

PROCESSO - A. I. Nº 299164.1654/04-0
RECORRENTE - TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0329-04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 09/12/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0342-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. 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 RICMS/97. A intimação editalícia do sujeito passivo far-se-á apenas quando 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 RICMS 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**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, em face do Acórdão JJF nº 0329-04/04 que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 7.334,22, em razão da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias 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 e já havia solicitado a reinclusão de sua inscrição. 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 envidas 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 0329-04/04, a 4ª 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 4ª 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. 81 e 82, a representante da PGE/PROFIS afirma que os argumentos recursais não são capazes de modificar a Decisão recorrida, a qual está correta e foi proferida com embasamento legal.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidido que o mesmo está em condições de julgamento.

VOTO

Em julgamentos anteriores sobre idêntica matéria e em Autos de Infração lavrados contra o mesmo recorrente, votei pelo não provimento da Decisão recorrida. Todavia, modifiquei o meu entendimento e passo, a partir do presente processo, a acompanhar o posicionamento dos demais membros desta Câmara sobre a matéria em análise.

Desta forma, considero que a Decisão recorrida deve ser retificada, para julgar o Auto de Infração nulo, por inobservância do devido processo legal, uma vez que as intimações que

ensejaram o cancelamento da inscrição cadastral do recorrente não foram efetuadas de acordo com as disposições legais pertinentes. Fundamento essa minha Decisão nos mesmos argumentos contidos no voto proferido pelo Dr. José Carlos Barros Rodeiro, no Acórdão CJF nº 0286-12/04, cujo teor transcrevo a seguir:

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 ofício, 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, 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 envolto 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.

Em face do acima comentado, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar o Auto de Infração NULO, por inobservância do devido processo legal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 299164.1654/04-0, lavrado contra **TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. PGE/PROFIS