

**PROCESSO** - A. I. Nº 206981.0010/09-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ELEMENTAIS)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0232-04/10  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 12/07/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0177-12/11

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deverá retornar à primeira instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0232-04/10, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/09, exige ICMS no valor de R\$33.456,10, acrescido da multa de 60%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando valor de R\$55.662,09 em decorrência das seguintes infrações:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$19.067,91. (2004/2006).
2. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconcontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – R\$534,37.
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$5.118,00.
4. Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas (2004/2006), sendo aplicada multa - R\$36.594,18.
5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização (2005/2006) - R\$18.040,39.
6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA (2004) - R\$9.763,34.

O autuado apresentou defesa (fls. 112/135), onde, em preliminar argui a decadências dos fatos geradores ocorridos até junho de 2004, diante das determinações contidas no art. 150, § 4º, do CTN.

No mérito, com relação à infração 1 diz que houve equívoco do autuante, pois ao analisar sua escrita fiscal constatou divergência de CNPJ, ou seja, o emitente da nota fiscal nela consignou compras da filial (CNPJ 32.651.374/0005-97) com o CNPJ da matriz. Quanto aos documentos fiscais não encontrados, requer diligência no sentido de se faça juntar as notas fiscais (eletrônicas ou físicas) autuadas.

Reconhece o cometimento da infração 2, juntando DAE do seu recolhimento. Requer a extinção deste crédito, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Quanto a infração 3, afirma que o autuante não considerou na escrita contábil a existência de “saldo credor do diferencial de alíquota a favor do contribuinte” conforme planilha juntada às fls. 448/449. Entende que a existência de saldo credor supre a falta de recolhimento do diferencial de alíquota. Considera indevidos os valores exigidos em diversos meses (1, 3, 6 e 12/04 e 1, 3 e 4/05).

No tocante à infração 4, inicialmente suscita a sua nulidade por vícios e ofensa aos princípios constitucionais de direito de defesa, inobservância do devido processo legal e da legalidade, nos termos do art. 5º, LV, da CF/88 que assegura aos litigantes em processo administrativo o contraditório e a ampla defesa (art. 5, II, CF). Afirma que sua defesa restou prejudicada, haja vista que a legislação aplicada indicada no caso concreto não se coaduna com a realidade fática e não há clareza na infração, ofendendo aos princípios constitucionais citados, inclusive da atividade vinculada (art. 37 da CF e art. 142 do CTN), conforme indicou.

No mérito, argumenta não estar obrigado a entregar os arquivos magnéticos no período fiscalizado (2004/2006), pois em 2002 criou a filial com CNPJ 32.651.374/0005-97, situada na região do Lucaia, bairro do Rio Vermelho a qual ficou responsável pela atividade industrial e a matriz pela atividade comercial, não estando obrigado a entregar arquivos magnéticos até dezembro de 2006. Além do mais, conforme indicado no site da SEFAZ (fls. 451/464), o contribuinte que estivesse inscrito na condição de normal com faturamento inferior a R\$ 72.000.000,00 no ano de 2005, estava desobrigado de enviá-lo até dezembro de 2006, desde que utilize o SEPD tão somente para a emissão de cupons fiscais, como aconteceu no seu caso. Na esteira de sua defesa, alega, ainda, haver duplicidade de lançamento, pois anteriormente foi autuado pelo mesmo motivo através do Auto de Infração nº 146528.0013/07-3 (fls. 466/468) lavrado em 26/12/07. E, na eventualidade do não acatamento dos seus argumentos, requer que seja aplicada a multa de R\$46,00, indicada pelo autuante em sua fundamentação legal (art. 42, II, “g” da Lei nº 7.014/96) que nada tem a ver com a aplicação de 1% sobre o valor das saídas no mês.

No que concerne à infração 5, afirma que após confrontar sua escrita fiscal e DAEs com os demonstrativos elaborados pela fiscalização identificou que 90% do valor exigido é indevido, visto que o ICMS antecipação parcial foi recolhido no prazo legal conforme demonstrativos às fls. 441/443. Reconhece como devido os valores referentes aos meses de maio e dezembro/04, embora os demonstrativos de recolhimentos às fls. 437/440 demonstrem que no período fiscalizado recolheu ICMS antecipação parcial a maior de R\$ 4.214,58 que supera os valores referentes às competências de maio e dezembro de 2004 de R\$ 3.524,81. Solicita a compensação e a extinção da infração.

Quanto à infração 6, reconhece a sua procedência.

O autuante presta informação fiscal (fls. 477/485). Quanto à infração 1, acata a alegação defensiva em relação as divergências de CNPJ em algumas notas fiscais e refaz o demonstrativo de débito, passando esta infração para o valor de R\$17.739,76 (fls. 487/505).

Quanto às infrações 2 e 6 tendo sido reconhecidas e pagas diz que não há o que se discutir.

No tocante à infração 3, não acata os argumentos de defesa.

Em relação à infração 4, destaca que a multa foi corretamente aplicada. O que faltou foi indicar as alterações ocorridas no período fiscalizado (2004/2006). Transcreve às fls. 481/482 as redações do art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96 com as redações dadas pelas Leis nºs 8.534/02; 9.159/04 e 9.430/05.

Quanto à alegação defensiva de que estaria desobrigado de entregar os arquivos magnéticos, a contesta. Relativamente ao argumento de duplicidade da autuação, afirma que a entrega do arquivo magnético é uma obrigação acessória e deve ser cumprida pelo contribuinte sempre que for intimado, principalmente nos casos de não entrega, de ter incompleta ou fora do padrão. Desta forma, entende de que a autuação anterior não cessa a obrigação de manter e fornecer os arquivos magnéticos ao Fisco quando exigido nos termos dos artigos 686 e 708-B, §5º do RICMS/BA.

Com relação à infração 5, “*entende que o imposto devido, foi recolhido fora do prazo e caberia, apenas, aplicação de multa formal*”. Por fim, pede a procedência parcial da autuação.

O autuado se manifesta (fls. 632/646) a respeito da informação fiscal, após ser intimado para tomar ciência da mesma (fl. 630).

Inicialmente suscita a nulidade do Auto de Infração em virtude do autuante ter “iniciado a fiscalização via e-mail, conforme documentação acostada às fls. 507 a 517”, nos termos dos artigos 28 e 29 do RPAF/BA por entender que o Termo de Início de Fiscalização deve ser realizado de forma escrita e colhida assinatura do intimado, não se enquadrando nas exceções, motivo pelo qual requer a nulidade da juntada de documentos ao processo pelo autuante.

No mérito, reitera todos os argumentos apresentados quando de sua inicial, apenas indicando o saneamento feito pelo autuante.

O autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 658/669) quando rebate o argumento do autuado quanto à nulidade da ação fiscal em virtude de ter iniciado fiscalização via correio eletrônico e sem lavratura de Termo de Início de Fiscalização no livro próprio. Afirma que o art. 18, §1º do RPAF/BA estabelece a possibilidade de suprir incorreções e omissões sem acarretar a nulidade do Auto de Infração desde que seja comunicada ao autuado e que o início da ação fiscal se deu em conformidade com o art. 26, I e IV do citado diploma legal.

No mérito ratifica sua posição anteriormente exposta.

A empresa se manifesta (fls. 673/675), após ser cientificado do novo pronunciamento do autuante (fl. 671). Quanto ao argumento da inexistência de nulidade, afirma que a intimação para início da ação fiscal não é uma faculdade do agente fiscal e sim uma determinação legal que se não cumprida implica em nulidade. Reitera a obrigatoriedade da lavratura do Termo de Início de Fiscalização nos termos do art. 28, I salvo as exceções previstas no art. 29 tudo do RPAF/BA.

O autuante presta a terceira informação fiscal (fl. 681) e diz que não tendo o contribuinte apresentado fato novo, mantém tudo que foi dito anteriormente.

A Secretaria do CONSEF anexou às fls. 685/698 processo de parcelamento da infração 6 e da infração 2 (fl. 702).

A 4ª JJF pronuncia a seguinte Decisão, após afastar a preliminar de decadência arguida e a nulidade requerida em relação à infração 4:

.....  
*Suscitou também a nulidade do Auto de Infração no momento que foi cientificado da informação fiscal, sob o argumento de ter sido “iniciado a fiscalização via e-mail, conforme documentação acostada às fls. 507 a 517”, contrariando o disposto nos artigos 28 e 29 do RPAF/BA por entender que o Termo de Início de Fiscalização deve ser realizado de forma escrita e colhida assinatura do intimado, não se enquadrando nas exceções.*

*O autuante na segunda informação fiscal admitiu não ter feito a intimação pessoal ou registrado no livro RUDFTO, mas contestou o argumento defensivo dizendo que o fato de ter iniciado fiscalização via correio eletrônico e sem lavratura de Termo de Início de Fiscalização no livro próprio, não conduz a nulidade de acordo com o disposto no art. 18, §1º do RPAF/BA, estabelecendo a possibilidade de suprir incorreções, desde que seja comunicada ao autuado e que o início da ação fiscal se deu em conformidade com o art. 26, I e IV do citado diploma legal.*

*Para facilitar o entendimento quanto à questão suscitada, transcrevo parte da legislação pertinente contida no RPAF/BA:*

*Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

*I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*

*II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

*III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;*

*IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.*

*V - revogado*

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

*II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

*III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;*

*IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;*

*V - revogado*

*VI - Auto de Infração ou Notificação Fiscal, para exigência do crédito tributário, atendidas as disposições pertinentes deste Regulamento;*

*VII - Termo de Encerramento de Fiscalização, destinado a documentar o encerramento do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte.*

...

§ 4º *O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

*I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;*

*II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.*

§ 5º *É dispensada a transcrição, no livro de ocorrências do estabelecimento, dos termos emitidos na fiscalização do trânsito de mercadorias.*

§ 6º *Em substituição à transcrição dos termos no livro de ocorrências, nos casos previstos, poderá ser afixada cópia dos mesmos no referido livro.*

Art. 29. *É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão:*

*I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:*

*a) descumprimento de obrigação acessória;*

*b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou*

*c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;*

*II - tratando-se de Notificação Fiscal.*

*Pelo exposto, constato que na situação presente o autuante expediu diversas intimações por email (fls. 40/48) ao estabelecimento autuado e solicitou a confirmação do recebimento dos emails.*

*Observe que o art. 26 I do RPAF/BA estabelece que, o “Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a*

*assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte”, fato que não ocorreu.*

*Também não ocorreu situação em que se dispensa o Termo de Início de Fiscalização (art. 28, §§4º e 5º), em substituição à transcrição de termos em livros.*

*Pelo exposto, restou comprovado que no início da ação fiscal, o autuante não lavrou o Termo de Início de Fiscalização, não foi comprovado ter afixado cópia no livro RUDFTO e em se tratando de Auto de Infração lavrado no comércio, não se enquadra nas situações previstas na legislação do ICMS em que fica dispensado da lavratura do mencionado Termo.*

*Pelo exposto, restou comprovado que na lavratura do Auto de Infração não foi obedecido o devido processo legal e também não se enquadra nas hipóteses de correções que podem ser feitas de acordo com o art. 18 do RPAF. Por isso, declaro nulo o Auto de Infração.*

*Represento a autoridade fazendária, para que, seja renovado o procedimento fiscal, a salvo de equívocos.*

*Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

O nobre julgador Dr. Fernando Antônio Brito de Araújo pronuncia o seguinte voto discordante.

*Discordo, com a devida vênia, em parte do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua Decisão de julgar nulo o Auto de Infração, por ficar constatado que o autuante expediu diversas intimações por e-mail, em estrita consonância com o artigo 18 do RPAF/99, concluindo que o lançamento de ofício não obedeceu ao devido processo legal e também não se enquadra nas hipóteses de correções que podem ser feitas de acordo com citado art. 18 do RPAF.*

*Inicialmente, da análise dos autos, se observa que, dentre os documentos que fundamentam as acusações fiscais, encontram-se cópias dos livros Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS do próprio contribuinte, consoante fls. 49 a 71 dos autos, o que comprova que o contribuinte tinha conhecimento da ação fiscal desenvolvida em seu estabelecimento comercial e que o autuante teve acesso à documentação do contribuinte, a qual lhe pertencia e por ele foi entregue.*

*Assim sendo, no presente caso, o contribuinte assinou o Auto de Infração, reconheceu e recolheu ou parcelou de forma irretratável os débitos relativos às infrações 02 e 06 (fls. 106/107 e 133), apresentou suas razões de defesa (fls. 111 a 135), inclusive se reportando a cada infração, não arguindo naquele momento qualquer cerceamento ao seu direito de defesa decorrente da forma que foi iniciada a ação fiscal ou procedida a intimação, só vindo a invocar tal arguição, às fls. 632 a 646 dos autos, quando da sua posterior manifestação acerca da informação fiscal.*

*Logo, entendo não ter pertinência ser acolhida pelo órgão julgador a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, uma vez que a intimação é um dos meios de se iniciar a ação fiscal, conforme já visto, vez que o procedimento fiscal se iniciou com a intimação através de e-mail (fl. ), a qual surtiu seus efeitos desejados que são: cientificar ao contribuinte do início da ação fiscal, como também o fornecimento da documentação necessária à consecução da fiscalização, cujos objetivos foram satisfeitos, pois o contribuinte teve perfeito conhecimento do que estava sendo acusado, conforme defesa apresentada ao lançamento de ofício, como também foram fornecidos os livros e documentos fiscais à fiscalização pelo contribuinte ou seu preposto, conforme provas documentais nos autos.*

*Contudo, com relação à quarta infração, a qual se refere à falta de fornecimento de arquivo magnético, exigido mediante intimação específica, inclusive com prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, consoante art. 708-B do RICMS/BA, entendo haver a nulidade acolhida, pois difere do caso anterior, mesmo porque não foi satisfeita pelo contribuinte.*

*Portanto, com exceção da infração 4, incontestável o fato de que o lançamento de ofício contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, visto que o contribuinte teve todas as condições de exercer plenamente o seu direito de defesa e que não ocorreu qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, pois ao apresentar os livros e documentos exigidos na intimação, realizada via e-mail, o próprio sujeito passivo regularizou o procedimento adotado.*

*Vale lembrar que o citado art. 18 do RPAF/99, em seu § 1º, estabelece que:*

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”*

*Do exposto, voto pela NULIDADE apenas da quarta infração, deixando de me pronunciar sobre o mérito das demais infrações em razão da Decisão desta JJF pela nulidade do Auto de Infração.*

Recorre de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

## VOTO

O início da uma ação fiscal marca o momento em que o Estado, por meio de seus agentes, interfere no comportamento tributário do contribuinte, podendo resultar deste ato a apuração de irregularidades e o consequente lançamento do crédito tributário. Por isto é que o ato administrativo da constituição desse crédito é ato vinculado à lei (art. 142, do CTN).

E, para o surgimento deste início é necessário que o contribuinte tenha conhecimento prévio da fiscalização, conhecimento este que se dar através de uma intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, entre outras modalidades (art. 26, do RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99, para ficarmos adstritos à norma legal do Estado da Bahia), intimação esta somente dispensada em casos especiais que a norma tributária indica (art. 29 da citada norma regulamentar). Esta intimação é imprescindível ao estabelecimento e desenvolvimento válido da relação processual. É pela intimação que se estabelece o contraditório, cientificando-se o acusado da imputação que sobre ele possa pesar e propiciar fazer sua defesa, mesmo quando da fiscalização e/ou posteriormente, da maneira mais ampla possível (art. 5º, LV, CF). E mais, ela, de igual forma, é marco inibidor da denúncia espontânea.

Ao analisar as peças processuais, constata-se a existência de diversas Intimações feitas pelo autuante (fls. 40/48). Desta forma, foram cumpridas as determinações do art. 26, II do RPAF/BA já que o início da ação fiscal se dar com a intimação, por escrito, para apresentação de livros e documentos fiscais. Quanto às determinações do art. 28, inclusive ventiladas pela empresa, existe a determinação expressa da dispensa do Termo de Início de Fiscalização como a seguir se observa e quando iniciada a ação fiscal na forma realizada:

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

.....

*II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização (grifo);*

Entretanto, todos estes atos foram realizados através de e-mail com a confirmação eletrônica de recebimento. Assim, a questão dos autos cinge-se com a forma da intimação apresentada pelo autuante para início da ação fiscal.

O Código de Processo Civil – CPC no seu art. 221 determina, entre outras modalidades de intimações:

*Art. 221. A citação far-se-á:*

*IV – por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria.*

Este inciso foi acrescentado ao CPC pela Lei nº 11.419 de 26/12/2006 que dispõe sobre a informatização do processo judicial. E nesta própria Lei nº 11.419, o legislador disciplinou a regulamentação do procedimento das intimações eletrônicas, que se dar de duas formas. Excetuando a intimação mediante *Diário da Justiça eletrônico*, no seu art. 5º determina que "*as intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º. desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico*", e que este procedimento pressupõe adesão das partes mediante realização de cadastro em área específica do portal dos tribunais. E em assim sendo, as intimações assim realizadas dispensam qualquer outra forma de comunicação, seja a realizada por publicação em órgão oficial impresso

ou em Diário da Justiça eletrônico, ou mesmo qualquer forma de intimação pessoal convencional, já que têm a mesma força e valor de uma intimação pessoal (§ 6º do art. 5º).

Com tais alterações introduzidas no CPC, o RPAF/BA (Dec. nº 7.629/99) também alterou as suas determinações, passando a art. 108 a ter a seguinte redação:

*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, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.*

*§ 2º A cientificação da intimação por meio eletrônico ocorrerá quando o contribuinte acessar, mediante uso de senha, o banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda em que conste o despacho ou a Decisão.*

*§ 3º A intimação por meio eletrônico será considerada sem êxito se no prazo de cinco dias após o envio de aviso eletrônico o sujeito passivo não acessar o banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda.*

Portanto, surgiu no ordenamento jurídico deste Estado a intimação por meio eletrônico, porém com a restrição que o contribuinte deve acessar, *mediante uso de senha, o banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda em que conste o despacho ou a Decisão*. E, pergunto, qual o motivo do legislador em restringir a forma do uso de meio eletrônico para uma intimação se ele mesmo admite no art. 1º, § 2º da Lei nº 11.419/06 que considera que meio eletrônico é “qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais” e que a transmissão eletrônica é “toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores”? A resposta que socorre tal indagação tem a ver com a confiabilidade dos sistemas eletrônicos. No específico caso de envio de um e-mail (questão ora aventada) fica a dúvida quanto ao efetivo recebimento da mensagem pelo destinatário. Não se pode ter certeza de que uma mensagem de *e-mail* não foi interceptada ou perdida por falha do servidor ou mesmo indevidamente bloqueada por algum sistema de filtro de *spam*. Mesmo com a utilização do mecanismo que permite aviso automático de recebimento de mensagens, este mecanismo não é completamente seguro. Neste momento observo que, embora alguns tribunais pátrios se utilizem desta forma de intimação dos seus atos processuais, eles funcionam através do envio de mensagens eletrônicas (*e-mails*) aos endereços eletrônicos de partes e advogados previamente cadastrados no *site* oficial.

No caso dos autos, o fiscal autuante através do seu e-mail pessoal da Secretaria da Fazenda enviou diversas intimações e Termo de Início de Fiscalização por mensagens eletrônicas ao e-mail do que nos parece ser o setor fiscal da empresa autuada (**fiscal@elementais.com.br**), o qual acusou os seus recebimentos através de aviso automático de recebimento de mensagens.

Em assim sendo, em princípio, somente poderia concordar com a JJF quando decidiu que na lavratura do Auto de Infração não foi obedecido o devido processo legal por ausência legal de intimação do início da ação fiscal, porém com a fundamentação acima apresentada (a intimação eletrônica tem validade *quando o contribuinte acessar, mediante uso de senha, o banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda em que conste o despacho ou a Decisão*).e não como argumentado pelo nobre relator de 1º Grau.

Entretanto, o caso merece maior reflexão.

Embora esteja provado que o autuante não tenha obedecido às formalidades legais como acima indicado, o contribuinte foi cientificado do início do procedimento fiscal, já que disponibilizou toda a documentação requerida através das intimações eletrônicas emitidas, conforme se denota pelas cópias do RAICMS e Livro Registro de Saídas apensadas aos autos pela fiscalização (fls. 49/70) cuja guarda a ele pertence. Afora que:

1. ao tomar ciência do Auto de Infração, defendeu-se de forma ampla e criteriosa;
2. em 06/08/2009 reconhece de forma irretratável o cometimento da infração 2 (fls. 106/109), ratifica este reconhecimento em sua defesa (fl. 120) e recolhe o tributo exigido;

3. de igual forma reconhece o cometimento da exigência relativa à infração 06 recolhendo o débito (fl. 133);
4. reconhece ser devida parte do débito da infração 3, embora solicite compensação (fl. 121);
5. na sua primeira manifestação nada contesta sobre a matéria ora em discussão, somente o fazendo quando atravessa contestação à informação fiscal (fls. 477/485 e 632/646).

Em assim sendo, somente posso me alinhar ao entendimento externado pelo nobre julgador do voto discordante quando afirma que a intimação na forma em que foi posta surtiu seus efeitos desejados e legais, ou seja, cientificou o contribuinte do início da ação fiscal, já que a empresa disponibilizou ao fisco a documentação necessária à consecução da fiscalização, cumprindo a sua finalidade. E tomo como base legal para tal entendimento o comando do § 2º, do art. 18, do RPAF/BA que assim se expressa: *Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.*

Por tudo exposto é equivocada a fundamentação da Decisão proferida pela 1ª Instância quando decidiu pela nulidade do Auto de Infração. Nos termos do disposto no art. 18, inc. III, do RPAF/99, deve o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão, a salvo de falhas, não podendo, por este motivo e neste momento, ser analisado o argumento de nulidade apresentado pelo julgador do voto discordante em relação à infração 4 do presente Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 206981.0010/09-5, lavrado contra **RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ELEMENTAIS)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para nova decisão, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS