

PROCESSO - A. I. Nº 120018.0116/16-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JFF nº 0189-01/17
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0117-11/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. O próprio RPAF já admite que considera-se iniciado o procedimento com a emissão de Auto de Infração, conforme o inciso V, não havendo qualquer imposição ao termo de início ou intimação como condição formal para se validar a ação fiscal. Na própria ação fiscal de trânsito, inexistem quaisquer procedimentos preparatórios como intimação ou termo de início, pelas características deste tipo de ação fiscal, e hoje tal situação também se aplica à auditoria de estabelecimentos. Retorna-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O processo foi encaminhado para esta Câmara pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual formalizou Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, face a Decisão exarada no Acórdão JFF Nº 0189-01/17, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$1.391.326,93, em decorrência do recolhimento a menos do ICMS, em razão da ausência de recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, ocorrido em abril/2015 e de junho a dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, às fls. 16 a 38, apresentou impugnação. Por sua vez, a autuante, na informação fiscal de praxe (fls. 52/54), posicionou-se no sentido da manutenção da autuação.

Consubstanciado no Acórdão JFF Nº 0189-01/17, o Auto de Infração foi julgado Nulo pela 1ª JFF, com decisão de teor adiante transcrito:

“O autuado alega cerceamento de defesa em razão de não ter sido oportunizada a possibilidade de argumentação visando contestar a atuação da autoridade fiscalizadora, pois somente tomou conhecimento deste procedimento fiscalizatório quando da lavratura do Auto de Infração.

A autuante disse que intimou o autuado por correio eletrônico e enviou cópia de documentos que estariam sendo fiscalizados para serem analisados por ele. Apresentou cópia da mensagem destinada ao endereço eletrônico “fiscal@paivaeassociados.com.br”, onde supostamente estaria a intimação fiscal, pois aparece a informação de anexo com o título de “Intimação Fiscal TR...” (fl. 56). Apresentou, também, cópia de mensagem enviada, também por correio eletrônico, com o levantamento de notas fiscais de entradas não lançadas no arquivo eletrônico de dados para que fosse feita a conferência e a comprovação dos lançamentos (fl. 58).

Não consta no rol de mensagens enviadas para o autuado, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), durante os meses de janeiro a março de 2016, qualquer intimação fiscal ou comunicação de início de ação fiscal

relativa ao procedimento fiscal que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração, conforme documento às fls. 64 a 65.

De acordo com o art. 108 do RPAF, 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.

Acrescenta, ainda, o § 2º do referido dispositivo regulamentar, que 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.

A autuante não adotou qualquer das alternativas existentes no RPAF para intimação do sujeito passivo acerca do início da ação fiscal ou da intimação para apresentação de livros e documentos, termos necessários para instrução da ação fiscalizatória, conforme inciso II do art. 28 do RPAF.

O uso de outros meios para intimação do autuado não pode ser considerado válido para os efeitos legais e a ausência de comprovação da intimação nos termos do art. 108 do RPAF antes da lavratura do Auto de Infração consiste em violação aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

Desse modo, considerando que os atos foram praticados com preterição do direito de defesa, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF.”

Em decorrência do julgamento de piso, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO VENCIDO

Consoante minuciosamente relatado, visa o Recurso de Ofício epigrafo analisar a Decisão da 1ª JJF referente ao Auto de Infração supra identificado, a qual julgou Nula a autuação lavrada para cobrar o recolhimento do ICMS em decorrência da constatação de recolhimento a menos em razão da ausência de recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Examinada a procedimentalidade, verifica-se que o decisório recorrido se apresenta incensurável, nesse passo, desmerecendo qualquer tipo de reforma, porquanto os argumentos sustentados pelo sujeito passivo, e acolhidos pela JJF, se encontram alicerçados em elementos probantes incontestes, presentes nos autos.

Assim é que o sujeito passivo sustentou cerceamento de defesa por não ter sido disponibilizada a possibilidade de argumentação, visando contestar o procedimento fiscalizatório quando da lavratura do Auto de Infração.

Nesse contexto, acertadamente, a 1ª JJF considerou que apesar da autuante ter apresentado cópia de mensagem destinada ao endereço eletrônico fiscal@paivaeassociados.com.br onde supostamente estaria a intimação fiscal, não consta do rol de mensagens enviadas para o contribuinte, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico, durante os meses de janeiro a março de 2016, período que abrangeu a ação fiscalizatória, qualquer intimação fiscal ou comunicação de início de ação fiscal que ocasionou a lavratura do Auto de Infração em comento.

Destacou, também, a 1ª JJF que, de acordo com art. 108 do RPAF, a intimação do contribuinte para fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deve ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independente da ordem, porém, o §2º do referido dispositivo do Regulamento estabelece que a comunicação por meio eletrônico somente pode ser efetivada para contribuintes credenciados pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico –DT-e no endereço www.sefaz.ba.gov.br.

Destarte, evitando delongas desnecessárias, por ser a matéria eminentemente fática e apresentando-se fidedignas as ponderações defensivas, mediante a verificação dos documentos

constantes no PAF, acompanho a Decisão da JJF, considerando indevido o lançamento atinente ao Auto de Infração sob análise, mantendo a nulidade da ação fiscal.

Em suma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício formalizado pela 1ª JJF, mantendo incólume a Decisão recorrida, por se encontrar em consonância com a Lei, o Direito e a Justiça.

VOTO VENCEDOR

Devo discordar quanto à razão da nulidade aceita pelo I. Julgador *a quo*, e também do eminente Conselheiro Relator desta Câmara, ainda que sabidamente em épocas passadas este Conselho tenha se acolhido a nulidade processual por razão idêntica.

Não existe no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal disposição expressa de nulidade por falta de intimação. Vejamos o que diz o parágrafo 1º do Art. 18:

§ 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, ornecendo-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.

Por outro lado, vejamos o que diz o art. 26 do mesmo Regulamento:

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.

O próprio RPAF já admite que considera-se iniciado o procedimento com a emissão de Auto de Infração, conforme o inciso V, não havendo qualquer imposição ao termo de início ou intimação como condição formal para se validar a ação fiscal. Isto porque, na própria ação fiscal de trânsito, inexistem quaisquer procedimentos preparatórios como intimação ou termo de início, e desde sempre foi assim, pelas características deste tipo de ação fiscal, e hoje tal situação também se aplica à auditoria de estabelecimentos, conforme veremos adiante.

A intimação fiscal na auditoria de estabelecimento, hoje é uma exigência meramente formal, já que em tempos remotos era condição *sine qua non* para se fiscalizar, visto que o Fisco dependia integralmente da apresentação dos livros fiscais pelo contribuinte. Era comum, inclusive, sucessivas intimações com multas progressivas pela não apresentação dos livros e documentos fiscais nos termos do art. 42, inc. XX da Lei nº 7.014/96.

Contudo, com o advento das novas tecnologias e tendo o Fisco à disposição em sistema eletrônico, toda a movimentação do contribuinte, deixou de ser imprescindível a intimação fiscal. Há de se perguntar se tal formalidade representa nulidade do processo em caso de não ser cumprida.

Entendo que a intimação serve como marco que impede a espontaneidade para recolhimento de impostos pelo contribuinte, que se o fizer durante o procedimento, ainda assim, o auto permanecerá válido, e produzirá efeitos quanto às multas remanescentes. Ou seja, a intimação interessa mais ao autuante do que ao autuado, que pode se valer da ausência de intimação para efetuar recolhimentos espontâneos sem riscos de ter que pagar multas em caso de lançamento de

ofício por Auto de Infração. Em suma, não ser intimado, em vez de se caracterizar prejuízos, em verdade pode trazer benefícios ao contribuinte.

Vejamos em resumo, a fundamentação do julgamento recorrido:

De acordo com o art. 108 do RPAF, 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 uso de outros meios para intimação do autuado não pode ser considerado válido para os efeitos legais e a ausência de comprovação da intimação nos termos do art. 108 do RPAF antes da lavratura do Auto de Infração consiste em violação aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

Desse modo, considerando que os atos foram praticados com preterição do direito de defesa, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF.”

Ora, o disposto no art. 108 do RPAF, se aplica para a intimação para o autuado se defender do lançamento de ofício, de forma a lhe proporcionar a mais ampla defesa, só sendo possível inclusive a intimação ficta por edital, desde que esgotados os outros meios:

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

Importa ressaltar que este Conselho de Fazenda já anulou Autos de Infração lavrados contra contribuintes do SIMPLES NACIONAL, que foram desenhquadrados deste regime tributário e enquadrados no regime normal, mediante publicação em edital, sem a comprovação de intimação pessoal, nos termos do art. 108, por notório cerceamento de defesa, já que a intimação ficta é o último recurso a ser utilizado, quando não se localiza o contribuinte. Tal dispositivo, do art. 108, não se aplica ao início do procedimento fiscal, pois este se reporta aos preceitos do art. 26 já comentado, sendo possível iniciar o procedimento pela emissão do Auto de Infração.

Finaliza o voto recorrido - *Desse modo, considerando que os atos foram praticados com preterição do direito de defesa, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF.”*

Ora, não há que se falar em cerceamento de defesa pela ausência de intimação para fiscalização. Nenhum contribuinte se defende durante o procedimento, mas apenas depois do lançamento, com a devida intimação. O contribuinte não pode se defender durante o procedimento, sem nem saber do que está sendo acusado.

O Recorrente depois de autuado, se defendeu apresentando as alegações que entendeu pertinentes, mas que não foram apreciadas por conta da nulidade aplicada. Sendo julgado o mérito, o Recorrente terá ainda a segunda instância deste Conselho para se defender, e ainda o exercício do controle de legalidade junto à PGE/PROFIS. Assim, há de se perguntar, onde está a preterição do direito de defesa alegada ao final do voto recorrido, se o contribuinte teve a mais ampla defesa após o procedimento?

A jurisprudência dos tribunais pátrios também é farta quanto a esta questão. Trago abaixo, ementa de julgamento de ação anulatória de processo administrativo negado pelo TJ-PR, por ofensa ao contraditório, em que o Tribunal entendeu pela prevalência do princípio do informalismo nos processos administrativos, combinado com a ausência de demonstração de prejuízo e também, de julgamento do STJ em que se negou a anulação do processo por falta de uma intimação da parte.

TJ-PR - 8859283 PR 885928-3 (Acórdão) (TJ-PR) Data de publicação: 19/06/2012 Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÕES EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA MOTIVADA. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

PRINCÍPIO DO INFORMALISMO QUE REGE OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.. RECURSO DESPROVIDO. *O processo administrativo goza do princípio do informalismo, o qual dispensa procedimento rígido ou rito específico. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, em observância ao princípio pas de nullité sans grief, hipótese não demonstrada na exordial.*

RECURSO ESPECIAL Nº 761.057 - SP (2005/0102479-6) RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. **PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE.** Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. No caso, o acórdão recorrido emitiu juízo acerca das questões que eram necessárias ao deslinde da controvérsia, de modo que a alegação de omissão do acórdão recorrido reflete mero inconformismo com os termos da decisão. Não há, por essa razão, qualquer vício no acórdão recorrido que determine a sua nulidade. Não acarreta nulidade do processo administrativo fiscal a não intimação da parte, pois não houve prejuízo à recorrida. **Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo.**

TRF-4 - APELAÇÃO CÍVEL AC 694 SC 2000.72.00.000694-0 (TRF-4) Ementa: TRIBUTÁRIO. IPI. AUTUAÇÃO. MULTA. IRREGULARIDADE NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. **AUSÊNCIA DE TERMO DE INÍCIO DA AÇÃO FISCAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. RESPONSABILIDADE. BOA-FÉ. VÍCIOS DE CONSENTIMENTO.** 1. A forma dos atos, salvo nos casos em que essencial, constitui mero instrumento, que é desejável e recomendável para garantia da lisura na prática do ato, para sua melhor compreensão e comprovação, mas cuja ausência somente o infirma se for estabelecido o prejuízo disso decorrente. Inexistindo prejuízo à defesa do contribuinte, que teve ciência inequívoca da atuação dos agentes fiscais, é de se afastar sua pretensão à anulação do processo administrativo-fiscal por ausência de termo de início da ação fiscal.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, decretando a nulidade do julgamento recorrido, devendo o processo voltar à Primeira Instância, para que seja novamente apreciado, desta vez quanto à questão de mérito já que esta Câmara entendeu que o lançamento mesmo sem a intimação é válido, eficaz e legal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **120018.0116/16-7**, lavrado contra **TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância, para que seja novamente apreciado quanto à questão de mérito já que esta instância entendeu que o lançamento mesmo sem a intimação é válida, eficaz e legal.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Valnei Sousa Freire, Laís de Carvalho Silva e José Rosivaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA DE ARAUJO - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS