

PROCESSO - A. I. N° 108580.0063/13-3  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. - EPP  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0187-05/14  
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA  
INTERNET - 29/12/2014

**1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0407-11/14**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS JURÍDICOS QUE AUTORIZAM TAL PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o procedimento administrativo praticado com preterição ou em desacordo com preceito legal. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 5<sup>a</sup> JJF, constante no Acórdão n° 0187-05/14, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2013, imputa ao Sujeito Passivo o cometimento da falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil.

Consta na descrição dos fatos que:

*Contribuinte não apresentou os Documentos Fiscais e Contábeis solicitados, após inúmeras intimações, não nos restando nenhuma outra alternativa a não ser autuar usando o método do Arbitramento. Inúmeras vezes intimamos o contribuinte e não fomos atendidos, como também outras fiscalizações anteriores também não foram atendidas, não restando outra possibilidade a não ser usar o método do Arbitramento nos dois exercícios fiscalizados o de 2008 e 2009.*

*Chamo ainda atenção para o fato do contribuinte nos exercícios de 2009 a 2013 ter valor adicionado negativo, ou seja, nestes 5 exercícios ele compra muito mais do que vende. Como também não entrega os arquivos magnéticos.*

*O Contribuinte ainda informa a DMA sem os valores do Estoques tanto o inicial quanto o Final. Informo ainda que ele não fez a entrega dos arquivos magnéticos dos exercícios de 2009 a 2013.*

*Utilizamos os dados constantes na DMA, apresentado ao fisco estadual, pelo contribuinte, nos exercícios fiscalizados, 2008 a 2009 e o MVA de 40% como estabelece o artigo 938, I, C, do RICMS/Bahia.”*

Em sua defesa, fls. 60/81, o Autuado, dentre outros argumentos, suscita nulidade no procedimento fiscal, no momento da intimação da empresa objeto da fiscalização.

Ressalta que o procedimento de Intimação para o pagamento do débito apurado no Auto de Infração foi feito pessoalmente, no próprio endereço da empresa, entretanto, o procedimento de Intimação para a Apresentação de Documentos não foram realizados, ou foram de forma desconhecida pela empresa, haja vista não ter sido com a intimação pessoal, maculando assim o princípio da ampla defesa e contraditório a ela inerentes.

Observa que no rol de documentos fornecidos à empresa, não estão presentes os termos de intimação que o fiscal faz referência, ao alegar que o “contribuinte não apresentou os Documentos Fiscais e Contábeis solicitados, após inúmeras intimações, não nos restando nenhuma outra alternativa a não ser Autuar usando o método do Arbitramento”.

Ao prestar informação fiscal, fls. 164/166, o autuante diz que no tempo da Internet, com os meios eletrônicos atuais, pode-se fazer a Intimação via e-mail e não mais necessariamente pessoalmente, tendo a empresa inúmeras vezes intimada e fez pouco caso das intimações, conforme e-mails em anexo.

Chama atenção que um dos e-mails, o Sr. Bruno Menezes, preposto da contabilidade, acusa o recebimento da mesma, sendo que o Sr. Bruno Menezes, trabalha até a presente data, na contabilidade que presta serviços o autuado, HB Contabilidade, empresa do Sr. Helmo Bastos Santos, sócio do autuado com cadastro irregular no Estado.

Ressalta que o autuado confessa ter recebido as intimações por parte do Sr. Helmo.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 5ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 185/191):

*Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS com apuração da base de cálculo do imposto através de arbitramento em virtude da falta de apresentação da documentação fiscal e contábil.*

*As intimações juntadas ao processo estão arroladas nas seguintes páginas do processo: 04/10/2013 (fl. 06); 10/10/13 (fl. 07); 18/10/2013 (fl. 09); 04/11/2013 (fl. 11).*

*Às fl. 13 a 17 foram juntados os textos dos "e-mail's" encaminhados para o endereço dpfiscal@hbcontabilidade.com.br, datados de 06 e 26 de novembro de 2013.*

*No e-mail apensado à fl. 17, datado de 06 de novembro de 2013 consta a confirmação de recebimento da mensagem firmada pelo sr. Bruno Menezes (DP Fiscal HB [dpfiscal@hbcontabilidade.com.br]).*

*O Auto de Infração, por sua vez, foi lavrado em 16/12/2013.*

*O contador da empresa, desde a sua inscrição no Estado, segundo registro dos dados cadastrais existente na SEFAZ-Ba, no INC, é o sr. Francisco Sandro Tavares da Silva, CRC 23351 - CE/O.*

*Nos termos do art. 3º, do RPAF/99, aprovado pelo Dec. 7.629/99, as intervenções do sujeito passivo no processo serão feitas:*

*I - por procurador (não há procuração nos autos);*

*II - por preposto, assim entendido a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício (quem respondeu o e-mail foi um preposto do escritório da contabilidade HB).*

*Ou seja, quem respondeu o "e-mail" foi um preposto, porém do escritório de contabilidade HB. Só por essa circunstância teríamos uma irregularidade grave do ato de intimação, posto que a manifestação foi efetuada por pessoa não integrante dos quadros da empresa autuado ou de escritório/contador que consta do cadastro do ICMS como habilitado a proceder à escrituração fiscal-contábil do contribuinte.*

*Não fosse esse aspecto há um outro ainda mais grave. O art. 108, do RPAF trata das formas de intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de ato, fato ou exigência fiscal. O referido dispositivo determina que a intimação deverá ser feita pessoalmente, por via postal ou por meio eletrônico, independente da ordem.*

*No § 2º, a norma dispõe que a intimação por meio eletrônico ocorrerá, e isso é importante destacar, quando o contribuinte acessar, mediante uso de senha, banco de informações do sistema informatizado da Secretaria Fazenda em que conste o despacho ou a Decisão. Disciplina ainda o § 3º que a intimação por meio eletrônico será considerada sem êxito se no prazo de cinco dias após o envio aviso eletrônico o sujeito passivo não acessar o banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda.*

*Depreende-se de imediato que se não houver acesso ao banco de informações, mediante senha, a intimação deverá ser renovada pelos chamados meios convencionais - pessoalmente ou pela via postal*

*No caso concreto o instrumento utilizado para a realização da intimação foi o envio de "e-mails" do autuante para um determinado escritório de contabilidade, que não se encontra cadastrado CAD-ICMS da SEFAZ como o efetivo prestador dos serviços contábeis, conforme dados existentes no INC.*

*Além desse aspecto, duas questões se apresentam: 1º) e-mail não constituiu banco de dados ou de informações da SEFAZ e; 2º) o acesso à informação contida em - email ou correio eletrônico, para o contribuinte ou preposto, não é mediada por senha fornecida pelo órgão público, ou seja, repito, e-mail não é banco de dados ou de informações,*

*Logo, e-mail, nos termos do RPAF/99 não pode ser considerado forma de intimação por meio eletrônico para todos efeitos fiscais, em especial, para caracterizar que o sujeito passivo se manteve inerte, deixando de entregar ao fisco a documentação necessária a deflagrar ou dar início aos trabalhos de auditoria fiscal.*

*No caso presente deveria o autuante usar dos meios de intimação convencionais previstos no art. 108 (intimação pessoal ou correios), como o fez em relação à ciência ao A.I, que foi remetido pela via postal.*

*Somente se o contribuinte espontaneamente tivesse cumprindo a intimação por e-mail, com a entrega dos documentos, esta forma poderia ser validada, pois, em função do princípio da instrumentalidade do processo, se um determinado ato é praticado em desconformidade com a lei, mas atinge o seu objetivo, não há que se falar em nulidade.*

*Portanto, pelas razões acima expostas, não há como se dar efeitos válidos as intimações efetuadas pelo autuante, que serviram de base para a caracterização do embargo à ação fiscal e consequente apuração da base de cálculo do ICMS por arbitramento.*

*Nosso voto é pela nulidade do A.I, com fulcro nas disposições do art. 18, inc. II, posto que os atos praticados pelo autuante incorreram em preterição ao direito de defesa e não atenderam à forma estabelecida em lei.*

*Todavia, afasto a nulidade arguida quanto a renovação da ação fiscal. Enquanto não esgotado o prazo decadencial, pode o fisco, salvo homologação expressa, renovar a ação fiscal junto ao contribuinte, quantas vezes for necessário, considerando, especialmente, os princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do crédito tributário.*

*Em face da nulidade ficam prejudicados os demais arguições articuladas pela defesa na inicial.*

*Ressalto, ainda, que a fundamentação acima nada tem haver ou não é contaminada pelo histórico fiscal da empresa. O fato da empresa já ter sido autuada não lhe retira o direito e a garantia de que seja cumprido o devido processo legal, em especial, quando se tratar de atos de desenboque na exigência de imposto por arbitramento, especialmente, considerando que o contribuinte possui estabelecimento fixo e em pleno funcionamento em nosso Estado, local para onde foi remetido o Auto de Infração.*

*Voto, portanto, pela NULIDADE do presente Auto de Infração.*

*Deverá todavia, ser analisada pela repartição fiscal de origem do PAF a possibilidade de renovação da ação fiscal com a correção das falhas apontadas.*

De ofício, a 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

## VOTO

Na análise do quanto trazido aos autos, entendo não merecer qualquer reforma o Julgado de Primeira Instância, que mantengo por seus próprios fundamentos.

O Auto de Infração em análise imputa ao contribuinte o cometimento da falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil.

De fato, o arbitramento da base de cálculo poderia ser aplicado com base na falta de apresentação dos documentos fiscais necessários para se proceder a fiscalização, de acordo com o previsto no art. 937, inciso I, do RICMS/97.

Tal método é um método extremo e, devido a sua excepcionalidade, somente pode ser utilizado quando não houver nenhuma possibilidade de apurar-se o montante do débito através de outros roteiros de fiscalização, ou seja, apenas em última hipótese é que o arbitramento da base de cálculo poderia ser utilizado.

Assim, a medida indispensável para que se arbitre a base de cálculo, sob a acusação de que o contribuinte não apresentou documentos fiscais é que ele seja intimado validamente.

As intimações anexadas às fls. 05/12 dos autos, não consta qualquer recebimento por parte do Sujeito Passivo.

Tais intimações foram enviadas por e-mail para o endereço dfiscal@hbcontabilidade.com.br, fls. 13/17, com a recebimento confirmado pelo Sr. Bruno Menezes à fl. 17.

Primeiramente cumpre esclarecer que intimação por e-mail foge das três possibilidades descritas do art. 108 do RPAF/99, abaixo transcrito:

*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.*

O meio eletrônico encontra-se disciplinado no §2º do referido artigo, e 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.

Já o §3º estabelece que 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.

Assim, percebe-se que o meio eletrônico não foi utilizado corretamente, pois não houve acesso ao banco de informações, mediante senha.

Além desse aspecto, que no meu sentir já é causa de nulidade, a pessoa que respondeu o e-mail, foi um preposto do escritório HB Contabilidade.

Apesar do extrato do INC à fl. 55, constar como responsável pela empresa o Sr. Helmo Bastos Santos, que também figura como contador da empresa, o envio de e-mail para um funcionário do escritório de contabilidade não possui nenhum amparo legal.

Nos termos do art. 3º, do RPAF/99 as petições do sujeito passivo e suas intervenções no processo serão feitas:

*I - pessoalmente, através do titular, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente, na forma como forem designados em declaração de firma individual, contrato social, estatuto ou ata de constituição da sociedade, conforme o caso;*

*II - por procurador;*

*III - por preposto, assim entendido a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício;*

Neste contexto, ainda que se entenda o envio de e-mail como forma válida de intimação, não foi endereçado para pessoa com poderes para intervir no processo, não tendo, portanto, produzido qualquer efeito.

Ante ao exposto, averiguo que resta caracterizada a nulidade do Auto de Infração em tela, haja vista que, a sua lavratura não foi em consonância com os requisitos previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Merce transcrição parte do voto da JJF no tocante ao argumento que a empresa teria um histórico de evadir-se da fiscalização:

*Ressalto, ainda, que a fundamentação acima nada tem haver ou não é contaminada pelo histórico fiscal da empresa. O fato da empresa já ter sido autuada não lhe retira o direito e a garantia de que seja cumprido o devido processo legal, em especial, quando se tratar de atos de desenboque na exigência de imposto por arbitramento, especialmente, considerando que o contribuinte possui estabelecimento fixo e em pleno funcionamento em nosso Estado, local para onde foi remetido o Auto de Infração.*

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício proveniente da 5ª JJF, mantendo inalterada a Decisão recorrida. Em atenção ao quanto disposto no art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 108580.0063/13-3, lavrado contra GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. – EPP. Recomenda-se a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. PGE/PROFIS