

A. I. Nº - 299167.0007/14-7  
AUTUADO - T N DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - EPP  
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/08/2018

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0122-01/18**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CONTRIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL MEDIANTE INTIMAÇÃO POR EDITAL. INVALIDADE DA EXCLUSÃO. Invalidade da intimação do autuado acerca da exclusão do Simples Nacional, em face de o ato intimatório não ter sido realizado conforme manda a legislação, ou seja, não ocorreu de forma regular e eficaz e, por consequência, não estaria apto a produzir efeitos legais, implica em nulidade do lançamento de ofício. Acolhida preliminar de nulidade. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$36.546,13, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de janeiro e março, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.987,70, acrescido da multa de 70%;
2. Deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias constantes do seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades, sendo o montante a recolher apurado através de levantamento fiscal, no mês de maio de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.157,57, acrescido da multa de 70%;
3. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro e março de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$626,96, acrescido da multa de 50%;
4. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$253,68. Período de ocorrência: janeiro a abril de 2009;
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a maio de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$30.520,22, correspondente a 10% do valor comercial da mercadoria.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls.217 a 222). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Sustenta que a autuação não pode prosperar. Primeiro, porque todo o suposto crédito tributário encontra-se consumido pela decadência, haja vista que a notificação da autuação se deu em 17/07/2014, mais de cinco anos depois da suposta ocorrência dos mencionados fatos geradores. Segundo, porque houve equívoco da autuante na apuração e cobrança do crédito tributário.

Apresenta argumentação comum a todas as infrações, no caso, a ocorrência da decadência. Alega que lhe foi dada ciência em 17/07/2014, portanto, todos os fatos geradores ocorridos antes de 17/07/2009 encontram-se alcançados pela decadência, devendo assim os lançamentos decorrentes ser excluídos da autuação.

Impugna especificamente cada infração. No que tange às infrações 1 e 3, impugnadas conjuntamente, afirma que a planilha elaborada pela autuante, apropriou de maneira equivocada o crédito de ICMS a que a empresa faz jus, mais especificamente nos meses de janeiro e março de 2009.

Salienta que em janeiro de 2009, o Fisco apontou a existência de crédito no montante de R\$16.155,83, enquanto a apurou crédito total no valor de R\$17.290,40. Diz que no mês de março o Fisco apontou crédito de R\$7.794,44, ao passo que encontrou crédito de R\$14.617,50.

Explica que desse modo, refez a planilha da autuante e, no que toca a estes dois meses especificadamente, decompôs o crédito de ICMS a mais, a fim de demonstrar a exatidão dos seus cálculos (créditos de Nota Fiscal – NF; e créditos de ICMS Normal – NO). Ressalta que todos os demais dados são idênticos aos apresentados pela autuante.

Observa que em conformidade com a planilha refeita que apresenta, em verdade, possui crédito de ICMS, tendo recolhido o tributo a mais, o que, segundo diz, lhe importa em um saldo positivo de R\$1.435,27, montante este cuja devolução requer, sob a modalidade restituição.

Assinala que no intuito de comprovar os créditos de Nota Fiscal colacionou a cópia do seu livro de entradas do ano de 2009 (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**).

Conclusivamente, assevera que as infrações 1 e 3 são improcedentes, existindo ainda crédito da empresa, cuja restituição reitera no montante de R\$1.435,27.

Quanto à infração 2, afirma que o entendimento da autuante está equivocado, haja vista que todas as compras em questão foram devolvidas. Consigna que, no intuito de comprovar este fato, colacionou cópia do seu livro Registro de Saída (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**).

Conclusivamente, afirma que a autuação é totalmente improcedente.

No tocante à infração 5, diz que a autuante incorre em equívoco, pois, todas as mercadorias foram devidamente registradas e o tributo correspondente eventualmente devido recolhido. Alega que a aquisição, o registro e a tributação destas mercadorias ocorreram no estabelecimento matriz. Diz que a prova disso é o livro Registro de Entradas da Matriz, no qual todas as notas fiscais arroladas pela autuante encontram-se elencadas (Doc. 04).

Conclusivamente, diz que a autuação é totalmente improcedente.

Finaliza peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, a restituição do crédito a que faz jus, conforme exposto acima. Protesta, também, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls.254/255). Contesta a alegação defensiva, atinente às infrações 1 e 3. Diz que a ação fiscal foi realizada com base em Notas Fiscais e livros fiscais, portanto, foram considerados os créditos fiscais das Notas Fiscais efetivamente apresentadas, em cumprimento à Intimação de fls. 6 a 9. Acrescenta que tais documentos, que amparam a ação fiscal, encontram-se anexados ao PAF, em cópias, às fls. 20 a 205.

Afirma que desse modo, a simples escrituração no livro de Registro de Entradas sem a apresentação dos correspondentes documentos fiscais não é suficiente para comprovar a exatidão do crédito fiscal apropriado pelo autuado.

Conclusivamente, mantém as infrações 1 e 3.

No respeitante à infração 2, consigna que o impugnante simplesmente alega ter devolvido as mercadorias adquiridas que não constaram no seu estoque final, à data do pedido de baixa da inscrição. Anexa cópia do livro de Registro de Saídas (fl. 233) sem, contudo, apresentar cópia dos documentos fiscais que comprovem terem sido, exatamente, aquelas mercadorias.

Conclusivamente, mantém autuação.

Relativamente à infração 4, observa que o impugnante silenciou, razão pela qual entende como reconhecimento tácito.

No que concerne à infração 5, afirma que não identificou o registro das Notas Fiscais objeto do demonstrativo de fls. 152 a 154, nos livros fiscais do autuado.

Conclusivamente, mantém esta infração.

Finaliza a peça informativa, mantendo a integralidade do Auto de Infração.

Consta à fl. 258, petição do autuado, na qual este requer a retirada do nome do advogado anterior, bem como que as publicações sejam realizadas no nome do patrono Bel. Fernando José Máximo Moreira – OAB n. 11.318.

A 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência à INFRAZ VAREJO, a fim de que a autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências:

#### *INFRAÇÕES 1 e 3*

*1.Verificasse se na apuração dos créditos fiscais apontados pela autuante foram consideradas Notas Fiscais de entrada cujo creditamento é vedado – em decorrência de isenção, não incidência ou fase de tributação encerrada por antecipação ou substituição tributária -, haja vista que o próprio autuado apontou como crédito fiscal referente aos mencionados documentos fiscais valores substancialmente inferiores nos dois meses – janeiro e março de 2009;*

*2.Verificasse, também, se os valores apontados na coluna “ICMS NO (Pago)”, de fato, dizem respeito ao período objeto da autuação, assim como se referem a valores que tem correspondência com os valores exigidos;*

*3.Revisasse o lançamento efetuando as correções e ajustes necessários, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos com os valores remanescentes.*

#### *INFRAÇÃO 2*

*Em face de o autuado alegar que todas as compras em questão foram devolvidas, conforme comprova a cópia do seu livro Registro de Saídas acostada a fl. 233 dos autos, e a autuante contestar a alegação defensiva, dizendo que o autuado não apresenta cópias dos documentos fiscais que comprovem se tratar das mesmas mercadorias objeto da autuação, intimasse o autuado a apresentar os documentos fiscais que comprovem o alegado, especialmente as notas fiscais correspondentes às entradas e devoluções. Caso o autuado atendesse a intimação analisasse os documentos fiscais apresentados e, se fosse o caso, elaborasse demonstrativo mantendo apenas os valores não comprovados.*

A autuante cumpriu a diligência (fls. 271 a 274). No que tange à infração 1, esclarece que elaborou a conta corrente fiscal do autuado, a partir das Notas Fiscais de aquisições e Notas Fiscais de mercadorias apresentadas, em poder do autuado, mas que não foram registradas no livro de Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS.

Esclarece que este é o motivo pelo qual, na coluna “ICMS recolhido”, do demonstrativo de fl. 15 não foram considerados os recolhimentos no valor de R\$13.692,19 e R\$8.668,61, nos meses de 01/2009 e 03/2009, respectivamente (fl. 220, coluna “ICMS NO (Pago)”). Ou seja, os valores de R\$ 13.692,19 e R\$ 8.668,61, nos meses de 01/2009 e 03/2009 não se referem a esta infração.

Afirma que assim sendo, a alegação defensiva não guarda relação com os valores apurados e demonstrados nesta infração.

Diz que conforme se comprova através das Notas Fiscais de fls. 20 a 145, trata-se de mercadorias com tributação normal, não havendo mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária. Acrescenta que não localizou na defesa, fls. 219 a 222, a alegação de que foram

considerados créditos de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Mantém a autuação.

Quanto à infração 2, esclarece que o autuado foi intimado (fl. 269), em 13/10/2016, para apresentar cópia das Notas Fiscais que faz referência. Registra que até a conclusão da diligência o autuado nada apresentou, mesmo tendo sido feito contato lembrando o prazo para atendimento de 30 dias.

Mantém a autuação.

No que concerne à infração 3, esclarece que comparou o valor apurado nos livros Registro de Entradas e livro Registro de Saídas, com o efetivamente recolhido ao Erário. Reconhece que assiste razão ao autuado, conforme seus livros fiscais, escriturados regularmente, cuja movimentação foi transcrita para as DMAs dos meses de janeiro de 2009 e março de 2009, conforme tela que apresenta.

Observa que foi apurado o ICMS no valor de R\$13.611,28, na DMA/livros fiscais e recolhido o valor de R\$13.692,19, fls. 232, no mês de janeiro de 2009.

Quanto ao mês de março de 2009, consigna que foi apurado o saldo de devedor do ICMS no valor de R\$8.668,61, DMA/livros fiscais, e recolhido R\$8.668,61, não havendo nenhum valor a ser reclamado a título de recolhimento a menos.

Conclusivamente, reconhece que o autuado comprovou a inexistência dos valores de R\$374,41 e R\$252,55, referente aos meses de janeiro e março de 2009.

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou (fls. 284 a 292). Apresenta o que denomina de Requerimento Administrativo. Discorre sobre a admissibilidade do referido requerimento. Afirma que os documentos acostados ao Requerimento Administrativo têm o condão de prova documental necessária e suficiente à comprovação da necessidade de extinção do presente Processo Administrativo Fiscal, portanto, mostra-se perfeitamente cabível e pertinente.

Assinala que, tendo observado a ausência de amparo legal na exclusão do Simples Nacional, bem como a irregular constituição de créditos eivados de nulidade, a empresa buscou, nas vias administrativas, por meio de Processo Administrativo Fiscal de Controle de Legalidade, perante a Procuradoria Geral do Estado – PGE – Procuradoria Fiscal - PROFIS, demonstrar o não cabimento da exclusão e, consequentemente, a não existência de créditos tributários que embasam o PAF em lide.

Assinala que o Processo Administrativo Fiscal de Controle de Legalidade foi apresentado oportunamente e à autoridade competente, onde este passou por todos os trâmites legais, tendo sido ouvida a Inspetoria Fiscal Varejo, além de outros órgãos e setores competentes, bem como foram produzidas planilhas, levantamentos e etc. Diz que foi um processo longo e arduamente debatido, tendo sido apresentadas provas documentais de grande relevância que comprovaram a veracidade dos fatos afirmados na peça inicial do supracitado requerimento administrativo, qual seja o de que a intimação de exclusão do Simples Nacional fora realizada de forma ilegal e irregular.

Consigna que, tendo em vista, a citada comprovação, por meio de Parecer Administrativo Normativo, que colacionou emitido pela PGE/PROFIS, da ilegal e irregular exclusão do Simples Nacional, para fins de ICMS, requer a extinção do referido Processo Administrativo Fiscal.

Observa que inicialmente a empresa fora excluída do Simples Nacional, no âmbito estadual do ICMS, por meio de intimação por Edital publicado ao final do Processo de Exclusão, deduzindo-se, por óbvio, que no processo de exclusão do Simples Nacional para o ICMS, a legislação aplicável é a que regula o Processo Administrativo Fiscal neste Estado.

Salienta que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, é claro ao dispor, no artigo 108, que a intimação do

contribuinte quanto a qualquer ato, fato ou exigência fiscal deve ser feita pessoalmente, sendo a editalícia um complemento desta na hipótese em que frustrada a intimação pessoal. Reproduz o mencionado dispositivo regulamentar processual.

Afirma que desse modo, resta provado que a melhor aplicação do direito, inclusive, na forma que dispõe o ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto, impede, sob pena de nulidade, de que haja intimação, como ocorreu, na presente situação, por edital, sem que tenha sido esgotado, as demais possibilidades de intimação, quais sejam, intimação pessoal, intimação pelos correios e intimação por Oficial, o que, efetivamente, não aconteceu.

Conclusivamente, diz que, definitivamente, a exclusão do Simples Nacional, para o ICMS, está atingida por nulidade plena.

Ressalta que inconformado com a ilegalidade cometida pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, apresentou Requerimento de Controle de Legalidade nº PGE/2017281086-0, que, após os devidos trâmites legais, corroborou no Parecer da PGE/PROFIS na data de 01/09/2017, no qual se verifica a confirmação da total irregularidade e consequente nulidade do ato de exclusão da empresa, do Simples Nacional, para o ICMS, por edital.

Assinala 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 por meio das vias pessoais, postais ou eletrônicas, sendo o meio editalício, como último rácio, em razão do seu caráter presumível e que não abre possibilidade para a devida defesa em tempo hábil, conforme se observa na transcrição do parecer, que apresenta. Salienta que o citado Parecer traz a jurisprudência que corrobora seu entendimento, conforme transcrição que apresenta.

Acrescenta que o Parecer Normativo firma, ainda, entendimento de que com relação à notificação 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. Reproduz.

Apresenta, ainda, a jurisprudência trazida no referido Parecer Normativo sobre o assunto, reproduzindo-a.

Diz que por fim, o Parecer Normativo afirma a nulidade das intimações referentes à exclusão do Simples Nacional, da empresa requerente.

Conclusivamente, consigna que dessa forma, entende-se que a nulidade da exclusão da empresa tornam sem eficácia os débitos de Auto de Infração referentes ao exercício em que esta se encontrava qualificada como contribuinte normal, como é o caso do presente lançamento de ofício.

Finaliza a Manifestação requerendo:

- que seja, no mérito, extinto o presente Processo Administrativo Fiscal, dada a incontestável nulidade de todo o Procedimento Administrativo Fiscal que dá base ao feito executivo, no que tange à nula exclusão do Simples Nacional, reconhecido de forma categórica e séria pela própria Fazenda Estadual representada pela Douta Procuradoria Geral do Estado da Bahia - PGE-PROFIS;
- a juntada do Parecer Normativo aduzido, em sua inteireza, para que este surta seus jurídicos efeitos legais.

A autuante, científica da Manifestação do impugnante, se pronunciou (fls.305). Diz que concluída a diligência saneadora de fls. 271 a 274, o autuado apresentou Manifestação, intitulada Requerimento Administrativo, sem previsão no RPAF, tratando de matéria estanque à discutida no Auto de Infração em lide.

Afirma que não é da sua competência abordar a matéria trazida pelo autuado tendo em vista

tratar-se de processo de desenquadramento do Simples Nacional, com opinativo da D. Procuradora Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos.

Finaliza o seu pronunciamento consignando que toma conhecimento da Manifestação do autuado, ao tempo em que mantém o teor da diligência de fls. 271 a 274, pelo fato de não ter sido apresentado nenhum fato novo, capaz de modificar os valores reclamados.

Consta às fls. 313/314 petição do impugnante na qual este requer nova juntada aos autos do Parecer Técnico Normativo da Procuradoria Geral do Estado da Bahia - PGE/PROFIS, na sua integralidade, onde está escrito o nome da empresa, ou seja, TN DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI – EPP, constando, inclusive, o seu CNPJ base nº 8400158 e assinatura da Dra. Procuradora do Estado da Bahia, Rosana Maciel Bittencourt Passos.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja declarado extinto na forma constante do pedido da petição denominada de Requerimento Administrativo, com Registro no SIPRO nº 176194/2017-9.

O impugnante apresentou outra petição (fls.331 a 336), na qual consigna que, em razão dos julgamentos dos Autos de Infração das Empresas do Grupo Trampolim extinguindo os referidos PAFs, requer a juntada das decisões que apresenta, haja vista que, por encontrar-se na mesma situação, a empresa autuada deve ter seu respectivo Auto de Infração julgado extinto.

Acrescenta que também traz ao conhecimento do órgão julgador o Parecer Técnico Normativo da PGE/PROFIS, o qual declarou a nulidade das exclusões do Simples Nacional, por meio de edital, das empresas do Grupo Trampolim que foi anexado aos processos judiciais de Execução Fiscal com igual pedido de extinção da Execução indevida e informa que alguns processos já vieram a receber a decisão extintiva como é de direito, no caso, a empresa P.A.L. DE OLIVEIRA COMERCIO DE CONFECÇÕES – ME, Processo Judicial nº 0538005-31.2014.8.05.0001, Auto de Infração nº 8000000573128, Juízo 9ª Vara da Fazenda Pública – Juíza Dra. Mariana Varjão Alves Evangelista; empresa A S DE ALMEIDA SANTOS COMERCIO DE CONFECOES ME, Processo Judicial nº 0571347-33.2014.8.05.0001, Auto de Infração nº.9147074001142, Juízo: 10ª Vara da Fazenda Pública Juiz Dr. Eldsamir da Silva Mascarenhas.

Esclarece o impugnante que as empresas do Grupo Trampolim começaram a receber intimações, conforme documentos anexados, para dar ciência da Exclusão do regime Simples Nacional referente ao ano de 2012, entretanto, trata-se de um período que se encontra atacado pela prescrição, haja vista que transcorrido mais de 06 anos de sua ocorrência.

Destaca que as Intimações vieram irregulares, haja vista que não foi apresentado o PAF a que se refere a exclusão, em desacordo com o determinado na Lei que regula o Processo Administrativo Fiscal.

Afirma que esse fato, entretanto, demonstra que, em conformidade com o determinado no Parecer Técnico Normativo emitido pela PGE/PROFIS, as empresas do Grupo Trampolim foram reincluídas ao regime Simples Nacional.

Informa que as empresas que receberam as intimações de exclusão do regime Simples Nacional foram as seguintes:

- A S A DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES;
- A S DE ALMEIDA SANTOS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES;
- CARMINHA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA;
- DELLUX COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA;
- FIAPAVIO SERVIÇOS LTDA;
- I M DE SANTAN ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES;
- JC ALMEIDA COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA;
- LIVRE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES;
- MATE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA;
- MULTIMODA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA;
- P A L DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES;

- PR4 COMÉRCIO DE CONFECÇÕES;
- RONNIE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA;
- RX30 COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA;
- S ALMEIDA COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

Ressalta que falta apenas a própria T N DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI e as empresas M H S COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA e M ALMEIDA LIBERATO DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES, mas já foram obtidas informações de que as intimações estão a caminho, via intimação postal.

Finaliza requerendo a juntada das decisões administrativas emitidas pelo CONSEF/BA e das Sentenças que extinguiram processo de Execução Fiscal das empresas do Grupo Trampolim. Requer, ainda, a juntada das intimações de Exclusão do Simples Nacional das empresas do Grupo Trampolim, para que, após a devida análise dos anexos, o presente Auto de Infração seja declarado Extinto na forma constante do pedido da petição denominada de Requerimento Administrativo, com Registro no SIPRO nº 176194/2017-9.

Consta à fl. 382 petição do impugnante, na qual requer a juntada das intimações de Exclusão do Simples Nacional da T N DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI – EPP, para que, seja devidamente analisada.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em face das alegações defensivas, converteu o feito em diligência à Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), fls.386/387, a fim de que fosse analisado e emitido parecer, no tocante ao requerimento formulado pelo impugnante de extinção do Processo Administrativo Fiscal, em face do alegado “Parecer Administrativo Normativo” emitido pela PGE/PROFIS, inclusive sobre o prosseguimento da lide ou não.

Nos termos do Parecer Jurídico de fls. 389 a 396, da lavra do ilustre Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior, consignou que reside a problemática em exame sobre a verificação ou não da ilegalidade da exclusão do Simples Nacional do autuado, desenquadramento este que desencadeou no Auto de Infração em lide.

Observou que o documento acostado à fl. 383 dos autos, de fato, confirma que a exclusão do Simples Nacional do sujeito passivo deu-se de maneira Editalícia, em desacordo com lei.

Esclarece que desse modo, tratando-se de matéria completamente similar à discutida em inúmeros Autos de Infração, lançamentos estes vinculados ao grupo empresarial “Trampolim”, adotará, seguindo a orientação da especializada da PGE, o parecer da lavra da I. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, Drª. Rosana Passos, cuja transcrição apresenta na íntegra, conforme abaixo:

*“ Nos termos da nomeação contida no Decreto do Exmo. Sr. Governador do Estado da Bahia, publicado no DOE de 15 de janeiro de 2015, bem como em face do art. 41, inc. II, da Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009, acolhemos o pronunciamento de fls. 156/166, da lavra de Dr. José Augusto Martins Júnior.*

*Em reforço aos judiciosos argumentos levantados pelo nobre Procurador, aduzimos que o sistema processual brasileiro tem, tradicionalmente, atribuído caráter de subsidiariedade aos atos de comunicação processual realizados por meio de publicação de edital em diário oficial, aceitando-os como válidos apenas em hipóteses excepcionais, quando exauridas as possibilidades de científicação do interessado pelas demais formas admitidas na legislação de regência.*

*Assim o é porque, não sendo a leitura de Diário Oficial uma conduta inserida no rol das atividades ordinárias do cidadão comum, certo é que a intimação por edital tem caráter meramente ficto (ou presumido), e, por isso mesmo, sua utilização imponderada deve ser evitada, na medida em que, via de regra, tolhe a eficaz científicação do sujeito passivo acerca dos atos praticados pela Administração, privando-lhe do direito de questioná-lo a tempo e modo.*

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

*Conclui-se, por conseguinte, que normas como a do art. 327 do RICMS/12 - que determina a intimação*

*diretamente por edital, com exclusão das demais formas que lhe deveriam necessariamente preceder - não resistem ao mais superficial confronto com os princípios da ampla defesa e do contraditório, de estatura constitucional (art. 5º, LV, daCF/88).*

*Nessa mesma linha tem seguido a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, como faz prova o acórdão cuja ementa se encontra transcrita nafl. 165. Considerando, todavia, que aquele ar esto foi lançado em processo de natureza penal, pensamos não seja sobrejo trazer à colação outros, especificamente relacionados com temas tributários. Confira-se:*

**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, Rei. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 14/10/2011; AgRg no REsp 1.233.778/MG, Rei. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/08/2011 e REsp 1.199.572/MG, Rei. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 22/09/2010.*
2. *Agravo regimental a que se nega provimento.*  
(AgRg no AREsp 524.888/MG, Rei. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU. A USÊNCIA DE ENVIO DO CARNÉ DE PAGAMENTO POR CORREIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO PELA VIA EDITALÍCIA DE CONTRIBUINTE COM ENDEREÇO CERTO E CONHECIDO. ILEGITIMIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS DESPROVIDO.**

- (...)
2. *O acórdão recorrido reflete, com fidelidade, a jurisprudência desta Corte quanto à ilegitimidade da notificação preferencial do lançamento pela via editalícia quando o Contribuinte tem endereço certo e conhecido, a teor do disposto no art. 145 do CTN. Precedentes: AgRg no AREsp. 648.378/MG, Rei. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25.3.2015; AgRg no REsp. 1.400.641/MG, Rei. Min. OG FERNANDES, DJe 6.10.2014; AgRg no AREsp. 524.888/MG, Rei. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 2.9.2014.*
  3. *Agravo Regimental do Município de Porto Alegre/RS desprovido.*  
(AgRg no AREsp 8.326/RS, Rei. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. TAXAS DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO E DE FISCALIZAÇÃO SANITÁRIA. NOTIFICAÇÃO PESSOAL E POR ESCRITO.**

**NECESSIDADE. ART. 145 DO CTN.**

1. *A jurisprudência deste Tribunal Superior pacificou o entendimento de que, nos termos do art. 145 do CTN, o contribuinte deve ser notificado pessoalmente e por escrito do lançamento do crédito tributário, somente sendo permitida a notificação por edital quando o devedor se encontrar em lugar incerto e não sabido. Precedentes.*
2. *Agravo regimental a que se nega provimento.*  
(AgRg no REsp 1400641/MG, Rei. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014)

*Note-se que, conquantos os julgados acima se refiram especificamente à notificação do lançamento tributário, tal entendimento é igualmente aplicável aos atos de intimação referentes a 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 os atos de exclusão de regime diferenciado de apuração do imposto.*

*Tal é o que se colhe, por exemplo, da decisão lançada pelo STJ nos autos do REsp 1561153:*

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PENA DE PERDIMENTO DE BEM. INTIMAÇÃO PESSOAL (REGRA GERAL). SOMENTE**

**QUANDO NÃO POSSÍVEL A SUA EFETIVAÇÃO É QUE SERÁ ADMITIDA A INTIMAÇÃO POR EDITAL.**

1. Cinge-se a controvérsia dos autos acerca da forma de intimação para aplicação da pena de perdimento de veículo. Se é possível a utilização de forma imediata da intimação por edital. Ou conforme entendeu o Tribunal de origem a intimação por edital só deve ser realizada após restar frustrada a intimação pessoal.

(...)

3. *Ao disciplinar a forma de intimação para aplicação da pena de perdimento do veículo apreendido o artigo 27, § 1º do Decreto Lei 1.455/1976 dispõe que a mesma poderá ser feita pessoalmente ou por edital. A interpretação que se extrai do comando legal é que pela natureza desse meio, e pela forma como nosso ordenamento jurídico trata a utilização do edital, somente será aplicada quando não se obtiver êxito na intimação pessoal, dado o caráter excepcional da intimação por edital.*

4. *Vale destacar que o artigo 27, § 1º do Decreto Lei 1.455/1976 deve ser interpretado em consonância com o artigo 23 do Decreto-Lei 70.235/1972 (que regulamenta o processo administrativo fiscal), segundo o qual somente quando restar infrutífera a intimação pessoal, postal ou por meio eletrônico é que será efetivada a intimação por edital*

5. *No caso dos autos, a Fazenda Pública utilizou-se de forma imediata da intimação por edital, razão pela qual o entendimento fixado pelo Tribunal de origem, ao anular o processo administrativo fiscal por vício na intimação, e determinar a intimação pessoal do contribuinte deve ser mantido.*

6. *Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte não provido.*

(REsp 1561153/RS, Rei. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015)

(grifos não originais)

As razões de decidir desse julgado foram explicitadas no Informativo nº 0574 do STJ, cujos termos aqui se tem por bem transcrever, a despeito de sua contribuinte, não é razoável a Fazenda Nacional presumir que ele está em lugar desconhecido (incerto ou não sabido) e realizar a intimação por edital. Com efeito, o dever do ente tributante de realizar a devida intimação/notificação do processo administrativo ao particular não é exigência formal, mas sim observância de garantias mínimas asseguradas ao contribuinte para a garantia do devido processo administrativo, primando pela prática de atos que assegurem o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Portanto, a regra deve ser a intimação pessoal, forma mais adequada e segura de dar conhecimento do ato, sem o risco da presunção de conhecimento da intimação por edital.

STJ - Informativo de Jurisprudência Página II de 31 conhecimento da intimação por edital. REsp 1.561.153-RS, Rei. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015.

(grifos acrescentados)

Assim, na esteira do quanto decidido pelo STJ, tem-se que o art. 327 do RICMS/12 deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 108, § 1º, do RPAF/99 - e, porque não dizer, também com a norma do art. 5º, LV, da CF/88 -, de maneira a se concluir que a intimação, por edital, acerca da exclusão do Simples Nacional, só se legitima após exauridos os demais meios legalmente previstos.

E mister, no entanto, ressaltar que esta linha de interpretação é aqui sustentada apenas em tese, não sendo possível, todavia, aferir sua aplicabilidade ao caso concreto, não medida em que, compulsando os autos, neles não detectamos quaisquer evidências de veracidade da alegação do Recorrente, no sentido de que fora cientificado de sua exclusão do Simples Nacional apenas por edital.

Deveras, conquanto a diligência de fls. 150/153 mencione que o edital em questão estaria na página 30 destes autos, o que ali se exibe é, em verdade, uma cópia extraída do livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte. Ademais, ainda que se tenha, efetivamente, publicado o termo de exclusão em diário oficial, seria mister verificar se tal publicação não foi precedida de tentativas de intimação pessoal ou por via postal - que, se existentes e inviáveis, torná-la-iam legítima.

Com tais ponderações, encaminhe-se o processo à SEFAZ/CONSEF.

Finaliza o ilustre Procurador manifestando o entendimento de que, em face do expedido, os autos devem retomar ao CONSEF, para que seja declarada a improcedência do lançamento, uma vez inexistente a conduta infracional motivadora da autuação.

Consta às fls. 397 a 400 o Despacho PGE/PROFIS, da lavra da ilustre Procuradora do Estado, Drª. Paula Gonçalves Morris Matos, no qual, ao promover a revisão dos pronunciamentos emitidos pelos Procuradores lotados no Núcleo de Consultoria e Assessoramento da Procuradoria Fiscal,

consignou que acolhe o pronunciamento de fls. 389 a 396, da lavra de Dr. José Augusto Martins Júnior.

Esclarece a ilustre Procuradora que, após as investigações necessárias, conclui-se pela nulidade dos atos de intimação de exclusão do Simples Nacional das empresas do denominado “Grupo Trampolim”, 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 atos de exclusão. Neste sentido, reproduz excertos do parecer.

Observa que o reconhecimento da invalidade da intimação do contribuinte acerca da exclusão do Simples Nacional, conforme aduzido acima, produz, como consequência direta, a nulidade de lançamentos de ofício que possam ter por fundamento sua exclusão do regime do Simples Nacional. Explica que isso decorre do fato de a decisão de exclusão só passar a produzir efeitos após seu registro no Portal Simples Nacional, ato que demanda prévia e regular intimação do contribuinte para se defender. Neste sentido, invoca e reproduz o regramento previsto no RICMS/BA/12, no caso, os seus artigos 326, 327, 328 e 329.

Diz que desse modo, tendo em vista que o ato intimatório em questão não se deu consoante preconizado na legislação, ou seja, considerando que não ocorreu de forma regular e eficaz, não estaria apto a produzir efeitos legais, restando, portanto, o lançamento de ofício a ele subsequente e dependente maculado, ensejando a sua nulidade.

Salienta que essa inclusive é a posição adotada pelo CONSEF sobre o tema, conforme faz prova o Acórdão cuja ementa transcreve.

Finaliza dizendo que outra providência não lhe resta senão opinar pelo cancelamento do Auto de Infração em questão.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Conforme relatado, na Defesa vestibular o então patrono do contribuinte impugnou o mérito da autuação, sustentado a improcedência do Auto de Infração, o que, inclusive, implicou na conversão do feito em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que a autuante se pronunciasse sobre as alegações defensivas.

Ocorreu que em momento posterior o contribuinte apresentou petição (fl. 258), na qual requereu a retirada do nome do advogado anterior, bem como que as publicações fossem realizadas no nome do novo patrono Bel. Fernando José Máximo Moreira – OAB n. 11.318.

O ilustre patrono do autuado ao ser cientificado do resultado da diligência se manifestou (fls. 284 a 292). Colacionou o que o que denomina de “Requerimento Administrativo”. Sustentou que os documentos acostados ao referido requerimento têm o condão de prova documental necessária e suficiente à comprovação da necessidade de extinção do presente Auto de Infração..

Trouxe ao conhecimento desta JJF o Parecer Técnico Normativo da PGE/PROFIS, o qual declarou a nulidade das exclusões do Simples Nacional, por meio de edital, das empresas do Grupo Trampolim que foi anexado aos processos judiciais de Execução Fiscal com igual pedido de extinção da Execução indevida e informa que alguns processos já vieram a receber a decisão extintiva como é de direito, no caso, a empresa P.A.L. DE OLIVEIRA COMERCIO DE CONFECÇÕES – ME, Processo Judicial nº 0538005-31.2014.8.05.0001, Auto de Infração nº 8000000573128, Juízo 9ª Vara da Fazenda Pública – Juíza Dra. Mariana Varjão Alves Evangelista; empresa A S DE ALMEIDA SANTOS COMERCIO DE CONFECÇOES ME, Processo Judicial nº 0571347-33.2014.8.05.0001, Auto de Infração nº 9147074001142, Juízo: 10ª Vara da Fazenda Pública Juiz Dr. Eldsamir da Silva Mascarenhas.

Em face das alegações defensivas, especialmente dos elementos colacionados pelo impugnante, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), fls.386/387, a fim de que fosse analisado e emitido parecer, no tocante ao requerimento formulado pelo impugnante de extinção do Processo Administrativo Fiscal, em face do Parecer Administrativo Normativo emitido pela PGE/PROFIS, inclusive sobre o prosseguimento da lide.

Nos termos do Parecer Jurídico de fls. 389 a 396, da lavra do ilustre Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior, este consignou que reside à problemática em exame sobre a verificação ou não da ilegalidade da exclusão do Simples Nacional do autuado, desenquadramento este que desencadeou no Auto de Infração em lide. Observou que o documento acostado à fl. 383 dos autos, de fato, confirma que a exclusão do Simples Nacional do sujeito passivo deu-se de maneira Editalícia, em desacordo com lei.

No Despacho PGE/PROFIS, da lavra da ilustre Procuradora do Estado, Drª. Paula Gonçalves Morris Matos, no qual, ao promover a revisão dos pronunciamentos emitidos pelos Procuradores lotados no Núcleo de Consultoria e Assessoramento da Procuradoria Fiscal, esta consignou que acolhe o pronunciamento de fls. 389 a 396, da lavra de Dr. José Augusto Martins Júnior.

Esclareceu a ilustre Procuradora que, após as investigações necessárias, conclui-se pela nulidade dos atos de intimação de exclusão do Simples Nacional das empresas do denominado “Grupo Trampolim”, uma vez que procedidos, exclusivamente, por meio de editais de científicação, tendo determinado, ato contínuo, a sua renovação, com a reabertura do prazo concedido às empresas para impugnarem os atos de exclusão.

Diz que desse modo, tendo em vista que o ato intimatório em questão não se deu consoante preconizado na legislação, ou seja, considerando que não ocorreu de forma regular e eficaz, não estaria apto a produzir efeitos legais, restando, portanto, o lançamento de ofício a ele subsequente e dependente maculado, ensejando a sua nulidade.

O exame de todos os elementos que compõem o presente processo permite concluir que, de fato, não há como o lançamento de ofício prosperar, haja vista que a intimação por edital do Contribuinte ocorreu de forma irregular, pois a sua exclusão do Simples Nacional, mediante intimação por edital, ocorreu sem observância do quanto determina a legislação.

Relevante registrar que outro estabelecimento da mesma empresa figurou no polo passivo do Auto de Infração nº 060624.0013/13-9, sendo que a matéria submetida a julgamento na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF resultou na nulidade da autuação, consoante o recente Acórdão CJF Nº 0053-11/18, cuja ementa traz o seguinte enunciado:

**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.

No voto do ilustre Conselheiro/Relator extraem-se os seguintes excertos pela sua relevância para decisão da lide:

[...]

*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.*

[...]

*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 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 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 as cesta de tributos desse regime de apuração. Recurso de Ofício PREJUDICADO. Recurso Voluntário PROVÍDO. 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.

Portanto, diante da invalidade da intimação do autuado acerca da exclusão do Simples Nacional, em face de o ato intimatório não ter sido realizado conforme manda a legislação tributária, ou seja, não ocorreu de forma regular e eficaz e, por consequência, não estaria apto a produzir efeitos legais, deve o lançamento de ofício em apreço ter decretada a sua nulidade.

Diante do exposto, acorde com o Parecer da PGE/PROFIS e a decisão da Segunda Instância deste CONSEF acima reportada, acolho a nulidade arguida, sendo, desse modo, nula a infração.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 299167.0007/14-7, lavrado contra T N DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI – EPP.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR