

PROCESSO - A. I. Nº 178891.1003/08-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LIONARDO E RODRIGUES LTDA. (PADARIA E MERCADO BARRETO)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 30/04/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0072-11/10

EMENTA: ICMS. DEVOLUÇÃO AO SUJEITO PASSIVO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. REABERTURA DE PRAZO DE DEFESA. Representação proposta com base no artigo 119, inciso II, § 1º, combinado com o artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, estribada no fato de que o contribuinte foi intimado da lavratura do Auto de Infração apenas por edital, com cerceamento de sua defesa. A PGE/PROFIS possui competência legal estabelecida nos artigos 113, §3º e 114, §1º do RPAF para a reabertura de prazo de defesa no processo administrativo fiscal. Representação **NÃO CONHECIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, lastreada no artigo 119, inciso II, § 1º, combinado com o artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, em razão do exercício do controle da Legalidade exercido pelo órgão, propondo que o CONSEF reabra a instância administrativa ao sujeito passivo, diante de flagrante ilegalidade, estribada nas seguintes alegações:

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 27 de junho de 2008 através de Auditor Fiscal lotado na Inspeção do Atacado da DAT/Metro, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$19.902,06, acrescido de multa no percentual de 70%, pela presunção por parte do Fisco de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Tal infração foi enquadrada nos artigos 2º, 3º, Inciso VI, 50, Inciso I, 124, Inciso I e 218, todos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Despacho de fl. 23, proveniente da Coordenação de Cobrança da DAT/Metro, informa o cadastramento do Auto de Infração em 04 de julho de 2008 e o seu encaminhamento ao autuante, a fim de que o mesmo cientificasse pessoalmente o autuado, tendo sido devolvido sem o atendimento da solicitação, sob a alegação de que não havia localizado o sujeito passivo, em 21 de outubro de 2008. Informa, ainda, que em função de rotina automática do sistema SIGAT, em 19 de setembro de 2008, o Auto de Infração teve a cientificação por edital, razão pela qual, após a devolução dos autos por parte do autuante, lavrou o Termo de Revelia e encaminhou o processo para a GECOB/Dívida Ativa, para realização do controle da legalidade.

Com efeito, o Termo de Revelia foi lavrado em 22 de outubro de 2008 (fl. 28), e em 24 de outubro encaminhado para inscrição na dívida ativa.

Em Parecer de 25 de novembro de 2008, a Procuradoria Geral do Estado através de procurador fiscal autoriza a inscrição do processo na Dívida Ativa (fl. 35).

Através de petição de fl. 38, foi ajuizada ação de execução do débito perante as Fazendas Públicas da Comarca de Salvador.

Por meio de seus advogados, o sujeito passivo, com fulcro no artigo 114, Inciso II do RPAF/99 representa à PGE/PROFIS no sentido de decretação da nulidade da revelia, pelo fato de que apenas tinha tomado conhecimento da situação do Auto de Infração, e até mesmo de sua existência, ao realizar pesquisa acerca de sua situação cadastral (fls. 48 a 59). Afirmo, inclusive, desconhecer quem seja a pessoa que assinou a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, e que a mesma é estranha ao quadro societário da empresa, e que a intimação por edital deu-se de forma irregular, vez que antes mesmo da devolução do processo por parte do autuante, numa inversão do procedimento legalmente previsto.

Encaminhada a solicitação do sujeito passivo à apreciação da PGE/PROFIS, a ilustre procuradora, em documento de fls. 116 a 121, após historiar os fatos, apega-se ao artigo 108 do RPAF/99, para propor a presente representação, arguindo, inclusive, que a intimação por edital deve ser a última opção, após a tentativa de intimação por via postal, que nos autos não se comprova ter ocorrido.

Dessa forma, cabendo à PGE/PROFIS zelar pela efetividade do ato praticado, buscando que o crédito tributário constituído o seja de forma legal e viável, representa pela nulidade da citação, e recomenda pela repetição do ato, a salvo de nulidade, encaminhado o feito ao CONSEF para a devida apreciação.

Por fim, posiciona-se no sentido de que o fato da exigência fiscal encontrar-se sob apreciação do judiciário, não se torna impeditiva da revisão pela administração de seus atos a qualquer tempo.

Despacho do ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS de fl. 124 espousa a argumentação trazida pela eminente procuradora autora da Representação de fls. 116 a 121, diante da argumentação desenvolvida e das provas trazidas, razão pela qual faz o encaminhamento ao CONSEF para a devida apreciação, vez que em seu entender, os procedimentos adotados feriram os princípios do contraditório e da ampla defesa.

VOTO

Do exame das peças processuais, bem como da representação proposta pela PGE/PROFIS, extraio as seguintes observações:

No curso do processo foram cometidos diversos equívocos. Um deles foi o fato do autuante devolver o processo sem a ciência do sujeito passivo, não se verificando qualquer despacho ou informação escrita que confirmasse não ter sido o mesmo localizado para a ciência; outra observação, diz respeito a total ausência de Intimação ou comunicação encaminhada ao sujeito passivo por via postal, apesar do mesmo encontrar-se ativo no cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda, nos termos do documento de fls. 29 e 30. Outro equívoco foi a inscrição do débito em dívida ativa, sem que os erros anteriores fossem detectados.

Verificando-se os documentos acostados ao feito, temos que na Intimação para apresentação de Livros e Documentos Fiscais de fl. 05, falta qualquer qualificação em relação à pessoa que a assinou, constando na mesma apenas o seu nome. Abaixo, um telefone, e a expressão “*contad. Marcos*”. Paira, de pronto, a dúvida acerca do efetivo conhecimento do sujeito passivo de que se encontrava sob ação fiscal, até pelo fato de seus defensores afirmarem desconhecer a pessoa que a assinou, sendo a mesma estranha aos quadros da empresa.

Por outro lado, a Constituição Federal em seu artigo 5º, consagra em seu “*Inciso XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, e o Inciso LV determina que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e Recursos a ela inerentes;*”

As normas infra-constitucionais, inclusive a Lei nº. 3.956/81 e o RP, não poderia deixar de ser assimiladas tais comandos constitucionais aos seus respectivos textos.

Sendo assim, o contraditório, a ampla defesa e a legalidade devem ser rigorosa e estritamente obedecidos, sob pena de contaminação do processo por vício capaz de anulá-lo.

O RPAF/99 estabelece em seu artigo 108 que a citação do sujeito passivo da relação jurídico-tributária deve se dar pessoalmente, pela via postal, ou por edital. Fato também é que tal dispositivo tem sido alterado seguidamente, em busca de uma melhor redação, o que denota a própria dificuldade do legislador ante tais fatos, prova disso são os Decretos n^{os} 10.459/07 e 11.608/09.

Fato é que a citação por edital deve ser o último Recurso, esgotadas as demais possibilidades de dar conhecimento do lançamento tributário existente ao sujeito passivo.

Independendo da análise dos mesmos, entendo que a ampla defesa deva ser exercida em sua plenitude, o que no caso em comento não se verificou, além do que o fato do sujeito passivo comparecer ao processo ao tomar conhecimento de sua existência mostra o seu ânimo em defender-se e contrapor-se ao Auto de Infração, não podendo a administração tributária desconhecer tal fato, até por que se assim entendesse poderia convalidar uma injustiça, o que seguramente não se objetiva, muito ao contrário busca-se insistentemente o exercício da justiça e da legalidade.

Toda a argumentação desenvolvida esbarra, contudo, na própria legislação, especialmente o RPAF/99, o qual dispõe em seu artigo 113, §3º, *fine*, que a PGE/PROFIS poderá determinar a reabertura do prazo de defesa antes da inscrição do débito em dívida ativa, e ainda, determinar a realização de diligência para sanar irregularidades na constituição do crédito tributário, o que não ocorreu.

Em complemento, o artigo 114 do mesmo dispositivo legal, estipula em seu §1º, que *na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, a procuradoria fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato.*

Verifica-se, pois, que a legislação fala em existência de vício insanável, o que não se afigura no presente caso, vez que para sanar a irregularidade anotada, bastaria despacho determinando a reabertura de prazo de defesa, intimando o sujeito passivo para apresentação no prazo legal de suas razões de defesa, e seguindo todo o rito processual, com o julgamento do feito pelo órgão de julgamento administrativo, no caso, o CONSEF.

Desta forma, destarte o raciocínio exposto pela ilustre procuradora em sua Representação, não posso concordar com a mesma, pela ausência do requisito de admissibilidade da Representação proposta, razão pela qual NÃO ACOELHO a Representação da PGE/PROFIS ora apreciada, para decretar a reabertura da instância administrativa do Auto de Infração n° 178891.1003/08-1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO ACOELHER a Representação proposta.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2010.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

SYLVIA AMOÊDO CAVAL