

PROCESSO - A. I. Nº 279102.3004/16-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALCANCE ATACADO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 4º JJF nº 0180-04/17
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0287-12/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA DE TERMO DE INTIMAÇÃO PESSOAL OU POR VIA POSTAL. INVALIDADE, 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. Mantida Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação a Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/02/2016, 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.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, pela NULIDADE do Auto de Infração.

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 esauridos 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.

VOTO

Objetiva o presente Recurso de Ofício, 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, rever a Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou, por unanimidade, NULO o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2016, para exigir recolhimento de multa de crédito tributário no valor de R\$211.320,10, em face de 4 infrações acima detalhadas.

Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois restou comprovado que o Auto de Infração em comento foi lavrado irregularmente, tendo em vista restar comprovado que a notificação do lançamento foi efetuada, apenas, por meio de edital, afrontando às regras estabelecidas pelo Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia - RPAF/BA, apesar de o Autuante dispor dos meios preferências para formalizar a intimação do Contribuinte que, por isso, alegou cerceamento de sua defesa.

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

Pelo exposto, por concordar integralmente com a Decisão recorrida, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **279102.3004/16-8**, lavrado contra **ALCANCE ATACADO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI**. Recomenda-se que seja examinada a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS