

**PROCESSO** - A. I. Nº 060624.0013/13-9  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TN DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI - EPP  
**RECORRIDOS** - TN DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI – EPP e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0161-05/17  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 11/05/2018

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F Nº 0053-11/18

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. CONTRIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL MEDIANTE INTIMAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE ABSOLUTA. INVALIDADE DA EXCLUSÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. 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 exegese mais aprofundada da norma, consubstanciada por inúmeras decisões judiciais aponta 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 esgotar a possibilidade de intimação pessoal. Acolhida preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de infração **Nulo**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em (Acórdão de fls. 732/748) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2013, quando foi efetuado lançamento de ofício no valor histórico de R\$478.176,81 em decorrência das seguintes infrações: *"Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios"*. Multas de 50% e 60% - Art. 42, incisos I, "a" e II, "f" da Lei nº 7.014/96.

Após a apresentação da defesa (fls. 601/19) e da correspondente informação fiscal (fls. 622/24), da manifestação do impugnante, de nova informação fiscal e por fim, diligência para fiscal estranho ao feito, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF julgou o auto Procedente em Parte, por unanimidade, o que fez nos seguintes termos, em resumo:

### VOTO

*Trata-se do Auto de Infração cuja acusação ao sujeito passivo é de não recolher o ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.*

*Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.*

*Com fulcro no art. 147, inciso I, "a" e inciso II "a" e "b" do RPAF/99, indefiro a solicitação de novas diligências e perícias, pois as 03 diligências solicitadas e respondidas, com as respectivas manifestações do*

*impugnante, foram suficientes para afastar as dúvidas e corrigir os equívocos existentes. Assim, os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, para a elaboração de perícia, inclusive contábil, além de não serem necessárias outras provas.*

*Cabe preliminarmente alinhar, para efeito inclusive das arguições de decadência relativas ao exercício de 2008, que consta, às fls. 676/679, demonstrativos de débito acolhidos por esse relator, de cada exercício onde os ajustes efetuados no demonstrativo de apuração do imposto devido, resultantes das diligências e informação fiscal, reduziram o crédito tributário exigido, de tal forma que em relação aos exercícios de 2008, 2010 e 2011 não remanesceu qualquer valor a ser reclamado. Assim, perde o objeto a arguição de decadência que foi dirigida aos valores reclamados no exercício de 2008.*

*Quanto às arguições de ilegalidade da apuração, através do regime normal, visto que era optante do SIMPLES NACIONAL, bem como foi indevidamente desenhado do aludido regime, questionando a legalidade da ciência do aludido ato, cabe alinhar que o contribuinte foi notificado da exclusão do Simples Nacional através do Edital 06/2012, publicado no Diário Oficial da Bahia de 03/05/2012, fl. 580, em conformidade com a legislação vigente:*

*Resolução 94/2011 do CGSN*

*Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)*

*II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e*

*§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º).*

*§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º -A a 1º -D; art. 29, §§ 3º e 6º).*

*RICMS/BA*

*Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão.*

*A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.*

*É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa, além de não caber competência a essa unidade fracionária do CONSEF, para cancelamento ou redução de multa ao apelo da equidade.*

*Verifico que, acolhendo as arguições defensivas, foram deduzidos dos valores mensais apurados no levantamento da Conta Corrente os valores declarados através de denúncia espontânea, processo 6000000950125 de 10/07/2012 e foram deduzidos os valores cabíveis, pagos a título de Antecipação Parcial e Simples Nacional, e ICMS Normal, conforme se observa nos demonstrativos, às fls. 322 a 328 e 539 a 565 dos autos, respectivamente, cabendo consignar que para os exercícios de 2008 a 2012, exceto 2009, foi exigida a falta de pagamento do imposto através do regime normal de apuração, bem como o exercício de 2009, foi exigido o recolhimento a menos do imposto devido através do regime normal de apuração.*

*Já em relação ao direito aos créditos fiscais de estoque, não foram acolhidos, tendo em vista que o sujeito passivo não atende aos pré-requisitos exigidos no art. 330-A do RICMS/97/BA, para que sejam apropriados os arquivados valores, conforme segue:*

*Art. 330-A. O contribuinte também escriturará livro Registro de Inventário, na forma prevista no artigo anterior, referente às mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação existentes em estoque:*

...  
III - no último dia útil do mês anterior ao mês em que produzir efeitos a exclusão de contribuinte do Simples Nacional, passando a apurar o imposto pelo regime normal, devendo especificar:

- a) as mercadorias cujas operações subseqüentes sejam isentas ou não-tributadas;
- b) as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do art. 353;
- c) as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso anterior, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria.

§ 1º A escrituração de que cuida o “caput” deste artigo deverá ser realizada:

I - na hipótese do inciso I, até o momento da apresentação do pedido de baixa de inscrição;

II - nas situações previstas nos incisos II e III, no prazo de 60 dias, contado do primeiro dia do mês em que o reenquadramento começar a produzir efeitos.

§ 2º A utilização do crédito a que se refere a alínea “c” do inciso III deverá ser seguida de comunicação escrita dirigida à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte.

§ 3º O estoque apurado na forma deste artigo deverá ser lançado no Registro de Inventário, no prazo de 60 dias.

Quanto à alegação de que não foram deduzidas das saídas as devoluções e transferências internas de mercadorias, majorando indevidamente o imposto devido, cabe ao sujeito passivo o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos probatórios de tais alegações, que uma vez trazidas, caberiam o acolhimento.

Assim, após duas diligências anteriores, a terceira e última, realizada por diligente estranho ao feito, em relação à qual esse relator acompanha os ajustes realizados, foi solicitada a especificação dos débitos e dos créditos, com elaboração de nova planilha explicativa de como se chegou aos valores constantes nos demonstrativo de débito à fl. 623 dos autos, apontando discriminadamente, em todos os períodos, os créditos e débitos considerados, além de, no rodapé da planilha, as folhas onde se encontram as fontes utilizadas.

Assim, foi elaborado demonstrativos constantes, às fls. 676/679, que resultou na redução do valor exigido de tal forma que em relação aos exercícios de 2008, 2010 e 2011 não remanesceu qualquer valor a ser reclamado, no entanto, para o exercício de 2009 o valor reclamado que originalmente era de R\$172.890,03 passou para R\$26.063,06 e no ano de 2012 o valor de R\$110.371,49 passou para R\$65.145,49. Observo que, conforme visto, diferente do alegado, não houve aumento do valor exigido em 2012 e sim substancial redução.

O Auto de Infração que, originalmente exige o valor histórico de R\$478.176,81, passa a totalizar R\$91.208,55, ou seja, valor inferior ao que previu o sujeito passivo em suas planilhas, quando afirma que, “após realizados os ajustes acima citados, a Impugnante seria devedora de R\$171.736,55.”

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do auto de infração.

O Recorrente apresentou Recurso Voluntário de fls. 159/772, quando alega que o lançamento efetuado não corresponde à realidade dos fatos expostos. Que a infração “denominada recolhimento a menor, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto” não procede em razão de a empresa ter efetuado o recolhimento com base na legislação do SIMPLES, posto que estava enquadrada no citado regime especial de tributação e fora excluída de maneira arbitrária, desrespeitando o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, assim como foi decidido pela egrégia 11ª Vara Federal do Salvador-BA no Processo nº 30594-06.2012.4.01.3300;

Nesse sentido, o acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal ora impugnado, procedeu de forma equivocada e até certo ponto com entendimento temerário, quando desconsiderou a orientação judicial proferida pela 11ª Vara Federal que determinou a imediata reinclusão da IM DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES, que a exemplo do Recorrente foi indevidamente excluída do regime do SIMPLES.

Que caso a Junta julgadora acatasse de plano a orientação judicial mencionada, as vergastadas competências cairiam por terra, em razão dos valores que foram efetivamente recolhidos pelo SIMPLES correspondem a movimentação financeira da atividade empresarial do Recorrente.

Deve ser observado que não pode subsistir a infração apontada no que tange as alegadas

omissões ocorridas em todo o período fiscalizado, inclusive apresentará a empresa Recorrente, por amostragem minuciosa, nos meses referentes ao ano de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012 os quais farão prova cabal da não ocorrência do fato gerador do pagamento do ICMS. Assim, conclui-se que deve ser submetida a diligência pela ASTEC, com consequente elaboração de parecer técnico.

Aduz que empresa autuada não poderia ser fiscalizada na forma como o foi, dado que sua exclusão do simples nacional se deu de forma ilegal, na medida em que teve cerceados seus lícitos direito de defesa.

Com efeito, a lei Complementar nº 123/2006 estabelece que por ocasião da exclusão de ofício da empresa optante do simples nacional, a mesma deverá ser comunicada do início do processo de exclusão de conformidade com o que for regulamentado pelo órgão gestor.

O Regulamento do ICMS neste Estado reconhece a autoridade e competência do Comitê Gestor na disciplina do ato de exclusão do Simples Nacional. Neste sentido dispõe o art. 326 do RICMS, Decreto nº 6287/97, o seguinte:

*Art. 393-E. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada pela Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho e 2007.*

Neste diapasão, o Comitê Gestor do simples nacional assume o papel de regulamentador do ato de exclusão do simples nacional. Dentro, por conseguinte, de sua competência originária, na forma acima concebida, e como não poderia deixar de ser, o citado comitê denomina, no artigo 4º, §1º da Resolução nº 15/2007, o ato de exclusão do Simples Nacional de “processo”.

A ciência do início daquele processo de exclusão de ofício, diz ainda a referida Resolução nº 15/07, no §3º do artigo 4º, que se dará segundo disposição da legislação do ente federado responsável pela aquela exclusão. Diz a referida resolução, *verbis*:

*Art. 4º... omissis....*

*§ 3º Será dada ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)*

Por legislação, entenda-se, para os fins de legitimar o ato de exclusão, aquela que regula, no âmbito de cada ente federado, o Processo Administrativo Fiscal. E isto porque, as disposições dos artigos 39 da Lei Complementar nº 23/06 e §5º, do artigo 4º da Resolução nº 15/07 são claros em qualificar o contencioso advindo do Simples Nacional como sendo de cunho administrativo, recomendando, por conseguinte, que o processo de exclusão do Simples Nacional deva ser regulado por normas que disciplinam o regulamento do Processo Administrativo Fiscal de cada ente tributante. Vejamos, pois, o que dizem os citados dispositivos, *in verbis*:

*“Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.”*

*Art. 4º... omissis....*

*§ 5 - O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.*

Deduz-se, por óbvio, que no processo de exclusão do Simples Nacional, a legislação aplicável é a que regula o Processo Administrativo Fiscal neste Estado.

E o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, é claro ao dispor, no artigo 108 abaixo transcrito, que a intimação do contribuinte quanto a qualquer ato, fato ou exigência fiscal deva ser feita pessoalmente, sendo a editalícia um complemento daquela na hipótese em que frustrada a 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.”*

E o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF vigente neste Estado privilegia a intimação pessoal como forma originária de comunicação do início do processo administrativo tributário, e não poderia ser diferente. Cabe ainda, trazer a esta peça a decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, que, por unanimidade julgou Improcedente o Auto de Infração nº 203459.0001/14-6, lavrado contra a empresa A S A DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES .

Desse modo, não poderia ser aplicado o artigo 393F do RICMS para comunicação da exclusão do simples nacional à Autuada, porquanto havendo a Lei Complementar nº 123/06 determinado expressamente a aplicação do regulamento do processo administrativo fiscal ao contencioso advindo daquela exclusão, não poderia decreto estadual regulamentador do ICMS dispor de forma diferente, ferindo, assim, o princípio da legalidade e os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal administrativo, além do princípio hierárquico.

Temos que não havia motivo a lavratura do presente Auto de Infração, vez que à Autuada não lhe foi oportunizado se defender no processo de exclusão do simples nacional, por conta da ilegal comunicação do início do referido processo ter se dado por edital e não pessoalmente, como manda o RPAF.

Inconformado com a ilegalidade cometida pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o contribuinte apresentou Requerimento de Controle de Legalidade nº PGE/2017281086-0, que, após os devidos trâmites legais, corroborou no proferimento do PARECER da PGE/PROFIS na data de 01 de setembro de 2017, no qual verifica-se a confirmação da total irregularidade e consequente nulidade do ato de exclusão da empresa, ora requerente, do Simples Nacional, para o ICMS, por edital.

Que o entendimento da Douta Procuradoria é, em conformidade com a legislação vigente, pois afirma que a exclusão de qualquer empresa da Categoria Simples Nacional, deverá ser feita através das vias pessoais, postais ou eletrônicas, sendo o meio editalício, como última *ratio*, em razão do seu caráter presumível e que não abre possibilidade para a devida defesa em tempo hábil, como se observa na transcrição do parecer, a seguir:

*“Equivale reconhecer que a intimação por edital dificulta o exercício do direito a 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 a notificação do interessado por outros meios.”*

*“Assim sendo, mister compatibilizar a norma de art. 327 do RICMS/2012 (em sua norma vigente até novembro/2015), com a Constituição Federal, seguimos a trilha deixada pelo STJ (...) para entender que deve ser a mesma norma interpretada em consonância com o disposto no art. 108, §1º, do RPAF/99, de maneira tal que a intimação do contribuinte por edital acerca da exclusão do Simples Nacional, só se legitima após esauridos os demais meios legalmente previstos.”*

Trazendo, o citado Parecer, a seguinte jurisprudência que corrobora seu entendimento:

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LANÇAMENTO DO 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*

O Parecer Normativo firma, ainda, entendimento de que com relação à notificações de lançamentos tributários, esta deve ser feita de acordo com as normas do processo administrativo fiscal, colacionando, inclusive Jurisprudência pertinente do Superior Tribunal de Justiça, observe-se, na transcrição seguinte do multicitado Parecer Normativo:

*“(...) Especificamente à notificação do lançamento tributário, tal entendimento é igualmente aplicável aos atos de intimação referentes à quaisquer eventos ocorridos no processo administrativo fiscal, de que se queira dar ciência formal ao contribuinte interessado, notadamente aqueles dos quais resultem agravamento de sua situação tributária, tais como atos de exclusão de regime diferenciado de apuração do imposto.”*

Por fim, o Parecer Normativo afirma a nulidade das intimações referentes à exclusão do Simples Nacional, da empresa requerente. Destarte, entende-se que a nulidade da exclusão da empresa requerente tornam sem eficácia os débitos de Auto de Infração referentes ao exercício em que a empresa estava sendo qualificada como contribuinte normal, como é o caso do presente processo fiscal.

Por tudo exposto, vem a Contribuinte, ora Recorrente, requerer de Vossas Senhorias, que após as formalidades de estilo de recepção do presente recurso, e ao final, seja julgado o presente Recurso Voluntário totalmente procedente e, consequentemente, seja determinada a integral reforma da Decisão aqui impugnada, no sentido de julgar NULO o Auto de Infração, julgando totalmente improcedente o PAF, por ser mister de justiça.

## VOTO

Trata-se de lançamento tributário decorrente de única infração, mediante a aplicação de roteiro de conta-corrente de ICMS por conta de exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, conforme cópia de intimação por edital em 3 de maio de 2012 (fl. 580), com efeitos retroativos a 1º de Julho de 2007. O lançamento alcançou os exercícios de 2008 a 2013, totalizando o valor de R\$478.176,81.

Tendo a Junta julgado Parcialmente Procedente o lançamento e recorrido de ofício, passo inicialmente ao Recurso Voluntário por uma questão de coerência da análise em primeiro plano das arguições de nulidade do lançamento.

Em sede de Recurso Voluntário, o Recorrente 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.

Trouxe cópia de REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO junto à PROCURADORIA FISCAL do Estado da Bahia à fl. 712, em que 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. 725/728 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.

A PGE/PROFIS inclusive teve o cuidado de se certificar junto ao inspetor fazendário se as empresas do grupo foram excluídas mediante apenas intimação por edital, o que foi confirmado à fl. 724.

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.

Consta à fl. 5 do PAF, que as empresas do grupo TRAMPOLIM, constantes do Boletim de

Inteligência Fiscal 295/11 não poderiam usufruir da condição de simples nacional por extrapolarem as faixas de faturamento, sendo desenquadrado com efeito retroativo.

Consta ainda, que no prazo de 30 dias a contar da data da publicação do edital, o contribuinte pode apresentar impugnação à exclusão. Decorrido o prazo acima citado sem que tenha sido apresentada impugnação ou sendo considerada improcedente a impugnação apresentada e os respectivos termos de exclusão serão registrados no portal do simples nacional e surtirão efeitos a partir de 01/07/2007 e alcançará todos os estabelecimentos da empresa

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 os 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 - mormente 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 - mormente 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 C/JF 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 as 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 exegese 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 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.

Face ao exposto, acolho a preliminar de nulidade e dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário. Auto de Infração NULO. Deste modo, fica PREJUDICADO o Recurso de Ofício e a análise meritória do Recurso Voluntário.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVIDO** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 060624.0013/13-9, lavrado contra **TN DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS