

PROCESSO - A. I. Nº 232939.0323/04-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TECNOLOGIA AVANÇADA GARANTIDA S/A
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 4ª JJF nº 0306-04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 21/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0432-11/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no artigo 119, II, §1º c/c artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja declarada a nulidade da autuação, por violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Estando o contribuinte ativo, deve ser seguido o rito processual de intimação para cancelamento da sua inscrição estadual descrito no CPC e no RPAF/99, em que esta somente se dará por edital quando for desconhecido ou incerto o sujeito passivo, ou quando for ignorado, incerto ou inacessível o seu endereço, o que não ocorreu no presente caso. É nulo o procedimento de cancelamento da inscrição estadual adotado pela SEFAZ, por violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal. Sendo nulo este procedimento, a inscrição estadual do contribuinte volta à condição regular, e, assim, fica descaracterizada a infração. Representação **ACOLHIDA**, para julgar o Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, inciso II, e seu § 1º, c/c com o artigo 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB), face ao Controle da Legalidade exercido por aquele órgão, conforme previsto no artigo 31-A, inciso I, da Lei nº 8.207/02, com a redação introduzida pela Lei Complementar nº 19/03, propondo que seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração em razão da existência de vício insanável e ilegalidade flagrante.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, apresentou os seguintes argumentos para embasar a Representação:

1. a Decisão exarada pela Junta de Julgamento Fiscal, pela Procedência do Auto de Infração, não mais reflete o entendimento majoritário do CONSEF;
2. o CONSEF arquivou, por intempestividade, o Recurso Voluntário interposto pelo autuado;
3. como o Presidente do CONSEF indeferiu, liminarmente, o Pedido de Reconsideração apresentado, com base no Parecer da PGE/PROFIS, que entendeu não ser aquele o momento e o instrumento processual adequados para a reabertura da discussão deste PAF, a Decisão da 1ª CJF transitou em julgado;
4. o autuado foi intimado para cancelamento de sua inscrição estadual em 13/02/04 e efetivamente cancelado em 10/03/04, por meio dos Editais nºs 06/2004 e 07/2004, publicados no Diário Oficial do Estado, e o motivo para o cancelamento foi a falta de apresentação de DMA's consecutivas, nos termos do artigo 117, do RICMS/97;

5. a intimação a que se refere o artigo 171, do RICMS/97, deve ser feita pessoalmente ou por Aviso de Recebimento (AR), já que, consoante o previsto no artigo 108, do RPAF/99, a intimação editalícia do sujeito passivo somente pode ser realizada desde que obedecidos alguns critérios, dentre os quais a impossibilidade de efetivação da intimação pessoal (com a aposição da assinatura do contribuinte) ou por AR (com a prova da entrega do instrumento);
6. a regra do artigo 171, do RICMS/97 é válida, mas deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a regra processual, haja vista que 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;
7. na situação em análise, o 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 autos de infração e termos de apreensão, no local de seu endereço;
8. portanto, para que pudesse exercer plenamente o seu direito de defesa, a empresa deveria ter sido intimada pessoalmente ou por AR, não podendo prevalecer a intimação ficta, pois inexistiu o pressuposto jurídico para tal, ou seja, a localização do contribuinte não era desconhecida pela autoridade fazendária;
9. a publicação do edital do efetivo cancelamento visa a dar publicidade ao ato, isto é, informar aos demais contribuintes e interessados que determinada empresa não mais está apta, a partir daquela data, a praticar atos inerentes à sua condição de contribuinte do ICMS;
10. diversos autos de infração foram lavrados contra este contribuinte e as Câmaras de Julgamento Fiscal têm decidido pela nulidade do lançamento.

Por fim, conclui que deve ser feita Representação para que seja declarada a nulidade da autuação, por violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. O Parecer foi ratificado pelo ilustre procurador Dr. Deraldo Dias de Moraes Neto (fl. 100) e pelo o Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, Dr. Jamil Cabús Neto (fl. 197), considerando os precedentes neste CONSEF sobre a matéria.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização de trânsito para exigir o ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, do adquirente de produtos, em outro Estado, cuja inscrição estadual se encontrava cancelada no cadastro de contribuintes, com fundamento no artigo 125, inciso II, alínea “a”, item 2, do RICMS/97.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o lançamento, por meio do Acórdão JJF nº 0306-04/04 por ter ficado configurado o cancelamento da inscrição estadual do autuado antes da ação fiscal (fls. 49 a 51). Intimado da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal (fls. 57 e 60), o sujeito passivo deixou transcorrer *in albis* o prazo de 10 dias previsto para a interposição de Recurso Voluntário, consoante o Termo de Ocorrência lavrado à fl. 72 do PAF, transitando em julgado a Decisão do órgão de primeira instância.

Verifico, da análise dos autos, que o contribuinte foi intimado para cancelamento de sua inscrição estadual, em 13/02/04, a qual foi efetivamente cancelada em 10/03/04, com fundamento no artigo 171, inciso VIII, do RICMS/97, portanto, antes da lavratura deste Auto de Infração. Todavia, a intimação para cancelamento e o efetivo cancelamento da inscrição foram realizados por meio dos Editais nºs 06/2004 e 07/2004, respectivamente, publicados no Diário Oficial do Estado, sem que o sujeito passivo tivesse sido intimado pessoalmente ou por Aviso de Recebimento (AR) para que pudesse adotar as providências necessárias para a regularização de sua situação cadastral.

Observo, ainda, que a motivação para o cancelamento da inscrição estadual do sujeito passivo foi a falta de entrega de DMA's consecutivas e que o contribuinte jamais deixou de exercer as suas atividades comerciais no endereço constante em seu dossiê na Secretaria da Fazenda.

O artigo 231, do Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 5.869/73), utilizado subsidiariamente ao RPAF/99, prevê que a citação (equivalente à intimação, no processo administrativo fiscal) se dará por edital quando for desconhecido ou incerto o réu (no caso, o contribuinte), ou quando for ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que este se encontrar (endereço).

O RPAF/99, seguindo o Código de Processo Civil, estabelece, no seu artigo 108, que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita:

1. pessoalmente, mediante aposição de data e assinatura do sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, no próprio instrumento que se deseja comunicar ou em expediente, com entrega, quando for o caso, de cópia do documento, ou através da lavratura de termo no livro próprio, se houver;
2. mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou com prova de entrega, ao sujeito passivo ou interessado, de cópia do instrumento ou de comunicação de Decisão ou circunstância constante de expediente;
3. por edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível a forma prevista no inciso anterior.

Nas hipóteses em que o RICMS/97 prevê o cancelamento da inscrição estadual e o contribuinte não mais exerce a sua atividade, é perfeitamente admissível que o cancelamento da inscrição seja precedido de intimação por edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e fixando-se o prazo de 20 dias para a regularização cadastral.

Entretanto, quando o RICMS/97 estabelece hipóteses de cancelamento da inscrição, como, por exemplo, a falta de apresentação de DMA e DME, o não atendimento a intimações referentes a programações fiscais específicas, dentre outras, e o sujeito passivo encontra-se exercendo normalmente a sua atividade comercial no endereço constante na Secretaria da Fazenda (portanto, está ativo) deve ser seguido o rito processual descrito no CPC e no RPAF/99, de forma que a intimação somente se dará por edital quando for desconhecido ou incerto o sujeito passivo, ou quando for ignorado, incerto ou inacessível o seu endereço.

Concluo, então, que, na situação em análise, deve ser declarada a nulidade do procedimento de cancelamento da inscrição estadual do autuado, realizado pela Secretaria da Fazenda, por violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, dentre eles, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Saliento, outrossim, que, sendo nulo o procedimento de cancelamento da inscrição estadual, esta volta à condição regular e, dessa forma, não há imposto a ser exigido na primeira repartição do percurso, na entrada do território deste Estado, o que descaracteriza a infração.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para julgar NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

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