

PROCESSO - A. I. Nº 110120.0005/07-3
RECORRENTE - ELETRONOX COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0227-04/08
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 17/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0030-11/11

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Decretada, de ofício, a nulidade do Auto de Infração, visto que o procedimento fiscal baseou-se em exclusão 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. Também houve erro na apuração da base de cálculo, por desobediência às regras dispostas na lei instituidora do SimBahia. Não acatadas as preliminares de nulidade suscitadas. Decretada, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF nº 0227-04/08 – lavrado para imputá-lo o recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta na descrição dos fatos que a empresa faz parte do Grupo Cold Air que foi alvo de investigação fiscal, conforme documentação juntada aos autos – fls. 36 a 38 - no curso da qual foram constatadas várias irregularidades, sendo que, na conclusão da investigação, foi determinado o desenquadramento da empresa do regime SimBahia, com base no art. 408-L, II e IV do RICMS/BA, para o regime normal. Efetuado o desenquadramento, o ICMS relativo aos exercícios de 2002, 2003 e 2004 foi apurado pelo regime normal. Informa, ainda, que a fiscalização teve finalidade de apurar o imposto devido com o Processo de Baixa nº 001489/2007-8, cujo pedido é deferido condicionado ao pagamento do débito apurado.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rechaçou o pedido de nulidade do Auto de Infração, sob os argumentos de que a intimação foi feita à pessoa estranha, não há indicação do dispositivo legal aplicável à infração e que o sistema tributário não admite tributação por presunção, salvo as estabelecidas em lei, aos seguintes fundamentos, em síntese:

- I. Que, embora não tenha sido trazido aos autos qual a relação jurídica existente entre Fátima Maria Neves Gomes, que foi científica da autuação, com a empresa autuada, a titular da empresa Janice de Almeida Cardoso outorgou representação ao Advogado Johnson Barbosa Nogueira com finalidade de impugnar o lançamento de ofício, o que foi feito e comprova que tomou conhecimento da autuação a partir do momento que apresentou sua defesa, não havendo cerceamento ao seu direito de defesa;
- II. que o enquadramento indicado e a multa aplicada se coadunam com a descrição dos fatos, que foi complementado com a indicação dos dispositivos infringidos (art. 408 L do RICMS/BA), possibilitando a compreensão da infração, tanto que o recorrente apresentou argumentos e documentos para tentar provar a inexistência da infração, o que significa que

entendeu, compreendeu e se defendeu do que estava sendo acusado, exercendo o contraditório;

- III. que, conforme processo de investigação fiscal, às fls. 16 a 38, a empresa inscrita no SimBahia foi desenquadrada deste regime de apuração do ICMS, em decorrência de irregularidades constatadas no seu aspecto constitutivo e, em decorrência do seu desenquadramento, o imposto foi apurado pelo regime normal, tendo sido deduzidos os valores recolhidos no regime Simplificado, procedimento previsto nos artigos 15 a 22 da Lei nº 7.357/98 e que não configura exigência do imposto por presunção.

No mérito, consignou o Relator da JJF que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS apurado pelo regime NORMAL, em decorrência do desenquadramento do contribuinte do regime simplificado (SimBahia), e que, na defesa apresentada o autuado argumentou que o fato de haver parentesco entre sócios da empresa, com objeto idêntico, não caracteriza um grupo de empresas.

Passou a resumir o apurado no processo de investigação que culminou no desenquadramento do SimBahia - cópias juntadas pela autuante às fls. 16 a 38, e informou que, conforme demonstrativos constantes da fl. 33, foi apurado Receita Bruta de R\$2.527.747,31 e R\$3.091.415,99 das empresas Cold Air Comercial, Eletronox Comercial, G. Cardoso Comercial e São Marcelo Comercial Ltda, respectivamente nos exercícios de 2002 e 2003, e de R\$2.166.930,71 no exercício de 2004, com a exclusão da receita relativa a São Marcelo Comercial e inclusão da receita de Cardoso Valente Comercial Ltda., e que tendo a fiscalização apurado receita bruta em montante superior ao limite estabelecido de R\$1.200.000,00 por exercício, nos termos do art. 384-A, II do RICMS/BA, nos exercícios de 2002 a 2004, foi considerado que as empresas acima citadas integram o grupo (Cold Air) de responsabilidade de Maria Conceição Gomes Cardoso Valente, por falta de comprovação de capacidade econômico-financeira da titular Janice de Almeida Cardoso.

Ressaltou que, assim, não pode ser acatado o argumento defensivo de que as empresas foram constituídas com a ajuda de Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, a irmã, filho e empregados, visto que restou comprovado nos autos que estas pessoas não possuíam capacidade econômico-financeira para constituir empresas e, de fato, eram geridas pela titular da Cold Air, contrariando as regras estabelecidas para usufruir dos benefícios concedidos às empresas integrantes do SimBahia.

Neste passo, entendeu que restou comprovado que no momento que o autuado optou pelo enquadramento da empresa no regime SimBahia, foi utilizada declaração falsa, visto que as empresas foram constituídas com interposição de pessoas que não eram sócios efetivos ou proprietários, sendo correta a exigência do ICMS apurado pelo regime normal, em conformidade com o disposto nos art. 408-P e 408-S do RICMS/BA.

Afastou a alegação defensiva de que no cálculo do imposto a concessão de crédito fiscal seria com base na alíquota interestadual de 12%, e não no percentual de 8%, ressaltando que as disposições regulamentares que amparam a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SimBahia são aquelas dispostas nos artigos 15, II e IV e 22, IV da Lei nº 7.357/98, e que determinam a concessão de crédito de 8% no cálculo do imposto a recolher, sendo assegurada a utilização de crédito em valor diferente, caso o contribuinte comprove a existência de crédito fiscal superior ao previsto de 8%, nos termos do art. 19, §§1º e 2º, não tendo o autuado comprovado a existência de crédito fiscal em montante superior ao que foi concedido, conforme previsto na legislação do ICMS.

Com relação ao argumento de que não foi indicada a base de cálculo do tributo exigido, asseverou que o demonstrativo juntado à fl. 5 já indicava a apuração daquele valor, não tendo sido grafado apenas no Auto de Infração e Demonstrativo de Débito, mas, que tal foi sanado pelo autuante a pedido da JJF, tendo este juntado às fls. 85 um novo demonstrativo de débito, refeito com base no original, no qual indicou a base de cálculo correta, sendo reaberto o prazo de

defesa, mas não tendo havido manifestação por parte do autuado, embora cientificado por meio de edital de intimação nº 73/08 publicado no Diário Oficial de 13/05/08 (fl. 87).

Afastou o argumento defensivo de que a autuação não contemplou os valores pagos conforme DAEs juntados com a defesa às fls. 50 a 60, pois, conforme colocado pelo autuante, os pagamentos efetuados referem-se a honorários de cobrança extrajudicial; débitos do exercício de 2006, que não foi autuado e pagamento de parte do Auto de Infração nº 147072.0009/04-0, que não afeta o levantamento fiscal. Ressaltou, ainda, que os valores relativos ao ICMS apurado no período de maio a dezembro de 2003, conforme ressaltado pela autuante, foram considerados no demonstrativo à fl. 9 (ICMS recolhido-2003) e deduzido do ICMS a recolher apurado neste exercício, concluindo pela manutenção integral do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo, através de advogado regularmente constituído, interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 102 a 109 - onde pede a nulidade do Auto de Infração aos mesmos argumentos apresentados na peça defensiva, qual seja, intimação de pessoa estranha aos quadros da pessoa autuada; falha na indicação dos dispositivos infringidos, assim como na descrição da infração; demonstração imprecisa da base de cálculo. Alega, ainda, em preliminar, que a Decisão recorrida deve ser anulada, por ter ocorrido a intimação da empresa por edital, intimação ficta que não logrou dar ciência da juntada extemporânea do demonstrativo de débito da base de cálculo da autuação.

No mérito, requer a improcedência da autuação aos seguintes argumentos:

- I. que todo o procedimento do autuado desde o seu contrato de constituição é isento de qualquer dúvida ou irregularidade, nada havendo de irregular em uma comerciante resolver constituir uma empresa para sua irmã e/ou seu filho adotivo, doando capitais necessários para tal, nem no campo do Direito Comercial e nem tampouco no Direito Tributário, e muito menos há irregularidade no fato de a empresa escolher ramo semelhante, revelando a seriedade do propósito comercial, que não era de criar uma empresa para experimentação, mas para se firmar no mercado, e que a empresa autuado se revela autônoma em relação às demais de propriedade de outros familiares, bastando ver que nada se alegou a respeito, porque suas compras, seus fornecedores, sua clientela, não são iguais à das demais empresas dos familiares e seus procedimentos negociais e o seu estoque também se diferenciam das demais empresas, até onde é concebível esta diferença entre empresas de ramo similar;
- II. que a autuação e a JJJ encastelaram-se na comodidade de uma ficção: a de que os sócios do autuado não tinham condição financeira de constituir a empresa, mas que isto está lapidarmente demonstrado e comprovado com a doação feita por quem podia e para quem devia, diante das cópias das declarações de imposto de renda que mostram a verdade e sinceridade da constituição da empresa;
- III. que se equivoca a JJJ ao aceitar a ficção de que a empresa foi constituída com “*interposição de pessoas que não eram sócios efetivos ou proprietários*” e ao ter entendido que a sua receita bruta deveria ser somada às das demais empresas, em afronta ao Código Civil e à legislação tributária, pois o autuado é uma pessoa jurídica regular, do tipo empresarial, com direção e patrimônios próprios e autônomos;
- IV. que o principal fundamento do julgamento recorrido é o de que: “*restou comprovado que no momento que optou pelo enquadramento da empresa no regime SIMBAHIA, foi utilizada declaração falsa, visto que as empresas foram constituídas com interposição de pessoas que não eram sócios efetivos ou proprietários (...)*”, mas não se pode dizer que uma declaração é falsa sem prova e demonstração do “*falsum*”;
- V. que não há falsidade, até porque a defesa juntou os comprovantes da doação para a formação do capital da empresa, procedimento normal e natural no bojo de uma família de empresários, e que tampouco houve abuso de forma, tanto que o procedimento foi acatado

pela Junta Comercial e pela Secretaria da Receita Federal que, até hoje, não apontaram qualquer omissão ou irregularidade, não havendo, ainda, qualquer simulação;

- VI. que em verdade a grande acusada nem sequer foi intimada, que é a empresária Maria da Conceição Gomes Valente, não podendo ser feita a aplicação da restritíssima teoria da interpretação econômica no Direito Tributário, sem identificar uma daquelas situações, tais como abuso de forma, abuso de direito, fraude à lei, falta de propósito comercial, ou mesmo de simulação, nem tampouco se pode concluir, imputando fatos - e o que é pior, a receita bruta - de uma sociedade a outra, sem se dar direito de defesa à outra, a quem se acusa de estar em encoberta pelo véu da outra personalidade jurídica;
- VII. que, assim, o certo é que não há nenhuma prova da falsidade das declarações pertinentes à constituição do autuado ou à realização de seus negócios, sendo caso de improcedência por absoluta falta de prova das circunstâncias (cláusulas antielisivas) que autorizem a aplicação da excepcional interpretação econômica no âmbito do Direito Tributário.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 113 a 116, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ao tempo que afasta as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente ao concluir que “... o autuado veio ao processo onde aduziu defesa e Recurso, assim, a intimação do Auto de Infração atingiu a sua finalidade. O processo de baixa e o fechamento da empresa traduzem a inexistência de endereço certo para ser encontrada o autuado. A empresa recebeu todos os elementos formadores da ação fiscal através da pessoa que assinou o Auto de Infração.”. Consignou, ainda, quanto às nulidades suscitadas, que os aspectos formais da composição da infração estão conforme a legislação, o que preservou a ampla defesa e o contraditório, e que a alegação de que o Auto de Infração foi lavrado com base em presunção não merece acolhida, diante dos elementos probatórios trazidos aos autos pela cópia da investigação fiscal realizada. Ainda ressaltou que não há imprecisão na base de cálculo apontada, o que foi esclarecido pela diligência efetuada pela JJF.

No mérito, consignou que os argumentos trazidos no Recurso Voluntário foram em sua totalidade rebatidos no julgamento de Primeira Instância, e que concorda com os fundamentos do voto do Relator da JJF.

