

PROCESSO - A. I. Nº 022198.0329/04-9
RECORRENTE - TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4º JJF nº 0290-04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 29/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0286-12/04

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL PRATICADA POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. TRÂNSITO DE MERCADORIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Modificada a Decisão. O contribuinte foi intimado por edital, conforme determina o § 1º do art. 171 do RCIMS/97. A intimação editalícia do sujeito passivo far-se-á, se e somente se, não for possível a realização do procedimento pela forma pessoal, ou por via postal com AR, conforme estabelece o art. 108 do RPAF/99. A norma do RCIMS é válida, indispensável para terceiros, mas deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a regra processual. O contribuinte vinha sendo regularmente intimado de outros procedimentos da SEFAZ em seu endereço. O Auto de Infração é NULO, pois o ato que o motivou padece de vício insanável. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, em face do Acórdão JJF nº 0290-04/04 que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 8.473,62, em razão da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso, sobre as mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 16851 e 16843, adquiridas para comercialização por contribuinte com a inscrição cancelada no CAD-ICMS e procedentes de outra unidade da Federação.

O autuado apresentou defesa, afirmando que o lançamento não pode prosperar, pois as mercadorias não eram destinadas à comercialização. Ressalta que, conforme o seu estatuto social, não realiza operação comercial, atua no ramo de válvulas e tem a Petrobrás como seu único comprador. Alega que as plataformas da Petrobrás estão fora do Estado da Bahia, e o fato de a industrialização ser na Bahia não determina que o comércio ocorra no mesmo Estado.

Afirma que estava com a sua inscrição cancelada em razão da falta de entrega de duas DMAs consecutivas, contudo não foi notificado do ato de cancelamento. Frisa que as DMAs já tinham sido enviadas (01/04/2004) e já havia solicitado a reinclusão de sua inscrição (02/04/2004). Diz que somente caberia a apreensão das mercadorias e a aplicação de multa acessória, a qual, mesmo sendo devida, não poderia ser aplicada, pois é uma empresa industrial e não comercial. Alega que não foi observado o princípio da legalidade e, ao final, requer a improcedência da autuação.

A auditora designada para prestar a informação fiscal diz que o contribuinte foi intimado para cancelamento em 13/02/04, e que a inscrição foi cancelada em 10/03/04 (Editais de Intimação nºs 06/2004 e 07/2004), conforme estabelece o art. 108, III, do RPAF/99, pelo motivo descrito no art. 171, VIII, do RICMS-BA/97. Explica que o cancelamento da inscrição foi precedido da intimação, sendo

concedido ao contribuinte o prazo de vinte dias para resolver a pendência, porém a irregularidade não foi sanada no prazo, ou seja, as DMAs só foram enviadas após a autuação. Aduz que a inscrição do contribuinte só foi reincluída em 06/05/04. Frisa que no contrato social do autuado consta como objeto social a fabricação de válvulas e equipamentos industriais em geral e a comercialização dos referidos produtos. Opinou pela manutenção do Auto de Infração.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0290-04/04, a 4^a JJF julgou o Auto de Infração procedente. Em seu voto, a relatora afirma que os estabelecimentos industriais também praticam atos de comércio, e que o estatuto social do autuado prevê a comercialização das peças fabricadas. Diz que o autuado foi intimado para cancelamento em 13/02/04 e foi cancelado em 10/03/04, em razão da falta de entrega de DMAs. Aduz que as DMAs foram enviadas à Secretaria da Fazenda em 01/04/04 e, no dia seguinte, foi solicitada a reinclusão no CAD-ICMS. Frisa que o cancelamento da inscrição cadastral foi feito de acordo com o previsto no art. 171, VIII, § 1º, do RICMS-BA/97. Ao concluir, afirma que, comprovado o cancelamento da inscrição, o imposto era devido por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária, conforme previsto no art. 125, II, “a”, combinado com o art. 426 do RICMS-BA/97.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4^a JJF, o recorrente interpôs Recurso Voluntário e, inicialmente, alegou que a lei só prevê a intimação por meio de edital quando o réu for desconhecido ou incerto, ou quando o lugar onde se encontre for ignorado, incerto ou inacessível. Em seguida, diz que não alterou o seu endereço e que vinha sendo intimado para pagamento do ICMS, para se defender de Auto de Infração e para tomar ciência de termos de apreensão. Assevera que, no caso em tela, a intimação por edital foi ficta e, portanto, os seus efeitos posteriores não têm validade.

Prosseguindo em suas alegações recursais, afirma que só ficou sabendo do cancelamento quando foi surpreendido pelas apreensões. Diz que deveria ter sido intimado, para que pudesse tomar as devidas providências e exercer o seu direito de defesa. Assegura que o cancelamento é uma medida extrema, de difícil sustentação no Direito Público e que admite prova em contrário. Frisa que, pelo seu comportamento, não há como lhe imputar tal sanção e, além disso, o Regulamento é claro quando prevê multa formal para a falta de entrega de DMA.

Acrescenta que foi o Estado da Bahia que, de forma concorrente, contribuiu para tal situação, ao deixar de notificar a empresa acerca do cancelamento efetuado. Em seguida, tece considerações sobre o lançamento e, ao finalizar, afirma que a imposição fiscal é descabida, protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, requer diligência e solicita a improcedência da autuação.

No Parecer de fls. 72 e 73, a representante da PGE/PROFIS afirma que o recorrente não apresenta argumento capaz de descharacterizar o acerto da autuação, a qual está baseada na Lei nº 7014/96 e no RICMS-BA/97. Salienta que o recorrente chega a confessar a sua situação cadastral irregular, aduzindo a reativação automática da sua inscrição. Diz que a legislação tributária condiciona a regularização cadastral a requerimento específico do interessado, no termos do art. 333, § 11, do RICMS-BA/97, todavia o requerimento só foi formulado após a lavratura do Auto de Infração.

Ressalta que o processo de cancelamento da inscrição do recorrente obedeceu a todas as formalidades previstas na legislação tributária, inclusive aquelas relativas à ampla publicidade do ato administrativo, conforme atestam os editais publicados no Diário Oficial do Estado. Afirma que a aquisição de produtos por empresa com inscrição estadual cancelada, independentemente de serem destinados à comercialização ou à utilização em processos industriais, justifica e motiva a exigência fiscal. Ao final, opina pelo conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

No presente lançamento, está sendo exigido ICMS decorrente da falta de seu recolhimento no momento do ingresso, no território deste Estado, de mercadorias adquiridas por contribuinte com a inscrição cadastral cancelada em razão da falta de apresentação de DMAs (art. 171, VIII, do RICMS-BA/97).

O recorrente não nega que estivesse com a inscrição cadastral cancelada, porém diz que já tinha apresentado as DMAs e, portanto, a sua inscrição deveria ter sido automaticamente reativada. Contudo, esse argumento não pode prosperar, uma vez que o art. 333, § 11, do RICMS-BA/97, prevê que a regularização da situação cadastral depende de requerimento a ser feito pelo interessado. No caso em apreço, a reinclusão da inscrição cadastral só foi requerida em 02/04/04, portanto, após a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação de que as mercadorias não seriam comercializadas, tal argumento não pode ser acatado, pois o art. 3º do Estatuto Social da empresa afirma que “A sociedade tem por objeto a fabricação de válvulas e equipamentos industriais em geral e a comercialização dos referidos produtos, suas peças e acessórios”. O fato de o recorrente só ter um comprador para as válvulas e equipamentos que fabrica não elide a autuação e, além disso, confirma que os produtos eram destinados à comercialização, mesmo que integrando produtos fabricados pelo recorrente.

Efetivamente, o artigo 108 do RPAF/99 determina que a intimação, quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita da seguinte forma e ordem: pessoalmente, por remessa com AR e por edital publicado no Diário Oficial. Todavia, no caso de cancelamento de inscrição cadastral, a legislação tributária (art. 171, § 1º, do RICMS-BA/97) exige que o ato seja realizado mediante a publicação de edital no Diário Oficial do Estado. Ademais, não se pode esquecer que o art. 108 do RPAF/99 trata de intimação de forma genérica, ao passo que o § 1º do art. 171 do RICMS-BA/97 determina qual a forma específica da intimação para cancelamento de inscrição.

No caso em tela, o recorrente foi intimado por meio do Edital nº 06/2004, publicado no Diário Oficial do Estado, para regularizar a sua situação cadastral no prazo de vinte dias, em razão da falta de apresentação de DMAs (art. 171, VIII, do RICMS-BA/97). Decorrido esse prazo sem que fosse atendida a intimação efetuada, a inscrição cadastral foi cancelada, conforme o Edital nº 07/2004, também publicado no Diário Oficial do Estado. Dessa forma, considero que o cancelamento da inscrição cadastral foi feito em consonância com as determinações legais pertinentes e, portanto, é válido.

A alíquota interna foi corretamente aplicada à operação, já que as mercadorias foram encontradas em situação irregular no território baiano e com destino a um contribuinte localizado neste Estado. Também não merece reparo a aplicação da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Por fim, saliento que não há necessidade para a realização de diligência, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para o deslinde da questão.

Uma vez que o recorrente estava com a sua inscrição cadastral cancelada na data da ação fiscal, ele estava equiparado a contribuinte não inscrito, devendo, quando adquirisse mercadorias em outras unidades da Federação, recolher o ICMS incidente sobre as operações subsequentes, por antecipação tributária, no momento do ingresso das mesmas no território deste Estado, o que não foi feito. Assim, considero que a infração está caracterizada e que foi correta a Decisão recorrida.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

O Auto de Infração em lide foi lavrado em razão da falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para

comercialização (industrialização), procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com inscrição cancelada.

Conforme consta nos autos, o contribuinte autuado foi intimado para cancelamento de sua inscrição estadual em 13/02/2004 e efetivamente cancelado em 10/03/2004, através dos editais nºs 06/2004 e 07/2004, publicados no Diário Oficial do Estado da Bahia. O motivo do cancelamento foi à falta de apresentação de DMA's consecutivas.

Conforme determina o § 1º do art. 171 do RICMS/97, o cancelamento de inscrição estadual de contribuinte, *ex officio*, deve ser precedida de intimação, via edital, concedendo-lhe a norma citada o prazo de 20 dias para regularizar a pendência. É mister que se proceda à avaliação das condições impostas pela lei para a intimação via edital.

A intimação editalícia do sujeito passivo, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, far-se-á, se e somente se, não for possível a realização do procedimento pela forma pessoal, com aposição da assinatura do contribuinte, ou por AR (aviso de recebimento) com a prova da entrega do instrumento. É o que prescreve o art. 108 do RPAF/99. A norma do art. 171 do RICMS é válida, mas deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a regra processual. Ademais, a intimação por edital é ficta ou presumida, só podendo prevalecer na hipótese de ser desconhecido, incerto ou inacessível o lugar onde se encontre o sujeito passivo.

No caso presente, o contribuinte autuado jamais alterou seu endereço e vinha sendo regulamente intimado de outros procedimentos da Secretaria da Fazenda, a exemplo de notificação do lançamento, defesa de auto de infração e termos de apreensão, no local de seu endereço, na Via Urbana, nº 1988, Centro Industrial de Aratu (CIA), município de Simões Filho-Ba. Portanto, para o exercício pleno de seu direito de defesa e para que pudesse regularizar a sua pendência com o Estado, conforme lhe facultava a lei, deveria a empresa, que se encontrava funcionando regularmente no local indicado no cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda, ser intimada pessoalmente ou por AR, não podendo prevalecer a intimação ficta, pois inexistiu no caso em lide o pressuposto jurídico para a mesma, ou seja, não era desconhecida pela autoridade fazendária a localização do sujeito passivo.

Importante ressaltar que ainda que o RICMS determine a intimação por edital, nas hipóteses de cancelamento de inscrição estadual, a adoção deste procedimento requer que sejam atendidos os pressupostos processuais para a sua prática. Pela via editalícia leva-se ao conhecimento do conjunto de contribuintes que determinada empresa, encontra-se em situação irregular, cabendo aos demais sujeitos passivos adotarem cautelas quanto aos documentos fiscais emitidos pela empresa cancelada. Este é o interesse da Fazenda Pública, tutelado pela legislação tributária. Todavia, há que se assegurar o interesse do contribuinte, cuja inscrição será cancelada, seja qual for o motivo, pois a lei lhe assegura o direito de regularizar a pendência com o Estado. Se este contribuinte é estabelecido e funciona regularmente no endereço constante no cadastro da Repartição, não pode prevalecer, em relação a ele, a intimação ficta ou presumida, pois a mesma não assegura a certeza, no caso específico do contribuinte ativo, que o ato administrativo tenha de fato chegado ao conhecimento do interessado.

Assim, prevalece a norma do processo administrativo fiscal, quanto à intimação do sujeito passivo que esteja em atividade, aplicando-se, entretanto, a norma do RICMS para fins de comunicação aos demais contribuintes do ato de cancelamento, e nas hipóteses da localização do sujeito passivo ser desconhecida, incerta ou inacessível.

Portanto, considerando que o ato administrativo de lançamento, consubstanciado no Auto de Infração, teve por causa o ato de cancelamento da inscrição estadual do sujeito passivo, e que este último ato encontra-se eivado de vício insanável, pois a intimação editalícia não é válida em relação ao contribuinte cuja localização seja conhecida pela autoridade fazendária, não se pode presumir que o contribuinte foi regularmente comunicado das atividades preparatórias de

cancelamento de sua inscrição estadual, de forma que o exercício de seu direito de defesa e da faculdade concedida pela norma tributária para regularizar espontaneamente sua situação apresentou-se, neste caso, sensivelmente prejudicada.

Conclusão: se o ato de cancelamento foi irregular, face à ofensa às regras processuais e aos princípios decorrentes - da ampla defesa e do devido processo legal - expressos no art. 2º, caput, do RPAF - o lançamento de ofício deve também ser considerado viciado, pois este último é consequência do anterior.

Dessa forma, julgo nulo o Auto de Infração, pois o ato que o motivou padece de vício insanável. Em decorrência, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº **022198.0329/04-9**, lavrado contra **TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A**.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e César Augusto da Silva Fonseca.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS