

PROCESSO	- A. I. N° 299167.0005/14-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- J. C. ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª JJF n° 0161/01/15
ORIGEM	- INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 02/04/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0032-11/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.
Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei n° 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 n° 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I, do RPAF/99, exercido por este órgão, às fls. 308 a 313 dos autos, subscrito pela Procuradora do Estado, Dr.ª Paula Gonçalves Morris Matos, propondo ao CONSEF, através de uma de suas Câmaras, aprecie a referida Representação pelo cancelamento do Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$30.220,95, referente:

Infração 01 – Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Contribuinte fez denúncia espontânea em valores menores aos que efetivamente foram apurados para os períodos fiscalizados (2010 a 2012).

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 n° 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 n° 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 a exigência fiscal descrita no Auto de Infração epigrafado constitui 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 203459.0001/14-6.

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 299167.0005/14-4.

Às fls. 314 e 315 dos autos, constam despachos da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dr.^a Rosana Maciel Bittencourt Passos, e do Procurador Chefe da PROFIS, Dr. Nilton Almeida Filho, acolhendo o pronunciamento da Dr.^a 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\$30.220,95, referente à seguinte infração: “*Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Contribuinte fez denúncia espontânea em valores menores aos que efetivamente foram apurados para os períodos fiscalizados*”.

O PAF foi julgado Procedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0161-01/15 (fls. 245/251), não tendo o sujeito passivo oferecido recurso à decisão de piso e, em consequência, o PAF inscrito em Dívida Ativa (fls. 263).

Contudo, o sujeito passivo protocolizou junto a PGE/PROFIS o Pedido de Controle da Legalidade do lançamento de ofício, conforme documento às fls. 285 a 293 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 eivados 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 2991670005/14-4.

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 transscrito, 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, como também por se comprovar que o lançamento de ofício, ora em análise, resulta de irregularidade, por se apurar o ICMS pelo regime normal de tributação, logo, resultado da exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional e da consequente migração para o regime normal de apuração do imposto. Neste caso, deve-se acolher a Representação da PGE/PROFIS e considerar nula tal infração.

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 299167.0005/14-4, lavrado contra **J. C. ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP.**

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS