

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0301/04-0
RECORRENTE - TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0272-02/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 07/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0165-12/05

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 autuado contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto, no valor de R\$4.309,35 e multa tendo em vista que foi constatada a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira, referente às aquisições interestaduais de mercadorias por contribuinte com inscrição estadual cancelada.

O autuado apresentou defesa afirmando que as mercadorias não seriam comercializadas. Reconheceu que sua inscrição estadual estava cancelada por falta de entrega de duas DMAs consecutivas, mas que aguardava o processo de reinclusão, o que deveria ter ocorrido automaticamente por já ter enviado as DMAs.

O autuante, em sua informação fiscal, manteve a autuação, informando que o cancelamento da inscrição do contribuinte foi precedido de intimação, conforme determina a legislação e o pedido de reinclusão não fora efetivado antes da ação fiscal.

O ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, disse que:

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constato que a mercadoria foi apreendida porque a inscrição estadual do estabelecimento destinatário encontrava-se cancelada, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências à fl. 5 dos autos.

Observo que as mercadorias têm como remetentes empresas situadas no Estado de São Paulo, estavam acobertadas pelas Notas fiscais de números 010180 e 179136, fls. 07/08 dos autos, e se destinavam ao autuado, cuja inscrição estadual efetivamente encontrava-se cancelada na data de lavratura do Auto de Infração, fato reconhecido pelo autuado nas razões de defesa.

O cancelamento da inscrição estadual do contribuinte implica não ser o estabelecimento considerado inscrito enquanto persistir a pendência. Por isso, o tratamento previsto para os contribuintes com inscrição cancelada é o mesmo que se atribui a contribuinte sem inscrição, ou a mercadoria sem destinatário certo. Assim, a legislação estabelece que no primeiro posto fiscal de fronteira deveria o contribuinte efetuar o pagamento do imposto.

O art. 125, inciso II, “a”, do RICMS/97, ao tratar dos prazos e momentos para recolhimento do ICMS por antecipação, estabelece que o imposto será recolhido pelo próprio contribuinte ou pelo responsável, na entrada no território deste Estado, de mercadorias destinadas a ambulantes, enquadradas no regime de substituição tributária, ou a contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo.

O autuado alegou que as mercadorias não seriam para comercialização, e sim, para industrialização, e o fato de ser na Bahia não é condição para o comércio da mercadoria ocorrer neste Estado, lembrando que são válvulas para manutenção de segurança das plataformas da Petrobrás. Entretanto, a exigência do imposto é decorrente da condição do autuado, de contribuinte com inscrição cancelada, independente de as mercadorias serem destinadas à comercialização ou industrialização. Ademais, pela quantidade constante nas notas fiscais caracteriza operação sujeita à incidência do ICMS.

Quanto à alegação defensiva de que solicitou reinclusão, observo que mesmo no caso de requerimento já cadastrado na repartição fiscal, conforme alegado na defesa, o autuado deveria aguardar o deferimento de seu pedido para realizar quaisquer operações.

Assim, entendo que está caracterizada a infração apurada, portanto, é devido o imposto exigido, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, à fl. 03 dos autos, com a multa aplicada de 60%, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário inicialmente afirmando que não fora notificado do cancelamento da inscrição estadual e só ficou sabendo do fato quando foi surpreendido com as apreensões das mercadorias adquiridas, cujos pedidos anteriores ao conhecimento do cancelamento já estavam a caminho. Aduz que o Estado da Bahia ao suspender sua Inscrição Estadual, deveria intimar a empresa para tomar providências e exercer a ampla defesa. Não o fazendo, concorreu para que tal situação surgisse, surpreendendo o contribuinte, não havendo como lhe imputar a sanção aplicada, sem contar que o regulamento preceitua multa formal para a falta de entrega do DMA.

Questiona os aspectos legais em relação à multa aplicada e ao procedimento administrativo do lançamento tributário que não admite a imprecisão e deve originar-se de fato concreto que configure hipótese de lançamento de imposto.

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

Atendendo indicação da Procuradoria Fiscal esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal baixou os autos em diligência para que fosse apensado o procedimento de cancelamento da Inscrição Estadual do contribuinte.

O Coordenador de Atendimento da Inspetoria Fazendária de Simões Filho, Sr. Luís Henrique Guimarães Brandão, à fl. 102, atesta que por se encontrar omissa no envio de DMAs, enviadas apenas no dia 16/03/2004, a inscrição do contribuinte foi cancelada em 10/03/2004 através do Edital nº 07/2004.

O processo foi reencaminhado à Procuradoria Fiscal e Dra. Maria Dulce Baleiro Costa analisou o andamento dos autos e exarou Parecer apontando 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 para regularizar a pendência .

Transcreve o referido dispositivo legal para destacar que antes da publicação do edital de cancelamento, em que se concede prazo para regularização, o contribuinte deve ser intimado

para regularizar a situação, qual seja, a falta de entrega de duas DMAs consecutivas ou cinco no mesmo exercício. Não regularizando, far-se-á o cancelamento.

Observa que essa intimação citada no art. 171 do RICMS/97 é a intimação pessoal ou por “AR”, como preceitua a norma geral de processo administrativo fiscal, o RPAF.

Esclarece que o §1º do art. 171 é regra geral e se aplica a todos os casos, sendo imprescindível para se dar publicidade ao processo que se instaura para o cancelamento da IE, não podendo ser confundido com o mandamento do inciso VIII que, naquela hipótese específica, determina a intimação prévia do contribuinte.

Aduz que a intimação editalícia está prevista no RPAF/99, desde que obedecidos alguns critérios, dentre eles a impossibilidade da intimação pessoal ou sob forma de AR.

Verifica que o contribuinte autuado jamais alterou seu endereço e vinha sendo regularmente intimado de outros procedimentos a exemplo da notificação do lançamento do Auto de Infração.

Daí, conclui que para o exercício pleno de seu direito de defesa e para que pudesse regularizar a sua pendência com o Estado, deveria a empresa ser intimada pessoalmente ou por “AR”, não podendo prevalecer a intimação ficta, pois inexistiu o pressuposto jurídico para a mesma.

Assim, vislumbra a nulidade do procedimento 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.

Observa, ainda, a existência de outras Decisões deste Conselho de Fazenda contra a empresa autuada.

Opina pelo Provimento do Recurso Voluntário para que se declare a Nulidade do lançamento efetuado.

VOTO

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 DMAs 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, concedo-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 da 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 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 prejudicado.

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, acolho o Parecer da Douta procuradora e dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar NULO o Auto de Infração, pois o ato que o motivou padece de vício insanável.

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 269133.0301/04-0, lavrado contra **TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS