

PROCESSO - A. I. Nº 232939.0404/04-5
RECORRENTE - TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0379-04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0081-12/05

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 RICMS/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 Aviso de Recebimento - A.R., 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-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, em razão de Decisão proferida no Auto de Infração, lavrado em 2/4/2004, para exigir ICMS no valor de R\$263,81, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, através da Nota Fiscal nº 27079, procedentes de outra unidade da Federação e adquiridas por contribuinte com a inscrição cancelada no CAD-ICMS.

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

“O Auto de Infração em lide trata da cobrança do ICMS, por antecipação tributária e no primeiro Posto Fiscal de fronteira pelo fato do autuado encontra-se com sua inscrição cadastral cancelada no CAD-ICMS desta Secretaria da Fazenda.

O impugnante, objetivando desconstituir o lançamento fiscal, trouxe como razões de defesa:

- 1.era uma indústria e não comerciante, possuindo apenas um comprador, qual seja, a Petrobrás e que não vendia qualquer produto dentro do Estado da Bahia. Sendo indústria, a compra foi de matéria prima, portanto, com condições que as diferenciam de aquisições para revenda. Inclusive, pelo seu Estatuto Social não realiza qualquer operação comercial.*
- 2.já havia entregado as DMA faltantes e estava esperando há 45 dias a reinclusão de sua inscrição estadual no CAD-ICMS.*

3. que sendo a ato administrativo fiscal vinculado à lei, deveria ser observado, para a correta Decisão da lide, todos os procedimentos que tomou o contribuinte, conforme item 2 acima descrito.

Respondendo ao primeiro argumento de defesa, o entendo sem qualquer base para surtir qualquer efeito na lide. Tanto um estabelecimento industrial, como um estabelecimento comercial, pratica atos de comércio. Se assim não fosse, uma indústria não teria razão de existir. Por esta razão, ou seja, atuando no campo da incidência do ICMS, devem se inscrever na CAD-ICMS do Estado, vez que este imposto é de competência estadual, conforme Constituição Federal. No caso, se as mercadorias foram adquiridas como matéria prima, serão transformadas em produto final, portanto, revendidos agregados a outro produto por transformação, mesmo que seja somente para um comprado, no caso como dito, a Petrobrás e mesmo que seja, exclusivamente, para fora do Estado da Bahia. E, como não poderia deixar de ser, no seu próprio Estatuto Social consta esta situação, melhor esclarecendo: “Art. 3º - A sociedade tem por objeto a fabricação de válvulas e equipamentos industriais em geral e a comercialização dos referidos produtos, suas peças e acessórios” (fl. 26). E, para fechar o assunto, a empresa tem inscrição estadual neste Estado e aqui se encontra estabelecida.

Quanto ao segundo argumento, o impugnante foi intimado para cancelamento em 13/2/2004 (Edital 06/2004) e efetivamente cancelado em 10/3/2004 (Edital 07/2004). O motivo do cancelamento se deu pela falta de entrega das DMA (art. 171, VIII, do RICMS/97). Em 2/4/2004 - Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232939.0409/04-7 (fl. 5 do PAF) as mercadorias foram apreendidas pelo fisco baiano. A reinclusão do impugnante no CAD-ICMS somente se deu em 6/5/2004.

Pelas determinações do art. 171, VIII, do RICMS/97 dar-se-á o cancelamento da inscrição cadastral do contribuinte, por iniciativa da repartição fiscal, quando ele deixar de apresentar por mais de dois meses consecutivos ou 5 meses alternados, no mesmo exercício, a DMA, sendo anteriormente intimado para regularizar a situação e não fazê-lo. A não entrega do documento econômico fiscal não foi contestada pelo impugnante, que após ação fiscal as entregou à Secretaria da Fazenda e requereu sua reinclusão, tudo conforme determina o citado artigo, com redação dada pela Alteração nº 42 (Decreto nº 8.548, de 28/5/2003, DOE de 29/5/2003). Seu inconformismo se prende ao fato de não ter sido comunicado desta Decisão, conforme manda a legislação tributária. Quanto a este argumento, esclareço com a transcrição do § 1º do art. 171, do RICMS/97:

Art. 171
§ 1º

O cancelamento da inscrição será precedido de intimação por edital publicado no **Diário Oficial do Estado** (grifo), exceto nas situações previstas no inciso VII deste artigo, identificando-se o contribuinte e fixando-se o prazo de 20 dias para a regularização (redação dada pela Alteração nº 27 - Decreto nº 8.040 de 29/9/2001, DOE de 29 e 30/9/2001).

Ou seja, o cancelamento da inscrição estadual do autuado foi feito dentro da norma regulamentar, atendendo aos requisitos previstos no art. 171, VIII, do RICMS/97 e do seu § 1º.

Assim, não existindo controvérsia de que o autuado estava com a sua inscrição estadual cancelada e que as mercadorias a ele se destinavam, a legislação tributária estadual, caso exista qualquer comercialização, o caracteriza como clandestino, ficando sujeito às penalidades nela previstas (art. 191 do RICMS/97). Afora que as mercadorias são consideradas em situação irregular e o imposto é devido por antecipação tributária na primeira repartição fazendária por onde transitarem as mercadorias, conforme disposições do art. 125, II “a”, combinado com o art. 426, do RICMS/97, cabendo ao autuado seu recolhimento, ao teor do art. 39, V do RICMS/97, não tendo cabimento o pleito do autuado de que, se não fosse industrial, teria existido um descumprimento de obrigação acessória.

No mais, a autuação foi realizada no Posto Fiscal Benito Gama e nos autos restou provado de que o impugnante não se dispôs a efetuar o recolhimento do imposto antecipado e espontaneamente.

E, quanto à última argumentação da defesa de que, como entregou, após autuação, as DMA, solicitando a sua reinclusão no CAD-ICMS, e como o ato administrativo fiscal é vinculado, a infração restaria descaracterizada, tenho a dizer que, realmente, o ato administrativo fiscal é vinculado com a lei tributária e todos os seus procedimentos a ela devem se submeter. No caso, a legislação tributária determina de forma clara e expressa que o autuado, na época que se encontrava com sua inscrição estadual cancelada não poderia comercializar sem recolher o imposto antecipadamente. Este é o fulcro da autuação. Todos devem se submeter à norma tributária.

Diante do exposto, indefiro o pedido de diligência feita com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99) e voto pela procedência da ação fiscal.”

Inconformado com a Decisão, o recorrente interpõe Recurso Voluntário de fls. 61 a 64, mantendo os termos de sua defesa de fls. 17 a 23, alegando, em resumo:

1. Que não fora notificada do cancelamento da Inscrição Estadual, e que só ficara sabendo do fato quando foi surpreendida com as apreensões;
2. 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;
3. Que não procede a multa aplicada pela Fazenda Estadual correspondente ao item 01 por falta de causa jurídica;
4. Que o lançamento impõe duas condições inafastáveis: a consistente no dever da autoridade administrativa de conhecer concretamente as hipóteses de incidência, objetivando determinar o quantum devido e a que decorre do dever de proceder ao lançamento sempre com base em dados concretamente detectados.

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS tendo esta, através da ilustre procuradora Sylvia Amoêdo, manifestado seu opinativo de fls.72 a 73, em síntese, nos termos seguintes:

O Recurso Voluntário interposto traz os mesmos argumentos expendidos em sua inicial defesa e discorda da Decisão de 1ª instância argumentando : o art. 171 do RICMS/97 prevê a intimação por edital para cancelamento de inscrição cadastral , porém é de entendimento lógico-jurídico que a intimação por edital é pertinente em casos de pessoas não localizadas, ou empresas inativas, ou após ter sido efetivada outras formas reais de intimação e não ter atingido o objetivo de comunicação de atos do processo, por isso é dita como intimação ficta ou presumida, necessária para se formar uma relação jurídica à perfeição.

No caso do RICMS em seu supracitado artigo verifica-se o emprego inicial da intimação por edital para as hipóteses do inciso I ao V, porém nos casos de empresas ativas, que estão em atraso na entrega de documentos fiscais ou situações análogas, a intimação deve observar as possibilidades e a ordem disposta no art. 108 do RPAF/99.

Ante este raciocínio consideramos que o cancelamento da referida inscrição foi irregular, o que faz da empresa um contribuinte normal e ativo, o que lhe possibilita um regime normal de apuração e não se submeter à regra do art. 125, II-a do RICMS/97.

Opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para julgar Improcedente o presente Auto de Infração.

VOTO

A linha de raciocínio que se desenvolve neste julgamento é a mesma que tenho me expressado noutros julgamentos envolvendo matéria idêntica a que se ora analisa. Já não resta qualquer dúvida de que, 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 Fiscal têm reformado, com justiça, as Decisões de 1ª Instância desfavoráveis ao recorrente.

Nesta ótica, observo que, nesta mesma Câmara de Julgamento, já tivemos a oportunidade de participar do julgamento envolvendo Autos de Infração idênticos ao presente, a exemplo do pertinente 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 *venia* para reproduzir aqui, o mencionado voto, pois reflete o mesmo pensamento que continuo mantendo a respeito desta questão, aliás, também já mencionado noutras oportunidades:

“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 para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 232939.0404/04-5, lavrado contra **TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES – RELATORA

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