

PROCESSO - A. I. Nº 232939.0409/04-7
RECORRENTE - TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0350/01-04
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 14/03/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0051-12/05

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**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima referenciado, lavrado em 03/04/2004, para exigir ICMS no valor de R\$1.496,44, imputando ao autuado a infração de não ter recolhido o 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.

Em 1ª Instância foi reconhecida a procedência da infração, com base no voto a seguir transcrito:

“O presente processo exige ICMS sob alegação de que o autuado não efetuou o seu recolhimento na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com inscrição cancelada no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, o qual foi efetuado em razão do que dispõe o art. 171, VIII do RICMS/97, in verbis:

“Art.171. Dar-se-á o cancelamento da inscrição, por iniciativa da repartição fazendária:

VIII – quando o contribuinte deixar de apresentar a DMA e, quando for o caso, a CS-DMA, por mais de 2 meses consecutivos ou 5 meses alternados, no mesmo exercício, e mesmo sendo intimado a regularizar a sua situação, não regularizá-la, hipótese em que o cancelamento de sua inscrição estadual se dará por ato do Diretor de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle, sendo que, após providenciar a atualização das informações, poderá requerer a regularização de sua situação cadastral;”

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência requerido, haja vista os autos conterem todos os elementos necessários ao meu convencimento.

O sujeito passivo reconheceu não ter apresentado duas DMA's consecutivas, porém, alegou terem sido enviadas as declarações, no dia 01/04/2004 e, solicitado a reinclusão de sua inscrição, em 02/04/2004. Também questionou não ter sido intimada do cancelamento e informou ser uma indústria que fabrica válvulas que são destinadas à manutenção de segurança de plataformas da Petrobrás, seu único comprador.

No tocante à argumentação de que não teria sido cientificado da intimação para o cancelamento da inscrição, informo que, na presente situação, a intimação para o contribuinte é feita mediante edital publicado no Diário Oficial do Estado, conforme previsto no § 1º do art. 171 do RICMS/97, transcrito abaixo:

“§ 1º. O cancelamento da inscrição será precedido de intimação por edital publicado no Diário Oficial do Estado, exceto nas situações previstas no inciso VII deste artigo, identificando-se o contribuinte e fixando-se o prazo de 20 dias para a regularização.”

Desta maneira, a disposição legal foi observada com a publicação do Edital de Intimação para Cancelamento nº 06/2004, em 13/02/2004, tendo sua inscrição cancelada mediante Edital de Cancelamento nº 07/2004, em 10/03/2004. Estando o contribuinte com sua inscrição cancelada no CAD-ICMS, deverá ser concedido o tratamento de contribuinte não inscrito, quando este realizar aquisições de mercadorias, aplicando os critérios previstos no art. 125, II, “a” c/c o art. 191, do RICMS/97.

No caso em tela, a legislação tributária não trata comércio e indústria de forma diferenciada ao estabelecer a exigência de imposto do adquirente em situação irregular, ou seja, tanto aquisições para comercialização quanto para industrialização, o fato é que as mercadorias a serem comercializadas, ou os insumos a serem usados na indústria, estão sujeitos a tributação do ICMS. Portanto, descabe a alegação do autuado de que sendo uma empresa industrial não poderia ser apenado com a exigência do imposto acrescido de multa por infração.

Dos autos, entendo que a infração está caracterizada. Ressalto que a multa aplicada está em consonância com a legislação tributária estadual.”

Irresignado com a Decisão proferida em 1ª instância, o recorrente interpõe o Recurso Voluntário de fls.66 a 69, mantendo os termos de sua defesa de fls.19 a 23 e alegando, em resumo:

- Que não fora notificada do cancelamento da Inscrição Estadual, e que só ficara sabendo do fato quando foi surpreendida com as apreensões;
- que o Estado da Bahia suspendeu a Inscrição Estadual sem intimar a empresa para tomar providências e exercer a ampla defesa, o que não ocorreu, gerando, dessa forma, a situação que favoreceu a autuação;
- que não procede a multa aplicada pela Fazenda Estadual correspondente ao item 01 por falta de causa jurídica;
- que o lançamento impõe duas condições inafastáveis: a consistente no dever da autoridade administrativa de conhecer concretamente as hipóteses de incidências, objetivando determinar o quantum devido, e a que decorre do dever de proceder ao lançamento sempre com base em dados concretamente detectados.

Requer a realização de diligência “*in loco*” por fiscal estranho ao feito e que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente.

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS tendo esta, através da ilustre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, manifestado seu opinativo de fls. 77 a 79, em síntese, nos termos seguintes:

Que o § 1º do art. 171 do RICMS/97 prevê o cancelamento de inscrição estadual de contribuinte, ex officio, devendo o contribuinte ser previamente intimado, via edital, sendo concedido prazo de 20 dias para regularizar pendência.

Com base nesse dispositivo regulamentar é que a INFAZ procedeu o cancelamento da IE, precedido de intimações por edital.

Transcreve o art. 171, inciso VIII, § 1º e art. 172 do RICMS e faz uma análise sistemática da legislação estadual a respeito da matéria, pugnando pela prescrição do art. 108 do RPAF/99, concluindo que a norma do art. 171 do RICMS é válida, mas deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a regra processual.

Leciona, com objetividade, de referência aos efeitos da intimação por edital (ficta ou presumida) que só podem prevalecer na hipótese de ser desconhecido, incerto ou inacessível o lugar onde se encontre o sujeito passivo.

Alega que, no presente caso, o contribuinte autuado jamais alterou seu endereço e vinha sendo regularmente intimado de outros procedimentos da Secretaria da Fazenda, mencionando-os.

Conclui a Douta procuradora pela nulidade de cancelamento da IE adotado pela SEFAZ, o que macula sem dúvida, o lançamento fiscal efetuado em razão desse cancelamento, por violação aos princípios que regem o processo administrativo legal, dentre eles, o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Chama a atenção para o fato de que foram lavrados diversos autos de infração contra a empresa autuada, ora recorrente, e a 2ª CJF tem decidido pela nulidade do procedimento de cancelamento da IE e, conseqüentemente, pela nulidade do lançamento, a exemplo do Auto de Infração nº 299164.1600/04-8.

Opina pelo Provimento do Recurso Voluntário para que se declare a Nulidade do lançamento efetuado, por violação ao direito de defesa e contraditório, conforme previsto no art. 18 do RPAF/99.

VOTO

Efetivamente esta é uma questão que já se tornou bastante conhecida neste órgão de julgamento administrativo, tendo em vista os inúmeros autos de infração, da mesma natureza, lavrados contra o recorrente, cujas Câmaras de Julgamento têm reformado, com justiça, as Decisões de 1ª Instância desfavoráveis ao recorrente.

Recentemente, nesta mesma Câmara de Julgamento, tivemos a oportunidade de participar do julgamento envolvendo Auto de Infração idêntico, - Acórdão nº 0291-12/04, no qual posicionei-me pela Nulidade do lançamento, acompanhando o voto proferido pelo ilustre Conselheiro relator, Dr. José Carlos Barros Rodeiro, ao qual, peço vênica para reproduzir aqui, o mencionado voto, pois reflete o mesmo pensamento que continuo mantendo a respeito desta questão:

“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 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, 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”.

Por todas as razões aqui expostas e acolhendo o Parecer opinativo da Douta PGE/PROFIS, voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário para que seja julgado NULO o Auto de Infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 232939.0409/04-7, lavrado contra **TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES - RELATORA

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