

A. I. N° - 298924.1222/06-0
AUTUADO - EMILENE LIMA OLIVEIRA
AUTUANTES - ANANIAS JOSÉ CARDOSO FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 03.04.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0062-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DE MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS, POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO NO CAD-ICMS INAPTA. Comprovado que na data da emissão da nota fiscal que acobertava a circulação das mercadorias o contribuinte já estava com sua inscrição cadastral cancelada. Vencido o voto do relator em relação à NULIDADE argüida de ofício. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime quanto ao mérito.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/12/2006, no Posto Fiscal Benito Gama, para exigência de ICMS no valor de R\$ 1.143,98 mais a multa de 60%, tendo em vista que foi encontrada mercadoria (MATERIAL HIDRÁULICO – torneiras e peças) proveniente de outro Estado, acobertada pela Nota Fiscal n° 30909, doc. fl. 09, destinada ao contribuinte supra que se encontrava com sua inscrição cancelada no cadastro de ICMS da SEFAZ/BA através do Edital n° 42 de 08/11/2006, conforme documentos às fls. 07 a 08.

Foram dados como infringidos os artigos 125, II a, 149, 150 e 191 combinados com os artigos 911 e 913, do RICMS aprovado pelo Decreto n° 6.284/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei n° 7.014/96.

No prazo regulamentar, o sujeito passivo em sua defesa às fls. 15/17 alega que tem endereço de fácil localização na cidade de Coaraci – BA e letreiros luminosos que o identifica; que foi vistoriado pelo fisco no momento da liberação da inscrição; que sempre atendeu as intimações. Com todos esses procedimentos foi surpreendido com o cancelamento de sua inscrição, tendo em vista a falta de atendimento à intimação, o que originou o presente auto de infração. Sem ter tido conhecimento dessa intimação, não poderia atendê-la.

Afirma que sem saber da intimação que determinou o cancelamento de sua inscrição, continuou normalmente suas operações, efetuando compras dentro e fora do Estado, sem que houvesse qualquer ato de má fé, uma vez que não fora intimada a apresentar documentos fiscais e não teve conhecimento do cancelamento de sua inscrição, antes da lavratura do auto de infração.

Pede seja o auto nulo de pleno direito.

Preposto fiscal estranho ao feito que prestou a informação fiscal às fls. 25 e 26 reitera de forma resumida os termos do auto de infração e das razões defensivas, esclarecendo que a inaptidão da inscrição da autuada ocorreu em função do não atendimento de intimação para fiscalização, de acordo com o art. 171, IX, RICMS BA, posteriormente intimada para cancelamento através do edital 42/06, em 08.11.2006, continuando omissa, foi cancelada através edital 37/2006 publicada no DOE em 06/12/06. Saliencia que o cancelamento não é consequência de um simples ato administrativo, mas uma série de atos até a inscrição ser considerada inapta. No procedimento não houve vícios, está em conformidade com o princípio da publicidade a que deve obediência à administração pública.

Observa que a defesa não contesta o procedimento em si, mas o desconhecimento do fato que, no entanto, seguiu toda a tramitação normal, não havendo como descaracterizá-la.

Pede a procedência do auto de infração.

Em pauta suplementar, a 5ª JJF converteu o presente processo em diligência a fim da adoção dos seguintes procedimentos: a) anexar cópia das Intimações para apresentação de livros e documentos fiscais feitas pelo fisco com a ciência do contribuinte ou seu preposto, antes da publicação do Edital de Intimação; b) fornecimento de cópias das intimações citadas, abrindo vista do processo e prazo ao autuado.

A repartição fiscal anexa aos autos, fl. 31, documento que informa a REINCLUSÃO DA INSCRIÇÃO, em 18.12.06 e que o motivo do cancelamento da inscrição foi o não atendimento a monitoramento; documentos que informam a não localização de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, solicitada na diligência (fl. 32). A autuada anexa ainda solicitação da substituição de depositário fiel das mercadorias apreendidas, inicialmente, sob a responsabilidade do transportador (fls. 37 e 40).

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado no Posto Fiscal Benito Gama para exigência de imposto por antecipação do destinatário da mercadoria procedente de outra unidade da Federação (RS), constante na Nota Fiscal nº 30909, emitida pela MONTANA HIDROTÉCNICA LTDA, de 05.12.06, (doc. fl. 09), em razão daquele se encontrar com sua inscrição cadastral cancelada.

Na análise das peças processuais, verifico que no momento da apreensão das mercadorias, conforme Termo de Apreensão e Ocorrência 29892.1222/06-0, em 14.12.2006 (fl. 05), o estabelecimento realmente se encontrava com sua inscrição cadastral cancelada, o que ocorreu desde o dia 06/12/2006 através do Edital nº 37/2006, conforme comprova o documento de Dados Cadastrais – INC Informações do Contribuinte à fl. 07.

Nestas circunstâncias, considerando que no momento da apreensão o estabelecimento se encontrava com a inscrição cancelada, é devido o pagamento do imposto por antecipação, uma vez que no caso de mercadoria procedente de outro Estado com destino a contribuinte com inscrição cancelada, o tratamento tributário dispensado é o mesmo dado na hipótese de mercadoria destinada a contribuinte não inscrito, ou seja, o imposto deve ser pago pelo próprio contribuinte ou pelo responsável, na entrada no território deste Estado, conforme previsto no art. 125, inciso II, “a”, do RICMS/97.

O autuado apesar de não negar o fato, alegou não ter sido regularmente intimado para atender ao procedimento fiscal e, sem conhecer da intimação que determinou o cancelamento, continuou operar normalmente, efetuando compra de mercadorias dentro e fora do Estado. Solicitada a diligência para provar a expedição da devida intimação ao sujeito passivo, não foi constatada a sua expedição.

O devido processo legal como garantia no processo administrativo vem anunciado pelos primados do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, CF/88. Surge como via de consagração dessa garantia a intimação fiscal, que serve ao Estado documentar a ciência acerca do fato, exigência ou procedimento fiscal e ao intimado confere a prerrogativa de contestar o ato administrativo tributário.

No entanto, a intimação deve ser aperfeiçoada de modo a garantir a certeza do intimado sobre o querer fiscal, servindo de oportunidade clara para o exercício de tal faculdade, opondo, em querendo, sua discordância segundo as regras de devido processo legal, diante do ato emanado pela administração tributária.

No caso concreto, sobretudo, porque a intimação que deu lugar a diversos procedimentos posteriores, culminando com o cancelamento da inscrição estadual do sujeito passivo e lavratura

do combatido auto de infração, voltava-se para a ciência do contribuinte sem abrir prazo para defesa ou recurso. Note-se que esta intimação permitiria que o contribuinte se manifestasse, prestasse as informações, apresentasse livros fiscais e documentos necessários para a ação fiscal de monitoramento. O não atendimento da intimação gerou o cancelamento da inscrição fiscal; que, por sua vez, originou a lavratura do auto de infração. Ora, sendo o presente auto de infração função direta da ausência da intimação, não havendo prova da regular entrega ao contribuinte da intimação, conforme doc. fl. 32, não há como mantê-lo. A ausência de intimação regular imprime nulidade ao lançamento do crédito tributário, assim constituído.

Não obstante o entendimento do auditor fiscal que prestou a informação fiscal, fl. 26, no sentido de que todo o procedimento, a intimação por Edital, estão conforme o princípio constitucional da publicidade, não comungo com tal pensamento, no caso presente. Adequada é a intimação que assegure efetivamente a certeza da ciência do interessado, possibilitando o esclarecimento das informações tributárias e o exercício pleno da defesa e do contraditório.

Há de ser manejado o edital quando for apurada conduta fraudulenta do contribuinte, a exemplo da comprovada tentativa de esquivar-se de receber a intimação, quando em lugar incerto, ignorado ou inacessível, ou endereço que não corresponda ao informado.

A intimação por Edital, assim, no processo administrativo tributário, deve ter caráter subsidiário, somente se legitimando quando “motivada e comprovadamente os meios próprios não possam ser utilizados”, na lição do professor James Marins (Direito Processual Tributário 2ª ed. São Paulo: Dialética, p.271). Os meios próprios aqui referidos são as intimações pessoal e postal.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF BA), dado pelo Decreto 7.629/00, na sua redação atual, no entanto, não trata a Intimação por Edital como mecanismo excepcional, mas como um meio ordinário, prevendo 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, poderá ser feita pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento (AR), ou por edital publicado no Diário Oficial do Estado, independentemente da ordem (art. 108, RPAF/BA).

Ainda assim, a redação atual do artigo 108, foi dada pelo Decreto 10.459/07 com efeitos a partir de 19.09.07. A redação anterior contemplava os meios ordinários (pessoal e via postal) e a excepcional intimação por Edital, somente ocorria na impossibilidade da via postal, o que não ocorreu no caso em comento, cujo Edital de Intimação foi emitido em 18.11.2006 e respectivo auto de infração lavrado em 14.12.2006.

Art. 108. 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:

I - 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;

II - 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;

III - por edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível a forma prevista no inciso anterior.

Nesses termos, não constam nos autos provas de que o sujeito passivo foi regularmente intimado para apresentação de livros e documentos fiscais; mesmo quando solicitado a fazer prova, através da diligência proposta pela 5ª JF desse CONSEF, a informação oficiada pela Repartição Fiscal foi da não localização da intimação, antes da publicação do Edital de Intimação no Diário Oficial do Estado (fls. 31/32).

Posto isso, é nulo o procedimento fiscal que não haja a certeza da intimação ao sujeito passivo permitindo exercer com segurança aos esclarecimentos de fatos relevantes e com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 18, II, RPAF/BA.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Ultrapassada a nulidade, adentro ao mérito. A acusação é de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, tendo em vista que se encontrava na condição de inapto.

Examinando os documentos acostados ao processo, verifico que na data da autuação (14/12/06), o documento da consulta formulada ao banco de dados da Secretaria da Fazenda (fl. 08), comprova que o autuado estava com inscrição cadastral em situação “inapto”, desde 06/12/06, pelo edital de cancelamento nº 37/06, tendo sido precedido de edital de intimação para cancelamento.

Estando efetivamente cancelada de ofício a inscrição do autuado no momento em que as mercadorias deram entrada no território baiano, destinadas a ele, está caracterizada a infração, conforme disposto no art. 125, inciso II, “a”, item 2 do RICMS/97, que trata dos prazos e momentos para recolhimento do ICMS por antecipação e, portanto é devido o imposto acrescido de multa.

Quanto à alegação da empresa de que o cancelamento decorreu de erro administrativo, não pode ser acatada tendo em vista que não ficou provado tal alegação e de ter o cancelamento da sua inscrição obedecido ao devido processo legal.

Além do mais, verifico que a cópia da nota fiscal 30909 (fl. 9) fiscal que acobertava a operação indica como endereço do autuado a Rua Antônio Teixeira s/n, Centro, Coaraci-BA. No documento juntado à fl. 7, foi indicado que a inaptidão da inscrição se deu com base no art. 171, IX do RICMS/BA, ou seja, por iniciativa da repartição fazendária, “quando o contribuinte deixar de atender a intimações referentes a programações fiscais específicas autorizadas por ato do superintendente da SAT”.

Já os documentos acostados às fls. 31 a 33 informam que o contribuinte teve sua inscrição cancelada pelo não atendimento ao monitoramento, pediu reinclusão com a indicação do endereço à SEFAZ. No banco de dados da Secretaria da Fazenda, consta que o contribuinte foi reincluído no dia 18/12/06, ou seja quatro dias após a autuação, sendo que agora em outro endereço localizado na Avenida Itabuna, nº 1607-A, Bairro Vitória da Conquista, município de Ilhéus, que diverge do indicado na nota fiscal objeto da autuação.

Pelo exposto, estes elementos me conduzem à convicção de que o contribuinte teve sua inscrição cancelada por edital por não ter sido encontrado no endereço declarado à SEFAZ e reativou sua inscrição após ter sido autuado, agora em outro endereço, inclusive em outro município.

Face ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Em que pese à fundamentação do nobre Relator pela declaração da nulidade de ofício do lançamento, o que não foi seguido pelo Julgador Paulo Danilo Reis Lopes, me permitam discordar em razão dos fatos que passo a expor.

Inicialmente vale ressaltar que o contribuinte foi acusado de deixar de fazer o “recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização” por contribuinte com inscrição estadual inapta.

Na sua defesa, o autuado não suscitou nenhuma nulidade, tendo argumentado que foi surpreendido com o cancelamento da sua inscrição, sem ter tomado conhecimento de qualquer intimação e que continua exercendo suas atividades comerciais.

Na declaração de nulidade de ofício, o nobre Relator manifestou entendimento de que de acordo com a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, a intimação por Edital, somente seria válida quando houvesse impossibilidade da intimação via postal, o que no seu entendimento não ocorreu no caso em comento.

Pela leitura da norma prevista no art. 108 do RPAF/BA, acima transcrita no voto do Relator, a intimação ao sujeito passivo poderia ser feita: I - pessoalmente; II - mediante remessa postal ou

outro meio; III - por edital publicado no Diário Oficial. Na redação vigente até 18/09/07, existia além de “por edital publicado no Diário Oficial” a expressão “quando não for possível a forma prevista no inciso anterior”. Posteriormente com a redação modificada pelo Dec. 10.459 de 18/09/07, foi retirada a segunda expressão contida no inciso III (quando não for possível a forma prevista no inciso anterior).

Entendo que a interpretação dada tanto à redação anterior como a atual é de que a intimação ao sujeito passivo pode ser feita: pessoalmente, por via postal ou edital. Interpreto ainda, que a expressão “quando não for possível a forma prevista no inciso anterior” inserida pelo legislador, não foi de estabelecer uma imposição de que só poderia ser feita por edital se ficasse impossibilitado de fazer por meio de via postal e sim que quando não houvesse possibilidade de fazê-lo por via postal seria feita por edital.

Tudo isso obedece a uma lógica temporal e espacial senão vejamos uma situação hipotética: A fiscalização se dirige ao estabelecimento do contribuinte e o mesmo não mais se encontra no local onde declarou exercer suas atividades ou já se encontre outro contribuinte no mesmo endereço. Nesta situação a fiscalização estaria impossibilitada de intimar pessoalmente (primeira situação prevista no citado dispositivo) e de que adiantaria encaminhar uma intimação via postal se já tinha sido confirmada *in loco* que o contribuinte não estava naquele endereço. Assim sendo, por uma questão de segurança jurídica a administração tributária deveria intimá-lo por via editalícia antes de adotar qualquer providência. Portanto, meu entendimento é de que são corretas as três formas de intimação, de forma independente.

Considerando que o contribuinte foi intimado por editais para cancelamento e posteriormente cancelado, respectivamente em 08/11/06 e 06/12/06 conforme cópia de documento juntado à fl. 8, o mesmo estava inapto no dia em que foi movida a ação fiscal em 14/12/06.

Colocada em votação, foi vencida a nulidade proposta pelo Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298924.1222/06-0**, lavrado contra a **EMILENE LIMA OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.143,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR