

**PROCESSO** - A. I. N° 087461.0203/07-4  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JT INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVICOS DE MÓVEIS E ARTEFATOS LTDA.  
**RECORRIDOS** - JT INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVICOS DE MÓVEIS E ARTEFATOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0160-05/08  
**ORIGEM** - INFAS INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 26/05/2009

**1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF N° 0105-11/09**

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA UTILIZANDO DECLARAÇÕES INEXATAS, COM INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SEUS EFETIVOS SÓCIOS OU PROPRIETÁRIOS, E EM QUE A RECEITA BRUTA GLOBAL REPRESENTOU VALOR SUPERIOR AO LIMITE DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO ICMS COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. **b)** CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Decretada a nulidade do Auto de Infração, posto que o procedimento fiscal baseou-se em exclusão de ofício não comprovada e nem científica ao sujeito passivo. Não consta prova nos autos que o desenquadramento foi autorizado pelo Inspetor Fazendário e nem que houve ciência do ato de exclusão ao sujeito passivo. Modificada a Decisão recorrida. **PREJUDICADA** análise do Recurso de Ofício. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item 1, do RPAF/99, interpostos pela 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n° 0160-05/08 - lavrado para imputá-lo o cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração de valores do imposto, sendo lançado o valor de R\$338.410,98 e aplicada a multa de 60%.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, sendo lançado o valor de R\$6.848,75, e aplicada à multa de 70%.

A Junta de Julgamento Fiscal inicialmente rechaçou o pedido de nulidade da cobrança retroativa suscitado pelo sujeito passivo ao argumento de que o procedimento fiscal afrontou os princípios constitucionais da retroatividade e da segurança jurídica, salientando que consoante o art. 167 do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores na esfera administrativa a análise de inconstitucionalidades. Também consignou a JJF que da análise dos elementos constantes dos autos, constata-se que em momento algum o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 39 do RPAF/99, inclusive excluindo-se do demonstrativo de caixa da infração 2 os valores apontados pelo contribuinte acrescentados indevidamente, além de constar dos autos

intimação com declaração da entrega de cópia da informação fiscal e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, devidamente assinados, com concessão de 10 dias para pronunciamento, o que foi feito pelo sujeito passivo, não estando presentes as situações previstas no art. 18 do RPAF-BA.

No mérito, consignou o Relator da JJF que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SimBahia em razão do contribuinte ter se constituído utilizando-se de declarações inexatas, com interposição de pessoas que não são seus efetivos sócios ou proprietários, e em que a receita bruta global representou valor superior ao limite de Empresa de Pequeno Porte, infringindo os dispositivos do RICMS/97 que trata das regras atinentes ao SimBahia. Fatos constatados em decorrência de investigação fiscal procedida pela INFRAZ Varejo, cujo desenquadramento foi devidamente autorizado por sua inspetora.

Esclareceu que, para fins de adoção do tratamento tributário previsto no regime SimBahia, considerava-se a mensuração da receita bruta anual para fins de cotejo com os limites nela previstos e, assim, se a empresa mantivesse mais de um estabelecimento ou tivesse titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas inscritas em cadastros de contribuintes do ICMS, levar-se-ia em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas.

Esclareceu, ainda, que o contribuinte interessado em adotar o tratamento tributário em tela teria de formalizar opção neste sentido, desde que se enquadrasse nas condições e limites fixados na lei que instituiu o benefício do SimBahia - Lei nº 7.357/98 - observando a vedação citada, expressa no seu artigo 6º, inciso IV.

Assim, ressaltou que “a Inspetoria Fazendária de Varejo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia excluiu do SimBahia, de ofício, todas as empresas do denominado Grupo Ambiente Móveis, do qual faz parte o contribuinte, conforme folhas 770, 771 e 772 das Considerações Finais do relatório denominado “RELATÓRIO INVESTIGAÇÃO FISCAL DO GRUPO AMBIENTE MÓVEIS”, constante das fls. 752 a 795, por ter apurado o seguinte: a) que a saída do sócio João Schaun Schnitman, da empresa JT Indústria Comércio e Serviços de Móveis e Artefatos Ltda., e a saída de Simão Schnitman e Sérgio Schaun Schnitman da Ambiente Móveis, no mesmo período 02/12/1999, foi simulada, considerando que os mesmos continuaram administrando as respectivas empresas, como demonstrado nos itens 3.1 e 3.2; b) que as maiores empresas do grupo Ambiente Móveis, estabelecidas nos Shopping's Center's, inscritas na condição de normal, foram baixadas e foram abertas firmas individuais nos mesmos endereços, em nome de parentes de João Schaun Schnitman, na condição de SimBahia com capital incompatível com o porte dos estabelecimentos; c) que houve constituição de empresas com interposição de sócios fictícios, e sucessão empresarial no Grupo Ambiente Móveis, com simples objetivo de possibilitar o enquadramento indevido de empresas no SimBahia, e, d) que as lojas do grupo Ambiente Móveis (I.E. nº 00.915.988, 01.186.941, 23.978.551 e 43.539.736) que permaneceram ativas no cadastro estadual, foram reenquadradas como empresas de pequeno porte em 01/04/2001, após a saída fictícia dos sócios Simão Schnitman e Sérgio Schaun Schnitman. Tudo para possibilitar o enquadramento indevido de empresas no SimBahia.”

Observou, assim, que em face das conclusões apresentadas no referido relatório, ficou determinado o desenquadramento do sistema SimBahia da empresa autuado, tendo sido a investigação fiscal da Inspetoria objeto de impugnação pelo sujeito passivo, porém tal investigação encontra-se amparada nos incisos II e IV do artigo 15, combinado com o artigo 19 e inciso IV do artigo 22, todos da Lei nº 7.357/98.

Após tais esclarecimentos, adentrando especificamente na exigência fiscal do item 1 - que exige diferença de ICMS recolhido a menos em decorrência de erro na apuração do imposto, face o seu desenquadramento do SimBahia - o Relator da JJF ressaltou que o autuante, de posse das notas fiscais de saídas e de entradas - apresentadas pelo sujeito passivo e também colhidas no CFAMT -

processou a conta corrente fiscal do seu estabelecimento, concedeu os créditos destacados nos documentos fiscais de entradas, apurou o imposto devido, deduziu o recolhido na condição de SimBahia e apurou a diferença do ICMS a recolher lançado na referida infração.

Aduziu que da análise das alegações do autuante e do contribuinte e do exame realizado nos elementos acostados ao processo, que embora razoável o entendimento do autuante ao observar a regra da não - cumulatividade inerente ao ICMS, atribuindo ao contribuinte inscrito na condição de normal o crédito destacado em nota fiscal, no caso específico assiste direito ao sujeito passivo que reconstituiu sua conta corrente fiscal fazendo uso do crédito de 8%, como prevê o art. 408-S, § 1º do RICMS/97. Assim, acatou o demonstrativo apresentado pelo sujeito passivo, considerando o crédito de 8%, ressaltando, porém, que o mesmo ao elaborar seu demonstrativo totalizou a menos os valores referentes ao exercício de 2002, registrando de forma incorreta o valor de R\$4.254,56, mas salientando que os cálculos processados mensalmente em todos os exercícios estão corretos, totalizando como imposto devido para este item o valor de R\$202.534,99, portanto sendo Procedente em Parte a exigência fiscal, conforme demonstrativo que elabora e insere em seu voto, observando, ainda, que o percentual de multa correto é de 70%, tendo em vista que a infração foi apurada com base no regime normal.

Quanto à exigência fiscal descrita no item 2 da autuação, a mesma foi julgada Procedente em Parte pela JJF aos seguintes argumentos:

- I. que o sujeito passivo alegou a ocorrência de várias falhas cometidas pelo autuantes - inclusão indevida e em duplicitade de notas fiscais, inclusão de notas fiscais cujas cópias não foram apresentadas, impossibilitando o seu conhecimento, inclusão de operações que não representam desembolso financeiro (como conserto, retorno, demonstração, etc.) e que ao apurar o crédito de 8%, o autuante baseou-se no valor do débito e não o de omissão, elaborando demonstrativo expurgando tais falhas, cujo valor que remanesceria da exigência fiscal seria de R\$768,62.
- II. que muito embora o autuante tenha reconhecido que erros existiram, inclusive em relação ao percentual de crédito de 8% sobre as entradas quando o correto é sobre as saídas, exceto em relação à Nota Fiscal nº 622568, não elaborou novo demonstrativo;
- III. que assim, cotejou o caixa reconstituído pelo sujeito passivo, com o primeiro elaborado pelo autuado, levando em conta as alegações da defesa e da informação fiscal, bem como os elementos que compõem o PAF, concluindo que assiste razão parcialmente ao contribuinte, apontando de forma especificada os equívocos existentes, reduzindo o débito a ser exigido para R\$795,62.

Irresignado o sujeito passivo, através de advogado regularmente constituído, interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 1.084 a 1.093 - onde pede a reforma da Decisão recorrida para se declarar a nulidade do Auto de Infração, asseverando que a fundamentação do julgado de Primeira Instância não refutou os argumentos que apresentou quanto à inconstitucionalidade da retroatividade e a própria exclusão do Regime SimBahia, dentre outros.

Afirma que a empresa foi desenquadrada do SimBahia sem qualquer notificação ou comunicação prévia, a partir do dia 01/01/2007, somente tendo ciência da referida exclusão quando da análise da sua situação cadastral no site da SEFAZ, e que no dia 04/10/2007 tomou ciência que a exclusão seria retroativa a 01/01/2002, quando do recebimento do Auto de Infração.

Assevera que o princípio constitucional da irretroatividade da lei tributária foi ferido, e que este consagra a regra de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o que também encontra amparo no art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN - ao estabelecer que é vedado a cobrança de tributos em relação à fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, e que tais princípios também se revelam no princípio da segurança jurídica.

Cita e transcreve lições doutrinárias que entende respaldar sua tese, bem como Decisão judicial proferida na Ação Civil nº 1998.38.00.039899-4, de Minas Gerais, onde se definiu pela impossibilidade jurídica de se retroagir os efeitos da exclusão de pessoa jurídica do Simples a período anterior, sob pena de ofensa o princípio da irretroatividade.

Reitera que não pode ser prejudicado em razão da desídia da SEFAZ que somente comunicou-lhe sua exclusão 09 (nove) anos após a sua opção, que é inconstitucional o art. 408-S do RICMS/97, e que, a teor do art. 18 do RPAF/BA, o autuante não tem competência para promover o seu desenquadramento do SimBahia.

Argüi, ainda, que a exclusão promovida foi feita em total arreio aos ditames legais, pois não existiu o direito de defesa, não tendo havido processo regular no qual ficasse caracterizada qualquer das situações motivadoras da exclusão, já que somente tomou ciência da exclusão após consulta no site da SEFAZ. Afirma que a exclusão deve ser feita por Decisão administrativa, mediante processo regular, com concessão de direito de defesa por parte do possível excluído, o que não ocorreu no presente caso.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 1.101 e 1.102, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que não cabe ao CONSEF apreciar alegação de inconstitucionalidade e nem há mácula no procedimento de apuração retroativa do imposto pelo regime normal, não somente porque assim determina a lei instituidora do SimBahia, como também em razão de ter sido verificada a nulidade da inscrição no referido regime – a qual deu causa o recorrente - que se deu com base em declarações falsas, o que importa em nulidade, que, como cediço, não opera efeitos em nosso regime jurídico vigente.

Ressalta que consta do relatório preliminar do procedimento fiscalizatório levado a efeito pela Inspetoria que o contribuinte foi intimado e teve oportunidade de se manifestar, em respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, não tendo sido acatadas as razões apresentadas, sendo posteriormente encaminhado à INFRAZ Indústria, que lavrou o presente Auto de Infração.

Submetido o processo à pauta suplementar, a 1<sup>a</sup> CJF deliberou pela conversão do presente processo em diligência ao Inspetor da INFRAZ VAREJO, às fl. 1.105, nos seguintes termos, “*in verbis*”:

*“Considerando que consta dos autos que a autuação originou-se após desenquadramento do sujeito passivo do Regime SIMBAHIA, que teria sido efetuado diante da constatação de irregularidades cometidas pelo autuado, detectadas mediante investigação fiscal realizada por esta INFRAZ, conforme Relatório de Investigação Fiscal, de fls. 770 A 772, acostado aos autos pela autuante;*

*Considerando que não há nos autos prova do regular processamento do desenquadramento efetuado, inclusive a autorização do Inspetor Fazendário e a notificação do ato de desenquadramento ao sujeito passivo;*

*Considerando que a ausência nos autos destes atos compromete a apreciação do PAF por parte dos membros deste Conselho, a 1<sup>a</sup> CJF sugeriu a conversão do presente processo em diligência a INFRAZ VAREJO para que sejam anexados ao PAF os atos praticados relativos ao desenquadramento (Autorização do Inspetor Fazendário da circunscrição da empresa autuado e ato de ciência do contribuinte do desenquadramento efetuado).”*

Em cumprimento à diligência solicitada, consta informação do próprio punho do Inspetor da INFRAZ Indústria - José Vicente Neto - inserta no verso das fl. 1.105 dos autos, de que “*A autorização do inspetor fazendário não foi localizada*” e que “*O ato de ciência do contribuinte do desenquadramento, este está explícito na informação fiscal, folhas 773 a 779 do PAF.*”.

## VOTO

Quanto ao Recurso Voluntário, como pontuou a PGE/PROFIS, as razões recursais se limitam a discutir o procedimento do desenquadramento.

Não resta dúvida de que a legislação que disciplinava o tratamento tributário dispensado ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia – mais especificamente a regra do art.

artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 7.357/98, citada pela JJF, expressamente determinava que não poderia optar pelo enquadramento na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte a empresa cujo titular ou sócio tenha participação no capital social de outra ou outras empresas, se a receita bruta global conjunta das empresas ultrapassar o limite de enquadramento nele disposto. Dúvida também não há no sentido de que os incisos II e IV do artigo 15, combinado com o artigo 19 e inciso IV do artigo 22, todos da Lei nº 7.357/98, também determinavam que perderia o direito à adoção do referido tratamento tributário a empresa que optasse pelo enquadramento no Regime, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas, a exemplo da constituição com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, devendo o imposto, nestas situações, ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, excluindo-se de ofício o contribuinte.

Também consta dos autos que os representantes da empresa foram cientificados do resultado do Relatório de Investigação Fiscal, elaborado pelo Grupo de Investigação Fiscal da INFRAZ Varejo e constante às fls. 752 a 772, como informado no documento de fls. 773, tendo se manifestado quanto às suas conclusões, apresentando impugnação acompanhada de documentos que visariam contestá-las, impugnação esta que foi devidamente apreciada e rechaçada, ao fundamento de que não foram apresentados *“nenhum argumento ou fato que invalidasse tudo o quanto foi demonstrado no Relatório de investigação Fiscal”*, ratificando todo o seu conteúdo. Obedecidos, portanto, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, podemos concluir que a cobrança retroativa encontra amparo na legislação posta, não havendo qualquer inconstitucionalidade neste procedimento, até porque, como bem frisou a PGE/PROFIS, se o enquadramento foi feito pelo próprio contribuinte e este ocorreu com utilização de declaração falsa ou inexata, nos termos da conclusão a que chegou o Relatório de Investigação Fiscal, não há que se declarar nulidade, já que ele mesmo deu causa à nulidade do seu enquadramento no Regime SimBahia.

No entanto, não consta dos autos prova de que o ato de desenquadramento sugerido na conclusão do referido Relatório foi praticado de forma regular, ou seja, não há prova da autorização do inspetor fazendário para excluir o sujeito passivo no regime SimBahia e nem tampouco prova de que o mesmo foi notificado desta exclusão.

A diligência suscitada por esta Câmara visou especificamente trazer aos autos a prova da existência destes atos, muito embora a informação trazida pelo Inspetor da INFRAZ Indústria tenha sido no sentido de que não foi localizada a referida autorização e, quanto à ciência do ato de desenquadramento, alega que está “explícito” que a mesma ocorreu, citando o documento de fls. 773 a 779, que em verdade é o documento (relatório) gerado após a impugnação do contribuinte às conclusões expostas no Relatório de Investigação Fiscal e onde consta a informação que o contribuinte tomou ciência, na data de 07/08/2006 deste último. Portanto, nada tem a ver com a ciência do ato de exclusão de ofício do Regime em apreço.

Consoante os incisos II e IV do artigo 15, combinado com o art. 19 e o inciso IV do art. 22 da Lei nº 7.357/98 - que instituiu o regime SimBahia – abaixo transcritos, dois efeitos jurídicos podem advir caso o contribuinte enquadrado no regime em apreço opte pelo SimBahia utilizando-se de declarações inexatas ou falsas ou se constitua com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários:

*“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:*

*(...)*

*II - que optar pelo enquadramento no Regime, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas;*

*(...)*

*IV - constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;*

*(...)*

*Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos*

fatos.

(...)

*Art. 22. A exclusão dar-se-á de ofício:*

(...)

*IV - nas situações mencionadas nos incisos II, III e IV do art. 15;”*

Assim, da leitura dos dispositivos transcritos os efeitos jurídicos são a perda do tratamento tributário previsto no Regime SimBahia e a exclusão de ofício, também denominada de desenquadramento.

Por outro lado, muito embora o RICMS não traga expressamente qual seria a autoridade competente para efetuar a exclusão de ofício, este Conselho de Fazenda já proferiu decisões no sentido de que se a autoridade competente para efetuar a perda do direito à adoção do tratamento tributário simplificado de apuração do ICMS, em caso de cometimento de infrações de natureza grave, é o Inspetor Fazendário, nos termos expressos no art. 408-L, inciso V, efeito jurídico de menor gravidade que a própria exclusão (ou desenquadramento) do contribuinte do regime do SimBahia. Portanto, a conclusão lógica é que a exclusão de ofício deve ser, no mínimo, efetuada pelo Inspetor Fazendário.

Firmada qual seria a autoridade competente para a exclusão de ofício, e não constando no processo o referido ato, que deu causa à ação fiscal com a consequente lavratura do Auto de Infração, não há como validarmos o presente lançamento de ofício, sob pena de estarmos convalidando procedimento sem o mínimo amparo legal, com o risco de levarmos ao Poder Judiciário uma demanda temerária, que fatalmente sucumbirá acrescida do ônus da sucumbência.

Registre-se, por outro lado, que embora a legislação não determine qual o rito a ser aplicado na exclusão do regime do SimBahia, a regra do artigo 408-B, estabelecia que uma vez determinado o desenquadramento do contribuinte da condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, deveria o contribuinte, “... ***no último dia útil do mês em que receber a comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque .....***”.

Ora, está expressa, portanto, a necessidade de que o contribuinte que foi excluído (desenquadrado) do regime SimBahia seja comunicado deste fato, até para que pudesse adotar o procedimento disciplinado no dispositivo citado ou ainda o procedimento regrado no art. 407-A do RICMS, que determinava que ao ser efetuada de ofício a sua exclusão, o contribuinte poderia optar pelo enquadramento em outra categoria, ou adotar as providências que se fizerem necessárias para permanecer na categoria anteriormente adotada, quando admissível, desde que preenchidos os requisitos regulamentares.

E não poderia ser de outra forma, posto que a comunicação ao administrado do ato administrativo que diretamente lhe afeta não é mera formalidade, é regra que tem lastro no princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa e no princípio da segurança jurídica, ainda mais no caso específico em que a referida exclusão importou em cobrança retroativa do imposto. No entanto, não consta dos autos que tal comunicação foi feita, muito embora tenhamos tentado através da diligência suscitada, sem sucesso, obter prova que ela de fato ocorreu. Aliás sequer se conseguiu a prova de que o ato de exclusão ocorreu.

É cediço que constitui pressuposto objetivo do ato administrativo os requisitos procedimentais, que são os atos jurídicos que devem ser expedidos pela autoridade administrativa para a validade do ato administrativo, destacando-se, entre os requisitos procedimentais, a comunicação. A comunicação, que não se confunde com a publicidade, consiste no ato pelo qual a administração pública faz o interessado tomar ciência da iminência ou da expedição do ato administrativo. Sua falta compromete a validade do ato administrativo, muito embora, deve ser registrado, dentre as invalidades administrativas que são sanáveis se encontra o defeito ou omissão no requisito procedural.

No entanto, nem se fale que poderia ser convalidado o referido ato, posto que, no caso concreto, já é pacífico na doutrina e na jurisprudência que somente pode ser convalidado o ato que não compromete o exercício dos direitos dos administrados. Se o ato for impugnado ou a sua manutenção implicar lesão ao interesse público, deixa de ser sanável.

Neste sentido, assim leciona, Weida Zancaner: *“A impugnação do interessado, quer expressamente, quer por resistência, constitui barreira ao dever de convalidar, isto é, a Administração Pública não mais poderá convalidar seus atos eivados de vícios, mas passíveis de convalidação, quando estes forem impugnados pelo interessado. Merecem ressalva os atos obrigatoriamente sanáveis, que são aqueles com irrelevante defeito.”* Também Celso Bandeira de Mello, leciona que *“a Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração e não do dever de obediência à ordem jurídica”*.

Assim, impende a decretação da nulidade de todo o Auto de Infração em epígrafe, posto que baseado em exclusão de ofício não comprovada, amparando-se nosso julgamento no escólio do mestre acima citado que congrega nosso entendimento ao assinalar que *“Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)”*.

Quanto ao Recurso de Ofício, diante da decretação da NULIDADE do Auto de Infração, o Recurso se torna PREJUDICADO.

Do exposto, nosso voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para decretar a nulidade do Auto de Infração epigrafado, e para julgar PREJUDICADO o Recurso de Ofício. Salientando que a autoridade competente, no caso o Inspetor Fazendário, poderá sanear os vícios de procedimento anteriormente apontados e determinar o refazimento da ação fiscal, observado o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, contado da autorização para o desenquadramento (exclusão de ofício), uma vez que a decretação de nulidade decorreu de vício procedural da atividade fiscalizatória, e não de vício no processo administrativo fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** da análise do Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **087461.0203/07-4**, lavrado contra **JT INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS DE MÓVEIS E ARTEFATOS LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente, no caso o Inspetor Fazendário, o saneamento dos vícios de procedimento anteriormente apontados e a determinação de refazimento da ação fiscal, observado o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, contado da autorização para o desenquadramento (exclusão de ofício), uma vez que a decretação de nulidade decorreu de vício procedural da atividade fiscalizatória, e não de vício no processo administrativo fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SLVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS