



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO N° 131.516.2015-9
Recurso VOL/CRF N.º 366/2015
Agravante: HAMILTON FÁBIO LISBOA ALVES
Agravada: COLETORIA ESTADUAL DE BELÉM
Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE BELÉM
Autuante: MARCOS PEREIRA DA SILVA
Relatora: CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

ANÁLISE DE PRAZO. DEFESA INTEMPESTIVA. RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO.

O Recurso de Agravo tem o condão de analisar prazos processuais, não podendo ser utilizado para persecução de mérito na defesa. Há plena comprovação nos autos de que ocorreu citação válida do lançamento, tornando insubsistente a alegação do contribuinte. Reclamação fora do prazo. Intempestividade comprovada.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do **RECURSO DE AGRAVO**, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter-se inalterado o despacho da **Coletoria Estadual de Belém**, para arquivar a peça reclamatória apresentada contra o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001671/2015-10**, lavrado em 24/9/2015, contra **HAMILTON FÁBIO LISBOA ALVES – ME**, CCICMS nº **16.163.683-7**, devidamente qualificada nos autos, devolvendo-se os autos à Repartição Preparadora para os trâmites legais na forma da legislação que rege a espécie.

RESSALTE-SE QUE DEVERÁ TAMBÉM SER NOTIFICADA DESTA DECISÃO, A ADVOGADA DRª LISANKA ALVES DE SOUSA - OAB/PB 10.662, COM ENDEREÇO PROFISSIONAL NA AVE. FLAVIO RIBEIRO COUTINHO, Nº 167, SALA 211/212, EMPRESARIAL KADOSHI, MANAÍRA, NA CIDADE DE JOÃO PESSOA – PB.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de janeiro de 2016.

Francisco Gomes de Lima Netto

Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES e PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA .

Assessora Jurídica

Relatório

Em análise, Recurso de Agravo interposto pela empresa encimada para recontagem do prazo de peça recursal interposta contra o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001671/2015-10, lavrado em 24/9/2015, o qual ensejou as infrações abaixo discriminadas:

· **OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADAORIAS >>** Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando nem falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias.

· **OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO>>>** O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas, irregularidade esta detectada pelo Levantamento Financeiro.

OMISSÃO DE VENDAS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Para enquadramento da infração, o autuante indicou como infringidos os arts. 643, § 4º, II com fulcro nos arts. 158, I, c/c art. 160, I c/fulcro no art. 646, parágrafo único do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e arts. 82 e 64 da Res. CGSN nº 094/2011, sendo exigido ICMS na ordem de R\$ 153.023,63 e R\$ 153.023,63, de multa por infração, nos termos do art. 82, V “f” da Lei nº 6.379/96.

Cientificada por Aviso Postal, em 7/10/2015 (fl. 90), a autuada não compareceu aos autos, no prazo regulamentar, sendo lavrado Termo de Revelia, em 10/11/2013 (fl.91).

Sem informação de antecedentes fiscais (fl.92), foi anexada às fls 94, dos autos, reclamação do contribuinte ao lançamento exordial.

Às fls. 132, foi apensada Notificação emitida pela Coletora Estadual, Sr.^a Gisele de Ávila Soares Marques, informando da intempestividade da peça reclamatória e do seu direito de apresentar Recurso de Agravo, junto ao Conselho de recursos Fiscais.

Ato contínuo, em 30/11/2015, o contribuinte veio tempestivamente aos autos, em 20/11/2015, apresentar Recurso de Agravo, impetrado por sua advogada, devidamente outorgada pelo instrumento procuratório às fls. 141, dos autos, alegando inicialmente que consta como recebedor do Aviso Postal, pessoa diversa do quadro societário, não sendo funcionário da empresa, não podendo ser considerada como válida a notificação, haja vista que, segundo a legislação pertinente, deve ser realizada na pessoa do representante legal ou um de seus prepostos, o que não é o caso.

Aduz que o Sr. José Janilson de Oliveira, nunca fez parte da empresa, tendo assinado a Notificação por conhecer seu representante legal, comprometendo-se a entregá-lo, trazendo a colação decisão do TJ-RS, pedindo que a notificação, de fls. 92, seja declarada nula e o recebimento da peça reclamatória.

No mérito, discorre sobre os procedimentos efetuados pela fiscalização, entendendo que caracterizam erro grotesco por parte da operadora de cartões de crédito.

Adianta que houve erros nas informações fornecidas pelo Banco do Brasil, requerendo por fim, o acatamento ao recurso de agravo, concessão do REFIS e reanálise dos autos.

Remetidos a esta Corte Fiscal, estes foram, a mim distribuídos, para análise e decisão.

Eis o relatório.

VOTO

O Recurso de Agravo é previsto na Lei nº 10.094/2013, com o intuito de corrigir eventuais injustiças praticadas pela Repartição Preparadora na contagem dos prazos processuais, e tem previsão inserta na norma processual regente da espécie, “*in casu*” o Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502 de 10 de agosto de 2010, conforme se vê dos textos “*in verbis*”:

“Art. 53”. Perante o

Conselho Recursos Fiscais, serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

II- de Agravo

(...)

Art. 61. “Caberá recurso de agravo dirigido ao CRF, dentro dos 10 (dez) dias que se seguirem à

ciência do despacho que determinou o arquivamento da reclamação ou recurso para reparação de erro na contagem de prazo, pela repartição preparadora.”

A princípio, resolveremos a questão relacionada à ciência do contribuinte a peça acusatória.

Ora, via de regra, a citação se efetiva com a assinatura do recebedor, legitimado no Aviso Postal (fl.90), dos autos, nada havendo que possa por em dúvida a credibilidade do documento.

Consta à fls. 90, dos autos, um Aviso de Recebimento dos Correios, direcionado ao domicílio tributário do sujeito passivo, sito à Praça João Pessoa, 43, Caiçara – PB.

De acordo com os fatos reproduzidos nos autos, o endereço contido no comprovante de entrega da notificação do auto de infração é o que consta no Cadastro de Contribuintes do ICMS, local onde a notificação foi assinada pelo receptor, José Janilson de Oliveira, que o repassou ao titular da empresa, que veio aos autos de forma intempestiva, alegando em seu Agravo que o Sr. José Janilson de Oliveira, nunca fez parte da empresa autuada e por esta razão deve o Auto de Infração tornar-se nulo de pleno direito.

Isto considerando, este Colendo Colegiado é impelido a aplicar a Teoria da Aparência, de ampla aplicação no âmbito desta Corte Administrativa, para reconhecer a validade da ciência, via postal com AR, posto que efetivada no endereço da recorrente e recebida por pessoa que, ainda que sem poder expresso para tanto, a assina sem fazer qualquer objeção imediata.

Nesse sentido, tem decidido o STJ, em questões semelhantes, consoante os acórdãos cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

“AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. CITAÇÃO NULA. SÚMULA 7. TEORIA DA APARÊNCIA.PRECEDENTES.

Em recurso especial não se examina provas.

A jurisprudência mais atual da Corte tem oferecido temperamento quando se trate de citação de pessoas jurídicas, admitindo a teoria da aparência, dando por válida a citação feita na pessoa de que, na sede, apresenta-se como representante legal, recebendo a citação sem qualquer ressalva (AREsp nº 156.970/LEAL)”. AgRg no REsp 797.668/PB,Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe de 3/3/2008).

Nesse diapasão, não existe a possibilidade de ter havido cerceamento do direito de defesa por falta de citação. Sem dúvida, pode-se dizer que a citação é um ato de indubitável relevância no Processo Administrativo Tributário, e tem por fim o chamamento do auto para formar a relação processual, abrindo-se oportunidade à empresa para o exercício de seu direito de defesa, constitucionalmente assegurado. A citação é, pois, indispensável à validade do processo; não o efetivo exercício do direito de defesa, porque este é uma faculdade do autuado.

Assim, se a recorrente, por qualquer razão, não exerceu amplamente o seu direito de defesa em tempo hábil, tornando-se revel, não há que se cogitar de cerceamento de defesa, posto que o prejuízo que a parte postula não foi motivado por vício processual, senão por motivos que, certamente, não o socorrem no seu intento de retomar o *status quo*.

Nessas circunstâncias, não há que se falar em irregularidade da ciência do auto de infração, pois, conforme consta nos autos, tem-se como válida a citação de fls.90, efetuada por Aviso Postal.

Com esses fundamentos, esta Casa decide pelo não acolhimento das alegações trazidas pela recorrente.

Com efeito, é sabido que após a ciência do contribuinte na peça exordial, o sujeito passivo tem um prazo de trinta dias para apresentação de defesa ou reclamação, haja vista as disposições advindas do art. 67 da Lei nº 10.094/13, ***in verbis***:

“Art. 67. O prazo para apresentação de impugnação pelo autuado é de 30 (trinta) dias, a contar da data da ciência do Auto de Infração.

De outra banda, os julgamentos de primeira e segunda instâncias só são possíveis em processo onde foram respeitados os prazos processuais, com apresentação de peça reclamatória, ou de recurso voluntário, no prazo regulamentar de 30 (trinta) dias, de forma que o despacho exarado pela Repartição Preparadora cumpriu rigorosamente as disposições exaradas no art. 67 da Lei nº 10.094/13, supracitado.

Tais argumentos fazem provas a favor do Estado.

Nos autos, verifica-se que houve notificação para ciência do lançamento exordial. Assim, hodiernamente, a doutrina e a jurisprudência consideram que a contagem de prazo para interposição de impugnação ou de recurso deve iniciar a partir da intimação válida.

Assim sendo, a ciência da Notificação acerca da peça acusatória, o Auto de Infração de Estabelecimento, se deu pela aposição da assinatura no Aviso Postal, em **7/10/2015** (fls.90), dos autos, quarta feira, de forma que o primeiro dia útil para início da contagem do prazo ocorreu em **8/10/2015**, uma quinta feira, a partir do qual transcorreu o prazo de trinta dias para apresentação de peça reclamatória, culminando em **6/11/2015**, sexta feira, em conformidade com as disposições do art. 19 e parágrafos da Lei nº 10.094/13, **verbo ad verbum**:

“Art. 19. Os prazos processuais serão contínuos, excluído, na contagem, o dia do início e incluído o do vencimento.

§ 1º Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.(g.n)

§ 2º Considera-se expediente normal aquele determinado pelo Poder Executivo para o funcionamento ordinário das repartições estaduais, desde que flua todo o tempo, sem interrupção ou suspensão.”

Igualmente, dos fatos encimados, tem-se documentado que, em sendo a ciência efetivada por Aviso Postal, a contagem do prazo para interposição da peça defensual ocorreu em estrita observância aos ditames preconizados no art. 11, da Lei nº 10.094/13, adiante transcrito:

“Art. 11. Far-se-á a intimação:

II – por via postal, com prova de recebimento;

§ 3º Considerar-se-á feita a intimação:

II – no caso do inciso II do “caput” deste artigo, na data do recebimento, ou, se omitida, 5 (cinco) dias após a entrega do Aviso de recebimento – AR, ou ainda, da data da declaração de recusa firmada por funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos;

Por tempestivo, revela-se “o que é oportuno, o que é feito dentro do prazo, o que está na hora, o que vem na ocasião dada, e o que está conforme a regra.” (*in Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva; 18ª ed, p. 799; Forense 2001*). No presente caso, constata-se que efetivamente houve intempestividade alardeada, portanto a peça reclamatória apresentada está inapta a produzir seus

efeitos próprios.

Do exposto acima, temos que o prazo final se deu em **6/11/2015**, sexta feira, contudo a peça defensual somente veio a ser protocolada na repartição fiscal – Coletoria Estadual de Belém, em **12/11/2015**, ficando, destarte, evidente a consumação da preclusão do direito do contribuinte de se valer do direito de análise de suas razões pela instância administrativa de julgamento de primeiro grau, motivada pela perda do prazo processual insculpido no art. 19, §§ 1º e 2º da Lei nº 10.094/13, de interpor a peça reclamatória.

Logo, não resta mais nenhum remédio jurídico processual, que não a determinação da autoridade fiscal competente do arquivamento das argumentações defensuais com a lavratura do respectivo Termo de Revelia.

Referendando a temática debatida nesta Casa, pacificado que peça defensual extemporaneamente protocolada não deve ser objeto de exame, como ilustra o acórdão colacionado a seguir:

“ RECURSO DE AGRAVO

A interposição de Recurso de Agravo objetiva a contagem de prazo concernente à peça recursal apresentada intempestivamente. Descaracterizadas quaisquer irregularidades no procedimento do chefe da Repartição Preparadora em ordenar seu arquivamento.

RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO.

Recurso de Agravo nº CRF – 132/2006 Acórdão nº 345/2006

Rel. Cons^a. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa.”

Ex positis,

VOTO pelo recebimento do **RECURSO DE AGRAVO**, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter-se inalterado o despacho da Coletoria Estadual de Belém, para arquivar a peça reclamatória apresentada contra o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001671/2015-10, lavrado em 24/9/2015, contra **HAMILTON FÁBIO LISBOA ALVES – ME**, CCICMS nº 16.163.683-7, devidamente qualificada nos autos, devolvendo-se os autos à Repartição Preparadora para os trâmites legais na forma da legislação que rege a espécie.

RESSALTE-SE QUE DEVERÁ TAMBÉM SER NOTIFICADA DESTA DECISÃO, A ADVOGADA DR^a LISANKA ALVES DE SOUSA - OAB/PB 10.662, COM ENDEREÇO PROFISSIONAL NA AVE. FLAVIO RIBEIRO COUTINHO, Nº 167, SALA 211/212, EMPRESARIAL KADOSHI, MANAÍRA, NA CIDADE DE JOÃO PESSOA – PB.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, 29 de janeiro de 2016.

FRANCISO GOMES DE LIMA NETTO

Conselheiro Relator