Submetido o processo à pauta suplementar – fl. 117 - a 1ª CJF deliberou pela conversão do presente processo em diligência a INFAZ VAREJO, às fl. 119, 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 supostas irregularidades cometidas pelo autuado, detectadas mediante investigação fiscal realizada por esta INFAZ, conforme Relatório de Investigação Fiscal, de fls. 16 a 38, 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, ainda, que nas “considerações finais” do referido Relatório de Investigação Fiscal – aponta-se para indícios de simulação na formação do quadro societário das empresas, que formariam um grupo denominado no Relatório de Grupo Cold Air, sugerindo-se a adoção das seguintes medidas:

1 - cientificação dos representantes das empresas nele citadas do teor do Relatório, para que se pronunciassem no prazo de 10 dias e

2 – decorrido o prazo dado, e desde que mantidas as conclusões nele expostas, efetivação do desenquadramento das empresas citadas;

Considerando que não há nos autos comprovação desta científicação e, se a mesma foi efetivada, se ocorreu pronunciamento por parte das empresas, inclusive do autuado, e qual a posição da Fiscalização quanto a tal pronunciamento;

Considerando que a ausência nos autos destes atos, elementos e informações, compromete a apreciação do PAF por parte dos membros deste Conselho, a 1ª CJF sugeriu a conversão do presente processo em diligência a INFAZ 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 ao contribuinte do desenquadramento efetuado); ato de ciência ao contribuinte do Relatório de Investigação Fiscal;

pronunciamento do sujeito passivo quanto às conclusões esposadas no referido Relatório e manifestação da SEFAZ quanto a este pronunciamento.

Cumprida a diligência, deve ser intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, caso assim deseje, bem como o autuante e, por fim, deve o PAF ser encaminhado a PGE/PROFIS, para emissão de Parecer conclusivo.

Consta, por sua vez, encaminhamento dos autos pela INFRAZ VAREJO à autuante, que se manifesta, às fl. 121, interpretando a diligência acima relatada no sentido de que este CONSEF teria determinado a ciência dos representantes das empresas investigadas para se pronunciarem quanto ao seu desenquadramento do regime SimBahia, no prazo de 10 dias, e que findo este prazo e desde que mantidas as conclusões da investigação fiscal, fosse efetivado o desenquadramento das referidas empresas. Ainda se manifesta a autuante, no sentido de que, após estas providências, deveriam ser anexados ao PAF os atos de desenquadramento e de sua ciência, bem como os atos de ciência ao contribuinte do relatório de investigação fiscal e a manifestação do sujeito passivo e da SEFAZ.

Às fls. 129/133 consta manifestação do sujeito passivo, em resposta a intimação que lhe foi feita pela INFRAZ VAREJO para tomar ciência da diligência, da “*conclusão da diligência de fls. 120 e 121, informação fiscal de fls. 16 a 38 e documentos anexados ao Auto de Infração*”, onde reitera os argumentos recursais, acrescentando que a Relatora verificou as irregularidades do processamento do desenquadramento do regime SimBahia, o que, por si, é bastante para decretar a nulidade do Auto de Infração.

Ainda acrescenta que a denúncia contra a empresa ocorreu porque sua antiga empregada falsificou o pagamento de DAE, apropriando-se do dinheiro para pagar o ICMS e, ao ser flagrada, pretendeu vingar-se com tais denúncias ao Fisco, a Polícia Civil, ao Ministério Público e ao Ministério do Trabalho, e que nenhuma dessas denúncias vingaram nestes órgãos, à exceção no Fisco, que, sem qualquer base legal autuou a empresa desconsiderando seu contrato social e outros atos jurídicos legítimos, ao tempo que anexa aos autos, às fls. 134 a 146, conclusão do Ministério Público, da Polícia Civil e do Ministério do Trabalho pelo arquivamento das referidas denúncias, dentro do âmbito das suas respectivas competências.

Às fl. 151, verso, consta opinativo da PGE\PROFIS onde entende que a diligência do CONSEF não foi cumprida, requerendo o retorno dos autos a INFRAZ VAREJO para seu cumprimento.

Em deliberação através de pauta suplementar, esta 1ª CJF determinou que o processo fosse encaminhado à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo sobre o Recurso Voluntário, considerando que de fato não foram trazidos aos autos os documentos solicitados que comprovariam o regular desenquadramento do sujeito passivo e, ainda, considerando que a manifestação da autuante às fl. 121, demonstra que os atos que se consubstanciaram nos documentos solicitados de fato não foram praticados de forma antecedente à presente autuação, situação que permite o embasamento para julgamento do feito sem necessidade de nova conversão do processo em diligência que seria desnecessária.

Em Parecer conclusivo, às fls. 155 e 156, a PGE/PROFIS se manifesta pela Nulidade do Auto de Infração, diante da ausência de prova da regularidade e legalidade do procedimento do desenquadramento do autuado do regime SimBahia, consignando que o procedimento precedente à autuação contém víncio de forma, que não tendo sido sanado, macula de nulidade o desenquadramento, o que contagia de nulidade o lançamento de ofício.

Em despacho de fls. 159/160, o procurador José Augusto Martins Júnior, opina no mesmo sentido pela nulidade da autuação, o que é ratificado pela procuradora assistente em exercício da PGE/PROFIS (fl. 160).

VOTO

Inicialmente, devemos de logo consignar que comungamos com o opinativo da PROFIS ao rechaçar as nulidades suscitadas pelo sujeito passivo, apresentadas na peça defensiva e repetidas no presente Recurso Voluntário, porquanto não vislumbramos qualquer cerceio de seu direito de defesa na intimação processada, além do que a indicação dos dispositivos infringidos está perfeitamente adequada à infração imputada, com descrição clara e precisa dos fatos. Também não há qualquer nulidade na Decisão recorrida, proferida de forma escorreita.

Por outro lado, vislumbramos vícios que maculam a presente autuação, na forma a seguir exposta, e, con quanto não suscitadas pelo recorrente, impende sua decretação de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública:

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 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 ultrapassasse 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.

No entanto, constatamos no lançamento em epígrafe que este se baseou em um procedimento de investigação fiscal concluído através de Relatório de Investigação Fiscal, elaborado pelo Grupo de Investigação Fiscal da INFRAZ Varejo, anexado aos autos pela autuante às fls. 16 a 38, que concluiu pela existência de indícios de simulação na formação do quadro societário das empresas nela citadas, dentre elas o autuado. Porém, não consta dos autos que os representantes das empresas, dentre elas o autuado, foram cientificados do resultado, como solicitado ao final do referido Relatório, para que pudessem se manifestar quanto às suas conclusões, possibilitando impugnação e, em consequência, obedecendo-se aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, também 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 do regime SimBahia, e nem tampouco prova de que o mesmo foi notificado desta exclusão.

A diligência suscitada por esta CJF visou especificamente trazer aos autos a prova da existência destes atos, no entanto, não foi cumprida e, como descrito no nosso Relatório acima, a manifestação da autuante demonstra sem sombra de dúvida de que tais atos não foram praticados. Aliás, outros autos de infração foram lavrados em idêntica situação e restou também comprovado que o procedimento das autoridades fazendárias nestes casos era o mesmo, ou seja, após o encerramento das investigações fiscais, detectando-se indícios de sonegação, eram as empresas simplesmente desenquadradas, sem qualquer ato formal neste sentido, e sem que fossem cientificadas também formalmente do desenquadramento, e ainda, em muitos casos, como no presente, sequer lhes sendo dada ciência das conclusões das investigações fiscais.

Este Conselho de Fazenda tem se manifestado reiteradamente pela nulidade do lançamento de ofício na situação citada, e aqui transcrevo voto por mim exarado em outro Auto de Infração que se enquadra perfeitamente na situação em tela:

“...Da leitura dos 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, depreende-se que 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-à 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.....

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 Celso Bandeira de Melo, 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)”.

Também vislumbramos nulidade quanto à apuração da base de cálculo, visto que, ao efetuar o desenquadramento do contribuinte do regime SimBahia a regra legal determina que o imposto deve ser apurado pelos critérios normais, ou seja, pela sistemática de débito e crédito, não havendo previsão da forma de apuração aplicada pela autuante, nos termos do art. 19 da Lei nº 7.357/98.

Do exposto, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e pela decretação, de ofício, da NULIDADE do Auto de Infração epigrafado, modificando a Decisão recorrida, salientando que, muito embora o víncio procedural acima apontado possibilitesse o refazimento, caso restasse comprovada a simulação apontada pelo Relatório de Investigação Fiscal, o víncio na base de cálculo, de natureza material, impossibilita tal refazimento, diante da ocorrência do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar NULO o Auto de Infração nº 110120.0005/07-3, lavrado contra **ELETRONOX COMERCIAL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URANIA SLVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS