

PROCESSO - A. I. Nº 299164.1588/04-8
RECORRENTE - TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0277-03/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 29/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0299-12/04

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 da Relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão proferida no Acórdão 3ª JJF nº 0277-03/04 que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 22/03/2004, para exigir ICMS de R\$1.980,27 e multa de 60%, em decorrência de:

“Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.”

O autuado apresenta sua defesa às fls. 16 a 21 dos autos e o Auditor Fiscal designado, por sua vez, presta a informação fiscal de fls. 42 a 45.

A lide foi decidida em 1ª Instância com fundamento no voto a seguir transcrito:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual cancelada.

O Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 05/06), que embasou o Auto de Infração, foi lavrado em 21/03/2004, às 15:41 horas, no Posto Fiscal Benito Gama, e naquela data o autuado encontrava-se com sua inscrição cadastral cancelada, com fundamento no art. 171, inciso VIII do RICMS/97, que se refere à situação de “falta de apresentação de DMA”.

Entendo que as alegações de desconhecimento do cancelamento do Auto de Infração e do equívoco da repartição fazendária ao fazê-lo, não foram comprovados pelo autuado.

Quanto ao argumento de que trata-se de indústria e que a aquisição das mercadorias em questão não foram para comercialização, no presente caso não tem relevância, haja vista que tendo sido flagrado realizando atos de comércio, em situação cadastral irregular, obriga-se a recolher, de imediato, o ICMS correspondente, devendo ser observado que o fato gerador do imposto não é a futura revendas dos produtos, embora o imposto a ser recolhido seja relativo à etapa subsequente de tributação que deve ser antecipada.

Verifica-se que o sujeito passivo encontrava-se com sua inscrição cancelada no cadastro estadual, desde 10/03/2004, através do Edital nº 07/2004, e foi intimado para o cancelamento em 13/02/2004, Edital nº 06/2004. Portanto, na época da autuação, em 22/03/2004, o contribuinte encontrava-se irregular no cadastro estadual e impedido de comercializar, só tendo regularizado a situação cadastral em 06/05/2004.

Deste modo, a aquisição destes produtos por empresa cancelada, independentemente de se destinarem ao comércio direto, ou à utilização como insumos na industrialização de produtos para a comercialização, justifica a autuação, devendo ser mantida a exigência fiscal.

Cabe ressaltar, ainda, que de acordo com o teor da informação fiscal, no contrato social do autuado, consta como objeto social, a fabricação de válvulas e equipamentos industriais em geral e comercialização dos produtos referidos, suas peças e acessórios, podendo revender dentro e fora do Estado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O autuado, inconformado com a Decisão da 3ª JJF, ingressou com o Recurso Voluntário de fls. 62 a 66, alegando, em síntese:

- que a autuada foi intimada por meio do Edital nº 06/2004 publicado no D.O. do Estado apontando as condições impostas pela lei para intimação por edital, citando o art. 213 do CPC e esclarecendo que seu endereço não foi alterado e nele vinha sendo intimada por outras razões como notificação para pagamento do ICMS corrente, intimação para se defender de autos de infração e intimação dos termos de apreensão.
- que não foi notificada do cancelamento da Inscrição Estadual e só ficou sabendo do fato quando foi surpreendida com as apreensões;
- que o Estado da Bahia suspendeu a Inscrição Estadual mas deveria intimar a empresa para tomar providências e exercer ampla defesa;
- que não procede a multa aplicada ao item 1 por falta de causa jurídica;
- a imprestabilidade do procedimento e sua manifesta ilegalidade pois o autuante tem o dever funcional de ater-se nos estritos limites da lei no momento da elaboração do lançamento, por se tratar de ato administrativo vinculado à lei.

A PGE/PROFIS manifesta-se às fls. 70 e 71, através da procuradora Sylvia Maria Amoêdo, nos termos seguintes:

“ ... que as alegações da Autuada de que desconhecia o cancelamento de sua inscrição cadastral e a alegação do equívoco da Repartição Fazendária em fazê-lo, não foi comprovado pelo mesmo, visto que a autuação se deu em data de 22.03.04 e o cancelamento

em 10.03.04, ademais quanto ao argumento de que as referidas mercadorias não se destinariam a comercialização e sim a industrialização, não tem relevância, haja vista ter sido a mesma flagrada efetuando atos de comércio, em situação cadastral irregular, o que a obriga a efetuar o recolhimento do imposto de imediato, independentemente das mesmas se destinarem a comercialização, industrialização ou insumo. Ainda pode ser constatado que, que dos atos constitutivos da empresa, consta que a mesma também poderá efetuar atos de comercialização.

Analizando os argumentos recursais, entendemos tratarem-se dos mesmos já analisados em 1ª Instância, os quais não têm o poder de modificar a decisão guerreada, a qual está correta e proferida com embasamento legal, efetivamente restou comprovada a irregularidade cadastral do contribuinte o que determina a antecipação do imposto pretendido.

Ante o exposto, o nosso entendimento é pelo 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 inscrição estadual cancelada.

Nesta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal processos idênticos já foram decididos e por esta razão acompanho o entendimento do Cons. Álvaro Barreto Vieira, manifestado no voto emitido nos autos do Auto de Infração nº 022198.0329/04-9, em 06.09.04 p.passado, onde figura como autuada o ora recorrente.

De referência à alegação quanto à forma de intimação, realizada por Edital, os argumentos não procedem, pois no caso em tela - 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, estando correta, portanto, a forma adotada para a intimação em obediência à norma legal.

Quanto à alegação de que as mercadorias não seriam comercializadas, tal argumento não pode ser acatado, pois o 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.

O recorrente alega que não procede a multa aplicada ao item 1, alegação que não pode ser acolhida, pois não merece reparo a aplicação da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Restando comprovada a infração, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto para manter inalterada a Decisão de 1ª Instância.

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 n^{os} 06/2004 e 07/2004, publicados no Diário Oficial do Estado da Bahia. O motivo do cancelamento foi a 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 regularmente 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, n° 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 por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299164.1588/04-8**, lavrado contra **TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A**.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, Álvaro Barreto Vieira e César Augusto da Silva Fonseca.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES – RELATORA/VOTO VENCIDO

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – VOTO VENCEDOR

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