

PROCESSO - A.I. N° 2068250016/03-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FAXPEL COMERCIAL DE MATERIAIS DE ESCRITÓRIO E INFORMÁTICA LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAS IGUATEMI
INTERNET - 12.08.04

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0191-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º c/c art. 136, § 2º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB), tendo em vista a existência de vício insanável e ilegalidade flagrante do procedimento fiscal. A anulação dos atos de intimação acarreta, em consequência, a invalidade do arbitramento da base de cálculo do ICMS, pois ausente no processo o motivo que ensejou a apuração do imposto pela via adotada pelo agente fiscal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RESOLUÇÃO

A Procuradoria da Fazenda Estadual (PGE/PROFIS), através de sua Representação no CONSEF ingressa com pedido de controle da legalidade do lançamento “ex officio”, nos termos do art. 119, inc. II, § 1º c/c com o art. 136, § 2º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB), requerendo que o Auto de Infração, lavrado contra FAXPEL COMERCIAL DE MAT. DE ESCRITÓRIO E INFORMÁTICA LTDA., seja declarado Nulo, por vício insanável e ilegalidade flagrante do procedimento fiscal.

A PGE/PROFIS fundamenta o pedido, argumentando que às fls. 6 e 7 constam cópias dos telegramas fonados expedidos pelo autuante a fim de iniciar fiscalização contra a empresa Faxpel Com. de Mat. de Escritório e Informática Ltda. Em todos os telegramas consta como remetente o Sr. Antonio Medeiros, Auditor Fiscal, com endereço na Alameda das Algarobas, 180, Caminho das Árvores, telefone 359-6929. Aduz que tanto o endereço, como o telefone do remetente é da residência do Auditor. Que o primeiro telegrama foi enviado ao sócio Euvaldo Santana e não foi entregue, pois o destinatário mudou-se. (doc. fl. 6).

O outro telegrama foi enviado à Contabilidade Melo e foi recepcionado em 06/08/2003. Que considerando válida esta segunda intimação, o fiscal autuante, não tendo recebido os livros e documentos solicitados, lavrou o presente Auto de Infração, arbitrando a base de cálculo do ICMS. Os sócios da empresa foram intimados do lançamento fiscal por edital (doc. fl. 38).

Assim sendo, resta demonstrado que o procedimento instaurado repetiu os mesmos erros do processo anteriormente anulado, lavrado contra a mesma empresa pelo mesmo autuante, em que a 1^a Junta de Julgamento declarou a invalidade do ato, através do Acórdão n° 0010-01/02, confirmado em grau de Recurso de Ofício, através do Acórdão n° 0151-12/02, da 2^a CJF, decidindo-se, na instância administrativa de julgamento, ao final, pela nulidade da apuração do ICMS por arbitramento em razão do procedimento fiscal ter corrido, indevidamente, à revelia dos responsáveis pela empresa.

Em relação ao processo em curso, a Procuradoria afirma, na Representação, que os telegramas enviados não surtiram efeito, primeiro porque um não foi recebido pelo destinatário, o outro foi remetido a escritório de contabilidade que não mais trabalha para a empresa autuada, segundo informado no processo anterior, e terceiro, porque consta novamente os dados pessoais do autuante para contato. Como muito bem ressaltado na Decisão da JJF, no processo anteriormente anulado, o contribuinte não está obrigado a atender intimações que não sejam oficiais. A intimação expedida da residência do Auditor não tem o condão de iniciar o procedimento de fiscalização, muito menos quando indica endereço pessoal para a entrega de livros e documentos fiscais. Declara que tais livros e documentos somente podem ser solicitados pela repartição fiscal, através de seus prepostos no exercício de sua função, e que os poderes nos quais são investidos os agentes públicos são exclusivamente do cargo e não de sua pessoa. O uso do poder é prerrogativa da autoridade, necessitando para isso, observar as normas legais, morais, finalidades do ato e exigência do interesse público.

Argumenta, a procuradora que subscreveu a Representação, que o fiscal autuante, desconsiderou os termos da Decisão da JJF que anulou o procedimento fiscal anterior, repetindo, como anteriormente afirmado, os mesmos erros apontados. Tal fato resulta, inequivocamente, em prejuízos ao Erário Estadual que, além de ter que providenciar novo processo de fiscalização, perde tempo na apuração do imposto devido e na tramitação do segundo processo que culmina com a declaração da nulidade.

Aduz a representante da PGE/PROFIS, que toma como parte integrante das justificativas aqui expostas, os exatos termos da Decisão da 1ª JJF nº 0010-01/02 (fl. 54), ratificada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Finaliza o requerimento, pedindo que esse respeitado Pretório, com supedâneo no art. 119, II, § 1º c/c 136, § 2º, da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), acolha a Representação proposta, a fim de que seja declarada a Nulidade do procedimento fiscal, cabendo ainda a análise sobre a abertura de processo administrativo para apurar a irregularidade.

VOTO

O ato de intimação do contribuinte ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, encontra-se detalhadamente regulado no art. 108 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Aquele dispositivo regulamentar, estabelece três formas de intimação: 1ª) a pessoal, 2ª) através de AR (aviso de recebimento) e, por último 3ª) a editalícia. O ato de intimação é de máxima importância no processo, pois através deste se estabelece o início da ação fiscal, obrigando o sujeito passivo a atender as solicitações da autoridade fiscal, que no exercício de função pública, detém a prerrogativa de fazer as investigações e ter acesso a documentos visando apurar se a obrigação tributária foi corretamente cumprida. Entre os princípios que regem a conduta da Administração Pública, figura o princípio da legalidade objetiva, que determina que o agente público deverá agir nas situações e na forma prevista em lei, sob pena de anulação do ato que esteja em desconformidade com o preceito legal. Não se admite que o agente público adote conduta em desconformidade com o comando legal, primeiro, em razão da Administração, poder exercer o auto-controle dos seus atos, e, segundo, porque as relações entre administrados e Poder Público devem ter por norte os princípios da segurança jurídica, da razoabilidade, da moralidade administrativa e do devido processo legal. Quando a lei estabelece as formas de intimação, não está criando norma que pode ser ou não aplicada pelo agente público, pois a este é vedado adotar conduta diversa, face ao princípio da legalidade estatuído na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso II, *in verbis*: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Um telegrama fonado não constitui meio de prova de que o contribuinte ou seu representante legal tenha sido intimado a cumprir obrigação tributária. As formas estabelecidas em lei, em relação a esse específico ato administrativo, não prevêem essa forma, muito menos estabelecem a obrigação do sujeito passivo de entregar livros e documentos na residência da autoridade fiscal. Em face do princípio da legalidade objetiva, previsto no art. 2º, *caput*, do RPAF/99, o ato praticado pelo auditor autuante é totalmente inválido e ineficaz, não podendo produzir os efeitos pretendidos pela autoridade, pois a forma adotada para a prática do ato está em total desconformidade com o preceito legal que rege a matéria. Em consequência das circunstâncias acima, todos os atos subsequentes são atingidos também pela invalidade, já que não se podendo considerar intimado o sujeito passivo, também resta sem razão o motivo que ensejou a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS. Anulado o ato que iniciou o procedimento, todos subsequentes e dele derivados são também atingidos pela invalidade (princípio da causalidade).

Como bem observou a Procuradoria Estadual, ao fundamentar a sua Representação, os telegramas enviados pela autoridade fiscal não surtiram o efeito pretendido, primeiro porque um não foi recebido pelo destinatário e o outro foi remetido a escritório de contabilidade que não presta mais serviços à empresa autuada, e terceiro, porque, a autoridade fiscal determinou que a obrigação fosse cumprida fora dos parâmetros legais. Alerta a Procuradoria que os poderes de que são investidos os agentes públicos são exclusivamente do cargo e não de sua pessoa. Necessário, portanto, observar as normas legais, morais, as finalidades do ato e as exigências de interesse público. Sendo o ato de intimação de máxima importância para se determinar o início do procedimento fiscal, deve o mesmo estar revestido das formalidades previstas em lei, de forma que não haja qualquer dúvida quanto à efetiva comunicação ao administrado da obrigação exigida pelo agente público, razão pela qual as formas estabelecidas na norma não podem ser afastadas por ato de vontade da autoridade administrativa. Nessa situação, não se pode estabelecer a certeza ou a presunção de certeza, que reveste a maior parte dos atos da Administração, em especial, quando os mesmos se afastam do modelo legal.

Importante ressaltar que este processo é sucedâneo de outro PAF em que a autoridade fiscal incorreu nos mesmos erros de forma, acarretando para a Administração Pública ônus jurídico e financeiro, em decorrência da anulação de dois Autos de Infração lavrados pelo mesmo Auditor contra o mesmo sujeito passivo. Em razão disso, acato a proposta da Procuradoria Estadual, no sentido de que seja feita representação à autoridade competente objetivando apurar as responsabilidades, com a abertura de processo administrativo específico.

Com base na fundamentação acima, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação encaminhada pela Procuradoria Estadual, pois o Auto de Infração é nulo.

RESOLUÇÃO

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

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS