

PROCESSO - A. I. N° 299167.0006/14-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MATÊ COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª JJJ n° 0142-01/16
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0212-12/18

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL MEDIANTE INTIMAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE ABSOLUTA. INVALIDADE DA EXCLUSÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Representação proposta com base no art. 113, § 5º, Inciso I, do RPAF, para que seja cancelado o lançamento em questão por conta da exclusão do recorrido do SIMPLES NACIONAL, conforme cópia de intimação por edital. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS (Procuradoria Estadual), subscrita pela ilustre procuradora, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, com fulcro no art. 113, § 5º, I da Lei n° 7.629/99.

Circunscreve-se a presente Representação ao Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, contra o contribuinte MATÊ COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA - EPP, mediante o qual foi apurado uma infração, para exigir ICMS em razão de:

Infração – Deixou de recolher ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais. Próprios. Contribuinte fez denúncia espontânea em valores menores aos que efetivamente foram apurados para os períodos fiscalizados, recolhendo a menor o ICMS devido em operações com mercadorias tributáveis – Empresa Normal. Valor do Auto de Infração - R\$ 114.506,72 acrescido de multa de 60%;

Tendo a Junta de Julgamento Fiscal julgado procedente o lançamento, através do Acórdão n° 0142-01/16, o contribuinte, através de seus assessores jurídicos, ingressou com Requerimento Administrativo junto ao Procurador Chefe da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, provocando a Procuradoria ao exercício do controle da legalidade para o fim de ver extinto o Auto de Infração n° 2991670006/14-0.

A irresignação tracejada pelo contribuinte no pleito impugnatório cinge-se, especificamente, às alegações de:

1. Nulidade do processo de exclusão do Simples Nacional para o ICMS, em face da sua intimação ter se dado unicamente pela via editalícia;
2. Necessidade de aplicação do entendimento já enunciado nos autos do Processo n° 2017281086-0 pela Procuradoria Geral do Estado, que reconheceu a nulidade da intimação de contribuinte, quando perpetrada diretamente por edital.

A PGE, se pronunciou afirmando que à vista da existência de diversos processos relativos às empresas que compõem o denominado “Grupo Trampolim” impugnando a cientificação de exclusão do Simples Nacional, esta PGE/PROFIS inaugurou expediente administrativo (processo n° 2017281086-0) com vistas à apuração da efetiva ocorrência de nulidade da intimação consoante suscitado.

Afirma que, após Análise sobre o tema, chegou à conclusão pela nulidade dos atos de intimação de exclusão das referidas empresas do Simples Nacional, uma vez que procedidos, exclusivamente, por meio de editais de cientificação, tendo determinado, ato contínuo, a sua renovação, com a reabertura do prazo concedido às empresas para impugnarem os citados atos de exclusão.

A PGE cita transcrição de excertos do citado Parecer (PGE/2017281086-0).

Neste diapasão, a PGE deduz que, tendo em vista que o ato intimatório em questão não se deu consoante preconizado na legislação, ou seja, considerando que não ocorreu de modo e forma regular e eficaz, não estaria apto a produzir efeitos legais. Desta forma, o lançamento de ofício a ele subsequente e dependente restou, de igual sorte, maculado.

Nesse sentido, a PGE afirma que, uma vez que a exigência fiscal descrita no auto de infração epigrafado – *falta de recolhimento de ICMS, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios* –, constitui uma decorrência lógica da exclusão do contribuinte da sistemática do Simples Nacional e seu enquadramento no regime normal de apuração do imposto, avulta daí que o reconhecimento da invalidade da intimação do sujeito passivo no processo de desenquadramento enseja a nulidade do próprio lançamento de ofício subsequente.

Cita no seu Parecer a posição adotada por esse egrégio Conselho Estadual da Fazenda sobre o tema, através do Acórdão da empresa A S de Oliveira. Por fim, a PGE não pôde tomar outra providência senão, com fundamento no art. 113, § 5º, I, do RPAF/BA, representar ao Conselho da Fazenda Estadual – CONSEF pelo cancelamento no Auto de Infração nº 2991670006/14-0, tornando-se NULO o lançamento fiscal.

VOTO

Nos termos do art. nº 113, § 5º, inciso I, do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. nº 119 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja cancelado o lançamento em questão.

Trata-se de lançamento tributário decorrente de única infração por conta de exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, conforme cópia de intimação por edital em 03 de maio de 2012 (fl. 650), com efeitos retroativos a 1º de julho de 2007. O lançamento alcançou os exercícios de 2009 a 2012, totalizando o valor de R\$114.506,72. O autuado, através de Requerimento Administrativo junto ao Procurador Chefe da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, solicita a nulidade do lançamento, em decorrência de erro formal na exclusão do simples nacional (intimação mediante edital) e por cerceamento de defesa, visto que não pode se defender em regular processo administrativo por desconhecer a intimação editalícia.

O autuado pede a nulidade do processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL, justificando-se que deve ser cumprido o rito do RPAF, e não o estabelecido no Regulamento do ICMS, que dispõe acerca de intimação pessoal, sendo a editalícia um complemento em hipótese de frustração da intimação pessoal.

O Parecer exarado pela Douta PGE/PROFIS às fls. 785/790 é absolutamente conclusivo de que a melhor doutrina nacional, combinada com decisões recorrentes nos tribunais brasileiros, dos quais extrai inúmeras ementas, reconhece a invalidade de intimação por edital, sem que seja tentada a intimação pessoal, e que inclusive diversas empresas do grupo empresarial em questão já obtiveram sentenças favoráveis da Justiça Federal reconhecendo a invalidade da intimação e restabelecendo a situação de empresa do SIMPLES NACIONAL.

Ademais, o Procurador Chefe da PGE/PROFIS, i. Procurador Nilton Almeida Filho, emitiu Despacho em 03/05/2018, manifestando pelo Acolhimento do Parecer exarado pela Douta PGE/PROFIS às fls. 785/790, conforme pode ser observado no documento (fl. 792).

A PGE/PROFIS, em outro Processo Administrativo de nº 2017.281086-0, teve o cuidado de se certificar junto ao inspetor fazendário se as empresas do grupo “TRAMPOLIM” foram excluídas mediante apenas intimação por edital, o que foi confirmado à fls. 775 e 776.

O parecer jurídico exarado pela PGE/PROFIS, de forma fulminante opina pela total nulidade do lançamento aqui em lide. Isto porque a intimação feita por edital de empresa regularmente inscrita e funcionando normalmente, é inadmissível, visto o Estado não poder se aproveitar de situação em que flagrantemente o contribuinte não acompanha assiduamente as publicações no Diário Oficial, caracterizando cerceamento de defesa do regular processo administrativo de exclusão do SIMPLES NACIONAL, não tendo tido a possibilidade de se defender quanto aos fatos ali propostos.

O artigo 275 do Novo CPC, que serve subsidiariamente aos processos administrativos fiscais é claro quanto à necessidade de intimação pessoal, sendo possível apenas após o insucesso das intimações realizadas pelo correio ou por meio eletrônico e caso seja frustrada a intimação efetuar-se a intimação com hora certa ou por edital, devendo obedecer estritamente aos requisitos previstos para a citação com hora certa e por edital (artigo 275, § 2º, Novo CPC).

Além disso, como bem informado pela PGE/PROFIS, o Poder Judiciário sistematicamente refuta tal situação, inclusive quando por erro de informação do endereço fornecido pelo próprio contribuinte, vez que o Fisco poderia se certificar do local correto por conta de ter acesso fácil, conforme se extrai de ementa abaixo:

TJ-PI - Apelação Cível AC 00001356620048180140 PI 201000010055316 (TJ-PI)

Data de publicação: 06/11/2014

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. VIAS ORDINÁRIAS NÃO ESGOTADAS. DESCABIMENTO. 1) o demandante ao apresentar a sua defesa preliminar, informou erroneamente o seu endereço, o que ensejou a sua intimação por edital. No entanto, mesmo esse endereço tendo sido informado apresentando um erro em seu número, os fiscais do Estado já estiveram nessa firma por diversas outras oportunidades, portanto não se justifica a alegação de erro no endereço para que se tenha realizado intimação por edital. 2) no procedimento administrativo, a intimação por edital é medida de exceção e só deve ser realizada quando forem infrutíferas as tentativas ordinárias de dar ciência das decisões administrativas aos interessados - momente quando foi fornecido endereço certo pela parte - sob pena de cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório, corolários constitucionais do princípio do devido processo legal. 3) RECURSO IMPROVIDO. VOTAÇÃO UNÂNIME

O Superior Tribunal de Justiça, também tem inúmeros processos julgados, que foram colacionados tanto pelo Recorrente como pela PGE, e aqui trago um deles:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 641474 PR 2004/0021248-1 (STJ)

Data de publicação: 23/10/2009

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. VIAS ORDINÁRIAS NÃO ESGOTADAS. DESCABIMENTO. 1. No procedimento administrativo, a intimação por edital é medida de exceção e só deve ser realizada quando forem infrutíferas as tentativas ordinárias de dar ciência das decisões administrativas aos interessados - momente quando foi fornecido endereço certo pela parte - sob pena de cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório, corolários constitucionais do princípio do devido processo legal. 4. Agravo regimental não provido.

Este Conselho de Fazenda conforme julgamento apresentado no próprio Recurso Voluntário também já se posicionou favorável ao pleito do Recorrente, conforme ementa abaixo:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0164-11/17

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. CONTRIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ATRAVÉS DE INTIMAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE ABSOLUTA. INVALIDADE DA EXCLUSÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Acolhidos os argumentos recursais, com espeque no opinativo da PGE/PROFIS. Mesmo reconhecida a nulidade da intimação por edital para exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL, por força do artigo 155, Parágrafo único do RPAF/BA, vislumbra a improcedência do Auto de Infração, pois não foi apontado pela fiscalização qualquer divergência da análise da PGDAS e dos recolhimentos efetuados, no qual os documentos acostados aos autos comprovam que foram devidamente recolhidos todos os impostos a cesta de tributos desse regime de apuração. Recurso de Ofício PREJUDICADO. Recurso Voluntário PROVIDO. Auto de Infração Improcedente. Decisão unânime.

É forçoso reconhecer a flagrante nulidade do lançamento, em que pese a previsão legal de que o contribuinte possa ser intimado por edital.

Contudo, uma interpretação mais aprofundada da norma, em que há claro dispositivo no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal recomendando em primeiro plano a intimação pessoal, sendo a publicação em edital a última opção, consubstanciada por inúmeras decisões judiciais, todos os elementos do processo apontam no sentido da NULIDADE do lançamento.

Diante do exposto, total razão assiste a empresa autuada, sendo assim, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, tornando o Auto de Infração NULO, devendo o respectivo PAF ser encaminhado à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** Representação proposta e julgar NULO o Auto de Infração nº **299167.0006/14-0**, lavrado contra **MATÊ COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA – EPP**, devendo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ AUGUSTO FERNANDES DOURADO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS