

A. I. Nº - 279102.3004/16-8
AUTUADO - ALCANCE ATACADO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI
AUTUANTE - PÉRICLES ROCHA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/10/2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0180-04/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA DE TERMO DE INTIMAÇÃO PESSOAL OU POR VIA POSTAL. INVALIDADE, NESTE CASO, DA INTIMAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA FORMAL AO SUJEITO PASSIVO. A intimação por edital só se legitima após esgotados os demais meios legalmente previstos, *ex vi* Art. 108 do RPAF/BA. Autuante reconheceu ter efetuada apenas a intimação editalícia. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em destaque foi lavrado em 27/12/2016, indicando os exercícios de 2014 e 2015 como fiscalizados, e objetivou reclamar crédito tributário no total de R\$211.320,10 em face das seguintes acusações:

1 – Deixou de recolher ICMS no valor de R\$1.184,05 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Deu saída sem destaque do imposto, de mercadoria que deveria ser tributada normalmente. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.

2 – Recolheu a menor o ICMS no total de R\$79.029,32 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.

3 – Multa percentual no total de R\$107.646,73 incidente sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.

4 - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Em vários meses dos exercícios fiscalizados, comercializou milhões de reais em mercadorias, porém entregou EFD's zeradas, ou seja, omitindo todos os valores e dados das notas fiscais de entradas e saídas. Ademais, também não escriturou a apuração do imposto nos respectivos períodos. Desse modo, afrontou a legislação tributária, especialmente o Convênio ICMS 143/06, o Ato COTEPE/ICMS 09/08, o Ajuste SINIEF 02/09 e o caput do art. 247 do RICMS. Multa no total de R\$23.460,00 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seu patrono, ingressou com Impugnação, fls. 18 a 31, onde, após considerações iniciais, passou a arguir a nulidade do Auto de Infração ante a ausência de Termo de Início de Fiscalização (Art. 196 do CTN), de intimação por escrito ao contribuinte ou responsável (Art. 26, III do RPAF/BA), a qual deverá ser expedida em obediência as regras previstas pelo Art. 108 do RPAF/BA, destacando que para o início da fiscalização a indispensável intimação deverá ser realizada pessoalmente, por via postal (AR) ou por meio eletrônico via DT-E.

Pontua que caso a intimação por via postal seja infrutífera poderá o Fisco realizar a intimação por edital publicado no Diário Oficial do Estado (§ 1º, art. 108 do RPAF).

Cita que, na presente situação, apesar da empresa funcionar regularmente no endereço cadastrado na SEFAZ e ter ativo seu cadastro na DT-E, conforme Edital nº 057/2016, DOE do dia 15/12/2016, optou a Fazenda Estadual por lhe intimar via edital, sem ter tentado anteriormente sequer a intimação por via postal.

Em razão desse fato, pugna pela nulidade do lançamento e cita em sustentação ao seu argumento decisões deste órgão julgador, quais sejam, Acórdão CJF nº 019-11/13 e 0172-12/16, destacando como agravante o fato de funcionar regularmente no endereço cadastrado na SEFAZ e ter seu DT-E ativo, inclusive com recebimento regular de comunicações.

Pontuou, ainda, que o edital foi publicado em 15/12/2016 e o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2016, situação esta que causa surpresa considerando a existência de um fim de semana nesse intervalo além das festividades natalinas.

Ao adentrar no mérito da autuação, cita inicialmente que toda fiscalização foi realizada sem a entrega da documentação por sua parte, apenas com base em presunções ou cruzamentos de informações que não refletem a realidade.

Quanto a infração 01, diz que refere-se exclusivamente a comercialização de café, apesar de reconhecer equívoco na determinação do valor do tributo incidente, vez que saíram como isentas, diz que também se equivocou ao não apurar os créditos do ICMS sobre o estoque existente à época em que passou a ser tributado, situação esta, que ao seu argumento, lhe assegura um crédito em valor superior ao autuado.

Em relação a infração 02, pondera que a acusação trata de recolhimento a menos do imposto em face de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo nas operações de saídas envolvendo os produtos papel higiênico, leite em pó, charque, margarina e vinagre.

Após uma série de incursões na legislação tributária aplicável a cada produto citado concluiu que por estar sujeito a apuração do imposto pelo regime normal, é indevida a infração tendo em vista que caso o autuante entendesse exigir o imposto deveria recompor a conta corrente fiscal e, só na hipótese de apresentar saldo devedor é que deveria exigir o imposto.

Naquilo que diz respeito a infração 03, onde foi aplicada multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser pago a título de antecipação parcial, diz que tem até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria em seu estabelecimento para efetuar o pagamento do imposto, não cabendo ao Fisco presumir que o contribuinte recebeu seus produtos exatamente na data da emissão da nota fiscal. Aponta notas fiscais que considera equivocada a data de entrada indicada pelo autuante e requer a improcedência da infração.

Por fim, quanto a infração 04, destaca que o autuante reconhece que a documentação não foi apresentada, inclusive os SPEDs Fiscais. Com isso indagou: Como apurou os valores reclamados na infração 3?

Conclui requerendo que seja declarado nulo o lançamento ou, no mérito, o reconhecimento de sua improcedência.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fl. 702, nos seguintes termos:

“É fato que a única Intimação feita ao contribuinte foi a editalícia, sem antes se ter tentado a via postal. Assim, diante da literalidade dos termos do § 1º do art. 108 do RPAF, seria infrutífero tentar remediar os danos causados à ação fiscal. Desse modo, este autuante concorda com a preliminar da defesa e pede a NULIDADE do Auto de Infração em exame”.

VOTO

Assiste total razão ao autuado em relação ao seu pleito de nulidade do Auto de Infração em face do lançamento ter sido precedido, apenas, por meio de edital, afrontando às regras estabelecidas pelo Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia - RPAF/BA. Este

fato foi reconhecido pelo próprio autuante que, de forma taxativa, concordou com o argumento defensivo e propôs a nulidade do Auto de Infração.

A este respeito o RPAF/BA, por intermédio do referido Art. 108, disciplina a forma que deve ser efetuada a intimação ao sujeito passivo, conforme se depreende a seguir:

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.*

§ 1º *A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.*

§ 2º *A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.*

§ 3º *A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:*

I - *no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;*

II - *no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;*

III - *no dia útil seguinte após o prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.*

§ 4º *O prazo indicado no inciso III do § 3º:*

I - *será contínuo, excluindo-se, na sua contagem, o dia do envio da comunicação e incluindo-se o do vencimento;*

II - *fluirá a partir do primeiro dia útil após o envio da comunicação.*

Art. 109. *Considera-se efetivada a intimação:*

I - *quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;*

II - *quando por remessa via postal:*

a) *tratando-se de correspondência com “Aviso de Recebimento” (AR), na data de entrega consignada no AR;*

b) *tratando-se de correspondência registrada, 10 (dez) dias após a data da expedição da correspondência.*

III - *se efetuada por edital, 3 (três) dias após a sua publicação.*

Como visto, os dispositivos regulamentares acima transcritos disciplinam a forma em que deverá ser cientificado o sujeito passivo acerca dos procedimentos a serem seguidos antes de iniciado o procedimento fiscal, o qual para se materialize, deverá ser observada a regra encartada pelo Art. 26 do referido RPAF:

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;*

Aliado as questões acima delineadas, como agravante, tem-se que o autuado se trata de contribuinte regularmente inscrito no cadastro da SEFAZ e possui Domicílio Tributário Eletrônico - DT-E ativo, onde recebe, regularmente comunicações efetuadas pela SEFAZ, conforme se verifica através dos documentos juntados aos autos.

Desta maneira, apesar do autuado auferir todos os meios para que fosse regularmente intimado, o autuante optou pela intimação editalícia, o que equivale reconhecer que o meio empregado pelo autuante dificulta o exercício do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, daí porque sua aplicação só se legitima quando, comprovadamente, estiverem esgotados todos os esforços para notificação ao sujeito passivo através dos outros meios regulares, acima citados.

E este tem sido o entendimento constante da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LANÇAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE POR EDITAL. EXCEPCIONALIDADE. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ.

1 . É entendimento pacífico do STJ ser imprescindível a notificação pessoal e por escrito do contribuinte a respeito do lançamento do crédito tributário, sendo a notificação editalícia permitida apenas nos casos em que for comprovado estar o sujeito passivo em local incerto e não sabido. Precedentes: AgRg no AREsp 42.218/MS, Rel.Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Dje 03/05/2013; AgRG no REsp 1.123.144/MG, Rel. Ministro Arnaldo esteves Lima, Primeira Turma, DJe 14/10/2011; AgRg no REsp 1.233.778/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/08/2011 e REsp 1.199.572/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJE 22/09/2010.

2 . Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 524.888/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe. 02/09/2014).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU. AUSÊNCIA DE ENVIO DO CARNÊ DE PAGAMENTO POR CORREIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO PELA VIA EDITALÍCIA DE CONTRIBUINTE COM ENDEREÇO CERTO E CONHECIDO. ELEGITIMIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS DESPROVIDO;

(...)

2. O acórdão recorrido reflete, com fidelidade, a jurisprudência desta Corte quanto à ilegitimidade da notificação preferencial do lançamento pela via editalícia quando o Contribuinte tem endereço certo e conhecido, a teor do disposto no art. 145 do CTN. Precedentes: AgRg no AREsp. 648.378/MG; Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 25.3.2015; AgRg no REsp 1.400.641/MG, Rel Min. OG FERNANDES, DJe 6.10.2014; AgRg no AREsp. 524.888/MG, Rel. Min SÉRGIO KUKINA, DJe 2.9.2014.

3.Agravo regimental do Município de Porto Alegre/RS desprovido.

(AgRg no AREsp 8.326/RS, Tel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. TAXAS DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E DE FISCALIZAÇÃO SANITÁRIA. NOTIFICAÇÃO PESSOAL E POR ESCRITO. NECESSIDADE. ART. 145 DO CTN.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior pacificou o entendimento de que, nos termos do art. 145 do CTN, o contribuinte deve ser notificado pessoalmente e por escrito do lançamento do crédito tributário, somente sendo permitida a notificação por edital quando o devedor se encontrar em lugar incerto e não sabido. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1400641/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014).

Em conclusão, e tendo em vista os fatos acima delineados, é de se concluir que a intimação por edital, em consonância com o previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, só se legitima após exauridos os demais meios legalmente previstos, voto pela Nulidade do presente Auto de Infração, restituindo, inclusive, a espontaneidade ao contribuinte em relação aos períodos fiscalizados.

Recomenda-se, contudo, que seja examinada a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **279102.3004/16-8** lavrado contra **ALCANCE ATACADO E DISTRIBUIÇÃO. DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELL**, com a recomendação de que seja examinada a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de Setembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA