.”

A par das discussões acerca dos limites da competência regulamentar deferida pelo Código Tributário do Estado da Bahia, ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal para suprimir garantias constitucionais plasmadas no art. 37 da Magna Carta Federal de 1988, restava constatar se nos autos foi ferido o princípio da ampla defesa e se foi garantido o exercício pleno do direito do contraditório assegurados constitucionalmente.

Afirma que, de pronto, observa uma série de impropriedades no procedimento de intimação do contribuinte, especialmente pela falha da empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que insistentemente, através dos seus prepostos, a despeito do não cumprimento de regras contratuais firmada com os seus usuários, asseveraram que não procuraram os endereços constantes da intimação (2 vezes), bem como, pelo erro administrativo da repartição fiscal com a expedição de intimação o sócio da referida empresa já falecido.

Ademais, encontra-se nos próprios autos (fl. 50) procuração outorgada pela empresa em favor do Sr. José Edson dos Santos, contador, CPF n.º 574386769-00, para representá-la, no que se fizer necessário, Vale dizer, que quando do pedido de diligência requerido por este órgão em 20/03/2008, junto à repartição fiscal do domicílio do contribuinte, foi a ele que recorreram os prepostos fiscais para esclarecimentos dos fatos ali questionados.

Em vista destes fatos, restavam evidenciados erros procedimentais da máquina administrativa fiscal quando das tentativas infrutíferas de intimação e citação do contribuinte e dos seus sócios,

agravada pela ineficiência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que, insistentemente, atestou o não cumprimento de suas funções, ao certificar que o destinatário das cartas não foi procurado. Ademais, não se poderia esquecer que o sistema de cadastro de contribuintes do Estado da Bahia tem que se valer das informações prestadas pela JUCEB, especialmente no tocante às alterações societárias ocorridas nas empresas ali figurantes e com depósitos dos seus atos constitutivos, sobretudo por se tratar de órgão estadual e pelas regras atuais de cadastramento interligado para a criação de empresas no Estado.

Ressalta, em seguida, a impropriedade de mudança de regra processual garantidora da ampla defesa e do contraditório e disposta na Constituição Federal e Estadual, Código de Processo Civil e COTEB por meio de Decreto Regulamentar, demonstrando vício de forma, eivando assim de ilegalidade a pretendida mudança nas fases citatórias do processo administrativo estadual, como sobejamente demonstrado no Parecer emitido pela PROFAZ e acima transcrito. Portanto, não foram esgotados todos os meios necessários para a localização do contribuinte e dos seus respectivos sócios, o que impediria, de logo, a citação por edital (ex vi dos Art. 221 c/c Art. 231, todos do CPC), como foi feita pela SEFAZ, através de Edital de Intimação n.º 3/2007, publicado no Diário Oficial do Estado n.º 19395, de 24/04/2007. Para corroborar este entendimento, cita trecho de obra do prof. Nelson Nery Júnior e jurisprudência dos nossos tribunais.

Mesmo não afastando a responsabilidade da empresa para com a Secretaria da Fazenda Estadual quando da comunicação deficiente das alterações societárias ocorridas nos seus estatutos sociais, a despeito da sua obrigação acessória de manter atualizado junto a sua repartição fiscal os seus endereços e dos respectivos sócios, o que ensejaria a cobrança de uma multa acessória, entende que o cancelamento da referida inscrição em dívida ativa se impõe, tendo em vista que os princípios processuais e constitucionais, como o da ampla defesa, foram subjugados com a não observância da citação eficaz do sujeito passivo e dos seus co-responsáveis tributários. Ademais, que a referida inscrição em dívida ativa vem provocando prejuízos ao requerente que teve o seu nome inscrito indevidamente, o que poderá ocasionar medidas judiciais contra o erário público e por via de consequência a condenação do Estado em honorários advocatícios em execução fiscal temerária, a ser mantido o lançamento em embate.

Diante do exposto, nos termos do art. 136, § 2º, art. 114, inciso II, do § 2º e § 4º, do RPAF, representa a este CONSEF para que seja decretado o cancelamento de todos os atos praticados no bojo do processo administrativo fiscal decorrente do Auto de Infração de nº 278936.0206/06, e por via de consequência, a sua inscrição em Dívida Ativa, se determinando a reabertura do prazo de defesa/impugnação do mesmo lançamento de ofício, possibilitando à empresa o exercício do seu direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

O procurador assistente da PGE/PROFIS, em despacho, aderiu em todos os termos com o Parecer exarado pelo procurador do Estado Dr. Raimundo Luiz de Andrade.

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 lavratura do presente Auto de Infração e, conseqüentemente, possa ele, querendo, apresentar defesa, em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A base para esta solicitação tem por fato a forma equivocada da ciência do lançamento fiscal levada a efeito pela Repartição Fiscal e o descuido da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT em honrar seus compromissos assumidos através de contrato firmado com esta Secretaria de Fazenda.

Da análise das peças processuais, todas as circunstâncias e fatos relatados no presente Acórdão estão provados, inclusive fazem parte do petitório atravessado pelo contribuinte em 9/11/2007 e motivador da presente Representação que no seu bojo requer a determinação, por parte deste CONSEF, da reabertura do prazo de defesa/impugnação do lançamento de ofício, possibilitando à empresa o exercício do seu direito constitucional da ampla defesa e do contraditório. De fato, resta configurado o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, o que se constitui flagrante ilegalidade dos atos processuais praticados.

Em assim sendo, assiste razão à PGE/PROFIS ao propor, via representação a este CONSEF, a anulação dos atos processuais praticados após a lavratura do Auto de Infração. Observo que o art. 113, do RPAF/99, no seu § 3º determina que, no limite de sua competência, a PGE/PROFIS, antes da inscrição do débito em dívida ativa, poderá, detectando irregularidade procedimental, determinar a reabertura de prazo de defesa. Entretanto, no presente caso, o débito já se encontra inscrito em dívida ativa. Por consequência, cabe a este Conselho de Fazenda apreciar e decidir sobre a questão, como dispõe o. § 1º do Art. 114, do RPAF/BA.

Diante de tudo ora exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para que seja declarada a nulidade dos atos processuais decorrentes da lavratura do Auto de Infração e, conseqüentemente, o seu retorno à origem a fim de que o autuado seja intimado conforme determinações legais, reabrindo-lhe o prazo de defesa e/ou pagamento do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta. Os autos deverão retornar à origem para que o autuante atenda ao que foi decidido no presente julgamento, inclusive com entrega do sujeito passivo, de todos os elementos necessários ao exercício da ampla defesa, com reabertura do prazo para impugnação do lançamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS