

PROCESSO	- A. I. N° 147074.0008/13-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- I. M. DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 4ª JJF n° 0237-04/14
ORIGEM	- INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 13/11/2018

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0262-11/18

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para anular o lançamento de ofício, subsequente e dependente do ato intimatório de exclusão do Simples Nacional, por ter ocorrido com mácula ao pleno direito de defesa e contrário ao que preconiza a legislação. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I, do RPAF/99, exercido por este órgão, às fls. 512 a 517 dos autos, subscrito pela Procuradora do Estado, Dr.<sup>a</sup> Paula Gonçalves Morris Matos, propondo ao CONSEF, através de uma de suas Câmaras, que aprecie a referida Representação pelo cancelamento do Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$212.595,06, referente:

*Infração 01 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$202.161,53, nos exercícios de 2009, 2010 e 2012, em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS).*

*Infração 03 – Multa percentual, no valor de R\$362,02, sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente, nos meses de maio de 2009; abril, outubro e dezembro de 2010 e fevereiro de 2011.*

Esclarece a nobre Procuradora que 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 e;
- 2) necessidade de aplicação do entendimento já enunciado nos autos do Processo nº 2017281086-0 pela Procuradora Geral do Estado, que reconheceu a nulidade da intimação do contribuinte, quando perpetrada diretamente por edital.

Aduz a ilustre Procuradora que, de fato, à vista da existência de diversos processos relativos às empresas que compõem o denominado “Grupo Trampolim” impugnando a cientificação de exclusão do Simples Nacional, a PGE/PROFIS inaugurou expediente administrativo (processo nº 2017281086-0) com vistas à apuração da efetiva ocorrência de nulidade da intimação consoante suscitado, tendo concluído 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 reabertura do prazo concedido às empresas para impugnarem os citados atos de exclusão.

Ressalta a Procuradora da PGE/PROFIS que o reconhecimento da nulidade da intimação do contribuinte acerca da sua exclusão do Simples Nacional produz, como consequência direta, a nulidade de lançamentos de ofício que possam ter por fundamento sua exclusão do regime do Simples Nacional. Isto porque, a decisão de exclusão só passa a produzir efeitos após seu registro no Portal do Simples Nacional, ato que demanda a prévia – e regular – intimação do contribuinte

para se defender, conforme previsto nos artigos 326 e 328 do RICMS/12, os quais transcreve.

Sustenta a PGE/PROFIS 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 e, desta forma, o lançamento de ofício a ele subsequente e dependente restou, de igual sorte, maculado.

Assim, segundo a PGE/PROFIS, uma vez que as três exigências fiscais descritas no Auto de Infração epigrafado constituem decorrência lógica da exclusão do contribuinte da sistemática do Simples Nacional e seu enquadramento no regime normal de apuração do imposto, avulta daí o reconhecimento da invalidade da intimação do sujeito passivo no processo de desenquadramento, ensejando a nulidade do próprio lançamento de ofício subsequente. Cita decisão paradigma da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no PAF relativo ao Auto de Infração nº 203459.0001/14-66.

Nesse contexto, aduz que outra providência não lhe resta senão, com fundamento no art. 113, § 5º, I, do RPAF, representar ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSF pelo cancelamento do Auto de Infração nº 147074.0008/13-9.

Às fls. 518 e 519 dos autos, constam despachos da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dr.<sup>a</sup> Rosana Maciel Bittencourt Passos, e do Procurador Chefe da PROFIS, Dr. Nilton Almeida Filho, acolhendo o pronunciamento da Dr.<sup>a</sup> Paula Gonçalves Morris Matos, no sentido de nulidade do lançamento fiscal, pelo que Representou ao Conselho de Fazenda Estadual nesse sentido.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do sujeito passivo o valor de R\$212.595,06, referente as três infrações, assim descritas: 1) *Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS;* 2) *Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão e crédito* e 3) *Multa percentual 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 registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.*

O PAF foi julgado Procedente em Parte, no valor de R\$93.128,35, pela 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 00237-04/14 (fls. 128/132), cuja decisão foi mantida pela 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acordão CJF nº 0102-11/17 (fls. 465/471), ao Não Prover o Recurso de Ofício e considerar Prejudicado o Recurso Voluntário, no que tange ao mérito do imposto exigido nas infrações 2 e 3, em razão da extinção do crédito tributário pelo pagamento (infração 2) e desistência do Recurso Voluntário quanto ao valor remanescente (infração 3). Já em relação à infração 1, considerou-se prejudicada a análise do Recurso Voluntário, por se tratar de objeto idêntico à demanda judicial, sendo consignado que o PAF deveria ser encaminhado à PGE/PROFIS para acompanhar a decisão final proferida na esfera judicial.

Contudo, o sujeito passivo protocolizou junto a PGE/PROFIS o Pedido de Controle da Legalidade do lançamento de ofício, conforme documento às fls. 489 a 497 dos autos, por entender ser necessária a extinção do presente Processo Administrativo Fiscal, o qual decorre da exclusão sem amparo legal, por edital, do sujeito passivo do Simples Nacional e, em consequência, da irregular constituição de créditos evados de nulidade, do que entende ser imperiosa a intervenção da PGE no feito, apresentando Representação para fins de anular a autuação.

Em consequência, a PGE/PROFIS ofereceu a Representação ao CONSEF no sentido de que:

[...]

*Assim, 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.*

*Deveras, uma vez que as três exigências fiscais descritas no Auto de Infração epigrafado constituem decorrência lógica da exclusão do contribuinte da sistemática do Simples Nacional e seu enquadramento no regime normal de apuração do imposto, avulta daí o reconhecimento da invalidade da intimação do sujeito passivo no processo de desenquadramento enseja a nulidade do próprio lançamento de ofício subsequente.*

[...]

*Neste contexto, outra providência não nos resta senão, com fundamento no art. 113, § 5º, I, do RPAF/BA, representar ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSF pelo cancelamento do Auto de Infração nº 147074.0008/13-9.*

Com efeito, da análise das peças processuais, é forçoso reconhecer a flagrante nulidade do lançamento de ofício, em que pese a previsão legal de que o contribuinte possa ser intimado por edital. Contudo, uma exegese mais aprofundada da norma, em que há claro dispositivo legal (art. 108) no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determinando em primeiro plano a intimação pessoal, sendo a publicação em edital a última opção, conforme texto abaixo transcrito, cuja norma está consubstanciada por inúmeras decisões judiciais, todos os elementos do processo apontam no sentido da NULIDADE do lançamento por cerceamento de defesa em processo administrativo que excluiu o contribuinte do SIMPLES NACIONAL, mediante intimação por edital, sem se esgotar a possibilidade de intimação pessoal.

*“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.”*

Neste contexto, há de se acolher a Representação da PGE/PROFIS para anular o lançamento de ofício, subsequente e dependente do ato intimatório de exclusão do Simples Nacional, por ter ocorrido com mácula ao pleno direito de defesa e contrário ao que preconizado na legislação.

Entretanto, por compor o lançamento de ofício de três irregularidades, há de se verificar se todas estas exações resultaram da exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional e da consequente migração para o regime normal de apuração do imposto.

No caso concreto, conforme se pode constatar dos demonstrativos às fls. 14 a 17 dos autos, a primeira infração, sob a acusação de “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS*”, no valor de R\$202.161,53, decorreu da aludida migração do Simples Nacional para o regime normal de apuração do imposto.

Neste caso, deve-se acolher a Representação da PGE/PROFIS e considerar nula tal infração.

Já na segunda infração, o sujeito passivo é acusado de “*Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão e crédito*”, sendo exigido o ICMS no valor de R\$10.071,51, conforme demonstrado às fls.18 e 33 dos autos, cuja constatação, nos termos do art. 4º, § 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto.

Nesta condição, o art. 34 da LC nº 123/06 prevê que “*Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional*”.

Contudo, na apuração do imposto deve considerar a condição do contribuinte no regime do Simples Nacional, acrescentando a receita omissa à receita apurada, cujo total da receita deve ser submetida ao referido método da apuração simplificada.

Assim, também neste caso, deve-se acolher a Representação da PGE/PROFIS e considerar nula a infração 2, em que pese o sujeito passivo a ter quitado, conforme documento às fls. 458 dos autos.

Por fim, no que tange à infração 3, na qual se aplica ao contribuinte “*Multa percentual 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 registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente*”, há de registrar que tal penalidade é prevista apenas no caso de o contribuinte se encontrar sujeito ao regime normal de apuração e deixar de recolher o imposto por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto nas operações de saída posteriores, conforme previsto no art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, neste caso, deve-se acolher a Representação da PGE/PROFIS e considerar nula a infração 3. Logo, pode-se inferir o acerto da Representação, sob apreciação.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para julgar NULO o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **147074.0008/13-9**, lavrado contra **I. M. DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS