

A. I. Nº - 130080.0005/17-6
AUTUADO - M ALMEIDA LIBERATO DE OLIVEIRA COM. DE CONFECÇÕES EIRELI EPP
AUTUANTE - VIRGÍNIA MARIA ZANINI KERKHOF
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - 26.08.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-02/19

EMENTA: EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL MEDIANTE INTIMAÇÃO POR EDITAL. INVALIDADE. NULIDADE DA AÇÃO FISCAL. Diante do fato de a intimação do sujeito passivo acerca de sua exclusão do regime de apuração do Simples Nacional, não ter sido realizada em obediência à legislação, de forma regular e eficaz e, por consequência, não possui a capacidade de produzir efeitos legais, o que implica em nulidade do lançamento. Infrações nulas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELTÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de junho de 2017 e refere-se à cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$84.336,34, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **16.14.03.** Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Consta a seguinte informação: “*Não entregou os arquivos eletrônicos da EFD (Escrituração Fiscal Digital) no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016 conforme demonstrativo em anexo*”, sendo o valor da infração R\$34.656,34.

Infração 02. **16.14.04.** Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, sendo informado que “*não entregou os arquivos eletrônicos da EFD (Escrituração Fiscal Digital) no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016*”, cominada penalidade de R\$ 49.680,00

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 44 a 53, onde argui em sua defesa, que o lançamento não pode prosperar, uma vez que a empresa autuada, no período fiscalizado, era optante do Simples Nacional.

Esclarece ter sido excluída do Simples Nacional pelo Estado da Bahia de forma ilegal, uma vez que foi intimada exclusivamente por edital, tendo, por conseguinte, cerceados os seus direitos à ampla defesa, uma vez que a Lei Complementar 123/2006 estabelece que por ocasião da exclusão de ofício de empresa optante pelo Simples Nacional a empresa deverá ser comunicada do início do processo de exclusão em conformidade com o que for regulamentado pelo órgão gestor, conforme o seu artigo 26 devidamente transcrito.

Reporta que da mesma forma, o RICMS/97 reconhecia a autoridade e competência do Comitê Gestor para disciplinar o ato de exclusão do Simples Nacional, na forma do artigo 326 daquele dispositivo, igualmente copiado.

Neste diapasão, explica que o Comitê Gestor do Simples Nacional assume o papel de regulamentador do ato de exclusão do Simples Nacional, determinando, no artigo 4º, parágrafo 1º da Resolução 15/2007, o ato de exclusão de processo, devidamente destacado, dispondo, ainda, a referida Resolução que a ciência do processo de exclusão de ofício dar-se-á segundo disposição da legislação do ente federado responsável pela exclusão (Parágrafo 3º).

Segue explicitando que por legislação deve-se entender, para o fim de legitimar o ato de exclusão, aquela que regulamenta, no âmbito de cada ente federado, o Processo Administrativo Fiscal. E isto porque as disposições do artigo 39 da “*Lei Complementar 23/2006*” e do parágrafo 5º do artigo 4º da Resolução 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 (artigo 39).

Conclui que no processo de exclusão do Simples Nacional a legislação aplicável é a que regula o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, e o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 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 deva ser feita pessoalmente, sendo a editalícia excepcionalmente, na hipótese em que frustrada a intimação pessoal.

Neste caso entende não se aplicar o RICMS, pois sendo da competência do órgão gestor do Simples Nacional disciplinar a forma de exclusão de ofício, conforme acima demonstrado, e tendo este determinado a aplicação das disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do ente tributante responsável pela exclusão, não se pode adotar nenhuma outra legislação, incluindo o RICMS, que venha disciplinar de forma diversa a intimação do termo de exclusão, etapa inicial do processo de exclusão de ofício do Simples Nacional.

Aduz que o RPAF/99 privilegia a intimação pessoal como forma originária de comunicação do início do processo administrativo tributário, e não poderia ser diferente, vez que o chamamento de qualquer réu ou indiciado para responder, prestar esclarecimentos, se defender em qualquer processo ou procedimento, administrativo ou judicial, inicialmente deve ser pela forma pessoal e direta, pois é princípio basilar de qualquer ordenamento jurídico o direito do acusado saber pessoalmente do que lhe acusam.

Garante que, dessa forma, não poderia ser aplicado o artigo 392-F do RICMS para comunicação da exclusão do Simples Nacional a empresa autuada, porquanto havendo a Lei Complementar 123/06 determinando expressamente a aplicação do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal ao contencioso advindo da 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, como também do princípio da hierarquia das leis.

Traz decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais a respeito, transcrevendo trechos da mesma, bem como entendimento externado pela Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, no Processo PGE 2015128151-0, em expediente de questionamento jurídico formulado pela 2ª CJF do CONSEF, no qual questiona, em suma, qual a norma aplicável para hipótese de comunicação processual de exclusão do Regime do Simples Nacional, tendo em vista existência de conflito aparente de normas previstas no RICMS/BA e RPAF/BA, emitiu Parecer conforme cópia, o qual afirma ter sido acolhido o pronunciamento cujos trechos foram transcritos, e proferido despacho encaminhado ao CONSEF nos termos postos.

Frisa, ante o pronunciamento proferido pela PROFIS nos autos do mencionado Processo Administrativo que a exclusão da empresa autuada do Simples Nacional é nula de pleno direito, uma vez que a intimação do processo de exclusão deu-se exclusivamente por edital, quando a mesma possui endereço conhecido pelo Fisco estadual. Assim, por ter sido excluída de forma ilegal, a empresa autuada ainda é optante do Simples Nacional.

Diante disso, assevera ser de meridiana clareza que o Auto de Infração não merece prosperar, uma vez que as empresas optantes do Simples Nacional, como é o seu caso, estão dispensadas à escrituração fiscal digital (EFD), conforme Protocolo ICMS 3, de 1º de abril de 2011, com as alterações subsequentes, combinado com o Decreto n. 16.264/2015, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 19 de agosto de 2015, consoante transcrição.

Esclarece que a obrigatoriedade para as microempresas e empresas de pequeno porte efetuassem a Escrituração Fiscal Digital no Estado da Bahia teve início em 01 de janeiro de 2013, consoante Protocolo ICMS 91/2013, entretanto o Estado da Bahia, por meio do Decreto 16.284/2015, publicado no DOE de 19 de agosto de 2015, estabeleceu que as microempresas e as empresas de pequeno porte não mais estariam obrigadas à Escrituração Fiscal Digital (EFD) a partir de 01 de janeiro de 2016.

Reafirma, pois, ser indubitoso que o Auto de Infração impugnado é totalmente improcedente, uma vez que no período autuado a empresa era optante do Simples Nacional e, portanto, encontrava-se desobrigada de apresentar ao fisco estadual Escrituração Fiscal Digital.

Finaliza, requerendo que se julgue totalmente improcedente o Auto de Infração impugnado, uma vez que é optante do Simples Nacional e, por conseguinte, não está obrigada à Escrituração Fiscal Digital (EFD), não tendo cometido as infrações apontadas pela autuante, conforme demonstrado à sociedade.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 118 e 119 aponta que nos dados cadastrais da empresa no sistema da SEFAZ, consta como período de permanência no Simples Nacional, a mesma data inicial e final (10/12/2008), portanto, no período fiscalizado a empresa não estava naquele regime de apuração do ICMS, e, consequentemente, obrigada a apresentar EFD, e por tal razão, não procedem as alegações da defesa.

Distribuído para instrução, o feito foi pautado para julgamento, tendo em 04/01/2018 a defesa acostado petição (fls. 129 a 149) na qual, após solicitar a sua imediata apreciação, diante da iminente possibilidade de julgamento, assevera estar trazendo fatos novos que precisariam ser analisados, para evitar prejuízos às partes, bem como o melhor julgamento da demanda.

Justifica o cabimento do requerimento, por vislumbrar ser o mesmo lido instrumento à sua disposição, que o possibilita imprimir matérias fundamentais e obstadoras da pretensão inserta no Processo Administrativo Fiscal em que se encontra.

Indica que o mesmo possui alegações formuladas pela requerente que são averiguáveis de plano, completamente provadas, praticamente inquestionáveis, visto tratar-se de questão de ordem pública, sendo, portanto, o presente requerimento instruído de prova documental hábil a permitir seu reconhecimento de plano.

Aponta, ainda, adequar-se o mesmo aos pressupostos de sua admissão, bem como veicula matérias fundamentais, constituindo verdadeiro óbice ao prosseguimento do presente Processo Administrativo Fiscal, bem como não demandar dilação probatória, tendo em vista que as documentações que a acompanham mostram-se suficientemente claras e incontestas ao pleito pretendido.

Diz que os documentos ora trazidos têm o condão de prova documental necessária e suficiente à comprovação da necessidade de extinção do presente Processo Administrativo Fiscal, portanto, esta peça mostra-se perfeitamente cabível e pertinente.

Adentrando nos fatos, após breve rememoração dos fatos até então ocorridos, informa ter buscado pela via administrativa, através 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 feito ora discutido.

Assevera ter sido o mesmo apresentado oportunamente e à autoridade competente, onde este passou por todos os trâmites legais, tendo sido ouvida a Inspeção Fiscal do Varejo, além de outros órgãos e setores competentes, bem como foram produzidas planilhas, levantamentos etc., sendo um processo longo e arduamente debatido, tendo sido apresentadas provas documentais de grande relevância que comprovariam 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.

Aduz que tendo em vista a citada comprovação, através de Parecer Administrativo Normativo, que anexa, emitido pela PGE/PROFIS, da ilegal e irregular exclusão do Simples Nacional, para fins de ICMS, requer a extinção do Processo Administrativo Fiscal, ora discutido.

Embasa o pedido sob o argumento de ter sido excluída do Simples Nacional, no âmbito estadual do ICMS, por meio de intimação por Edital publicado ao final do Processo de Exclusão, deduzindo que em tal procedimento de exclusão do Simples Nacional para o ICMS, a legislação aplicável é a que regula o Processo Administrativo Fiscal neste Estado.

Invoca o RPAF/99, arguindo ser o mesmo claro ao dispor, no artigo 108 (transcrito), 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, restando 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 tenham sido esgotadas as demais possibilidades de intimação, quais sejam, intimação pessoal, intimação pelos correios e intimação por Oficial, o que, efetivamente, não aconteceu.

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

Após rememorar 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, resultou no Parecer 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 do Simples Nacional, para o ICMS, por edital.

Aduz estar o entendimento da Procuradoria 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 de edital, o último, em razão do seu caráter presumível e que não abre possibilidade para a devida defesa em tempo hábil, como se observa na transcrição de trechos do mesmo.

Reforça seu raciocínio com citação de jurisprudência que corrobora seu entendimento, em decisão exarada no STJ, através do AgRg no AREsp 524.888-MG, relatado pelo Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgado em 26/08/2014, Publicação no DJE: 02/09/2014.

Pontua que o Parecer Normativo firma, ainda, entendimento de que com relação às 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, na forma reproduzida do mencionado Parecer Normativo, destacando, ainda, a jurisprudência trazida no mesmo sobre o presente assunto, cuja conclusão é pela nulidade das intimações referentes à exclusão do Simples Nacional, da requerente, o que leva ao entendimento de que a nulidade da exclusão da empresa tornam sem eficácia os débitos de Auto de Infração referentes ao exercício em que a mesma estava sendo qualificada como contribuinte normal, como é o caso do presente processo fiscal.

Requer, pois, 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 PGE-PROFIS, bem como que a análise deste requerimento fosse realizada com urgência, tendo em vista que a mesma possui julgamento marcado na 2ª Junta de Julgamento Fiscal, e o documento apresenta fatos novos que precisariam ser analisados antes da realização do julgamento para evitar prejuízo ao contribuinte e à própria Fazenda Estadual, bem como o melhor julgamento da demanda, e por fim, a juntada do mencionado Parecer Técnico Normativo em sua inteireza para que o mesmo surta seus jurídicos efeitos legais.

Por conta de tais fatos, o processo foi convertido em diligência (fl. 153), no sentido de que a PGE/PROFIS emitisse Parecer Jurídico acerca da matéria discutida, do que resultou inicialmente o Parecer PROFIS-NCA-JAM 018/19 exarado pelo Procurador José Augusto Martins Júnior (fls. 157 a 159), o qual se posiciona contrariamente ao pleito da empresa, sob o argumento de que a disciplina legal a regular a matéria seria a Lei Complementar 123/06, especialmente os seus artigos 16 e 29, sobrepujando, inclusive, a regra estabelecida no RICMS/BAHIA, artigo 327.

Com base em tal entendimento, arremata ser válida a intimação realizada.

Submetido ao crivo da Procuradora Assistente, esta, em Despacho de fls. 160 a 166 se posiciona no sentido de que, na forma do artigo 29, § 3º da Lei Complementar 123/06, o Comitê Gestor do Simples Nacional editou a Resolução 94/2011, alterada pela Resolução 121/2015, a qual prevê que a exclusão do regime de apuração pelo Simples Nacional estaria regida pela legislação do ente federado que praticasse o ato, e no presente caso, o RICMS/12 em seu artigo 327, entretanto, tais normas, na redação da época da exclusão do sujeito passivo, não resistem ao confronto constitucional com os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Entende, pois, que sua aplicação somente seria legitimada se esgotados todos os esforços para a notificação do interessado por outros meios, estribando tal entendimento em farta jurisprudência de Tribunais Superiores que colaciona.

Explicita a razão de decidir através do Informativo 574 do STJ, cujo texto reproduz, alinhando entendimento no sentido de que, o artigo 327 do RICMS/12, na sua redação original, deveria ser interpretado em consonância com o artigo 108 § 1º do RPAF/99, bem como o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, de maneira a se concluir que a intimação por edital acerca da exclusão do Simples Nacional só seria legítima após esgotados os demais meios legalmente previstos.

Daí que o reconhecimento da invalidade da intimação do contribuinte acerca de tal exclusão produziria como consequência direta, a nulidade do lançamento que tivesse por fundamento sua retirada do regime, diante do fato da decisão de exclusão somente passar a produzir efeitos após seu registro no Portal do Simples Nacional, ato que demandaria prévia e regular intimação do contribuinte para se defender.

Após transcrição dos artigos 326 a 329 do RICMS/12, com destaque para este último, se inclina ao entendimento que sendo inválido o ato intimatório, restou igualmente maculado o lançamento de ofício subsequente, fazendo menção à decisão do CONSEF em Acórdão referente ao Auto de Infração 203459.0001/14-6, cujo trecho destaca.

Lembra que o lançamento de ofício imputou à atuada a prática de infração consistente na falta de entrega dos arquivos de EFD, e que as empresas optantes do Simples Nacional não estavam obrigadas a apresentar tais arquivos, nos termos do artigo 248 do RICMS/12, na redação vigente em setembro de 2015, devidamente transcrito.

Conclui que uma vez estar o crédito tributário exigido no presente lançamento necessariamente vinculado ao reenquadramento da atuada nas regras do regime especial de apuração, tem por improcedente o lançamento de ofício, uma vez estar o mesmo maculado pela invalidade da intimação da empresa acerca de sua exclusão do Simples Nacional.

Tal posicionamento foi convalidado pelo Procurador Chefe através despacho de fls. 167 e 167-v, o qual o aprova, remetendo o mesmo à SEFAZ para o devido conhecimento.

Presente na sessão de julgamento, o defensor da empresa realizou sustentação oral, na qual reiterou os argumentos defensivos já expostos anteriormente, ao curso da tramitação do feito.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, as quais implicaram em aplicação de penalidades por descumprimento de obrigação acessória, relativas à falta de apresentação de Escrituração Fiscal Digital (EFD), objeto de defesa por parte do contribuinte.

A base na qual se estriba a tese defensiva é a de que sendo empresa optante do regime do Simples Nacional estaria desobrigada a apresentar a escrituração eletrônica (EFD), uma vez que teria sido excluída daquele regime de forma irregular, pela via do edital, arrimando tal argumento, inclusive em decisão judicial que acosta à sua peça, bem como em Parecer exarado pela PGE/PROFIS.

Tal argumento, deve, de plano, ser apreciado, por se tratar de questão prejudicial para o deslinde do feito, o que passo a fazê-lo.

A sistemática de apuração do Simples Nacional foi implementada através da Lei Complementar 123/06, a qual previa em seu artigo 12, § 2º competir ao Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o referido artigo, observadas as demais disposições da Lei Complementar.

Em atenção a tal comando, o CGSN expediu a Resolução 94/2011, que embora revogada em 22 de maio de 2018 pela Resolução CGSN 140, vigia à época da exclusão do contribuinte, a qual previa, em seu artigo 75:

“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)

I - da RFB;

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

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 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)”.
Ou seja: inequívoca a competência do estado da Bahia em proceder a exclusão de ofício do contribuinte da sistemática de apuração do Simples Nacional. E nesta ótica, as intimações deveriam seguir a regra estatuída no artigo 108 do RPAF/99, entendimento reforçado pelo artigo 327 do RICMS/12:*

“Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999”.

Entretanto, esta redação acima exposta foi dada pelo Decreto 16.434, de 26/11/15, publicado no Diário Oficial do Estado de 27/11/15, com efeitos a partir de 27/11/15.

Na redação anterior, que produziu efeitos até 26/11/15, tal artigo assim determinava:

“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”.

Ou seja: para a ciência da exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional, bastaria apenas a publicação de edital, desconhecendo os demais mecanismos e instrumentos de ciência, procedimento frontalmente contrário, como bem observado no posicionamento da PGE/PROFIS, ao próprio princípio da ampla defesa, senão à própria legislação vigente, procedimento refutado pelos Tribunais Superiores, como se verá mais adiante.

Impende firmar que tal forma de citação por edital como forma ficta que se aperfeiçoa pela publicação de editais que, por seu conhecimento geral, faz presumir que a parte citada deles torne conhecimento, motivo pelo qual esta forma é usada em situações excepcionais como, por

exemplo, quando desconhecido ou incerto o réu; quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; e nos casos expressos em lei, conforme preceitua o artigo 256, do atual CPC, aplicado subsidiariamente aos processos administrativos fiscais, nos termos do artigo 180 do RPAF/99.

O artigo 275, § 2º do CPC em vigor, é de solar clareza quanto à necessidade de intimação pessoal, como se denota de seu comando:

“Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.

§ 1º A certidão de intimação deve conter:

I - a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de seu documento de identidade e o órgão que o expediu;

II - a declaração de entrega da contrafé;

III - a nota de ciência ou a certidão de que o interessado não a apôs no mandado.

§ 2º Caso necessário, a intimação poderá ser efetuada com hora certa ou por edital”.

Ou seja: a intimação por edital se apresenta como última possibilidade, apenas após o insucesso de tentativas anteriores em se realizar intimações através de meio postal ou eletrônico e caso seja frustrada a intimação efetuar-se-á a intimação com hora certa ou por edital, se for o caso, o que não se aplicaria em caso em comento.

O princípio da lealdade processual ou das partes, pois, deve ser observado pelo Fisco, ao qual compete levar ao conhecimento do contribuinte, por termo no processo, por documento postado nos Correios, ou qualquer outro meio que assegure a certeza de sua cientificação, e apenas e tão somente se e quando frustrada a intimação por um desses meios previsto na legislação é que se legitima a intimação pela via do edital.

Assim é o entendimento pacificado na jurisprudência, a se verificar, por exemplo, na decisão exarada em 07 de maio de 2019, no TRF-4, Segunda Turma, na AC 5005857-59.2016.4.04.7201 SC, cujo relator, Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti assim decidiu, no que foi seguido por seus pares à unanimidade:

“1. É inválida a notificação de lançamento por edital que não tenha sido procedido da tentativa de localização pessoal do administrado.

2. A ausência de notificação válida torna inconcluso o lançamento, e por consequência, irregular a inscrição dos créditos e dívida ativa por faltar-lhes certeza e liquidez, sendo nulo o título executivo daí extraído”.

Ao seu turno, o STJ, na mesma esteira, ao analisar citação de contribuinte exclusivamente por edital, entendeu que *“...o CTN em seu artigo 145, prevê a necessidade de notificação regular do lançamento, não especificando a forma que deverá ser seguida para a notificação...o contribuinte tem endereço certo e conhecido da Fazenda Pública, a notificação fictícia feita de forma exclusiva não atende à necessidade da notificação regular exigida pelo artigo 145 do CTN”* (Recurso Especial 1.608.031-MG 2016/0149264-2, relator Ministro Sérgio Kukina, em 25 de setembro de 2017).

Ainda posso mencionar o Agravo em Recurso Especial 820.445 MG 2015/0302597-6, julgado pelo STJ em 16 de outubro de 2018, tendo como relator o ministro Gurgel de Faria, no qual a decisão foi no sentido de que a intimação por edital é nula, caso não tentada outra forma de cientificação do contribuinte.

Destaco o seguinte trecho da sua Ementa: *“Tem-se, ainda, que a notificação por edital é meio de notificação ficta, só devendo ser utilizada em última instância, quando já não há mais possibilidade de notificação por outros meios. Essa a conclusão lógica do Decreto n. 70.235/1972 (vigente à época dos fatos): [...] Os princípios da ampla defesa e do contraditório impõem, portanto, maior diligência do Fisco em encontrar o contribuinte”.*

Por outro lado, digno de registro o fato de o entendimento explicitado pela PGE/PROFIS quando do cumprimento de diligência deste órgão julgador, aclarou qualquer dúvida acaso existente a respeito da matéria, sendo deveras esclarecedor para o deslinde da questão.

Lembro ainda, que a própria Secretaria da Fazenda através da DITRI, em 24 de maio de 2017, exarou entendimento contido no Processo 021102/2017-4, se alinhando ao quanto recomendado pela PGE/PROFIS quanto à exclusão de contribuintes optantes do regime de apuração do imposto através do Simples Nacional, no sentido que se seguirem os seguintes passos:

- a) Tendo a SEFAZ tomado conhecimento de fatos que possam levar à exclusão de empresas do Simples Nacional, a INFIP deve instaurar procedimento de investigação, observando cláusula de sigilo na primeira fase de coleta de informações e provas, como forma de impedir que a empresa altere o estado das coisas;
- b) concluído o procedimento de investigação, deve ser elaborado pela INFIP Relatório de Inteligência Fiscal que conterá um sumário das providências adotadas e dos fatos apurados, além das conclusões alcançadas por aquela Inspeção;
- c) O relatório elaborado deve ser encaminhado para ciência do contribuinte, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação e produção de provas, sendo garantido nesse período o acesso a todas as peças dos autos do processo investigativo e obtenção de cópias que julgar necessárias à sua defesa;
- d) havendo manifestação do contribuinte a INFIP poderá reabrir o processo investigativo para coleta de novos elementos de prova que se mostrarem relevantes;
- e) concluída essa segunda investigação, ou caso se mostre desnecessária a sua instauração, a INFIP produzirá nos autos sua informação final, sendo o processo remetido para a INFAZ competente;
- f) na hipótese da decisão pela exclusão, o Inspetor Fazendário competente promoverá a prática do ato, mediante decisão fundamentada, e lavrará o termo de exclusão de que trata o artigo 327 do RICMS, indicando a data a partir da qual devem ser produzidos os efeitos;
- g) O contribuinte será cientificado da decisão, na forma do art. 108 do RPAF, tendo o prazo de 30 (trinta) dias, conforme previsto no artigo 328 do RICMS/BA, para impugnação;
- h) havendo impugnação, essa deverá ser apreciada pela autoridade fazendária competente, em decisão fundamentada, da qual o contribuinte será cientificado na forma regulamentar.
- i) conforme estabelece o artigo 329 do RICMS, mantida a decisão de exclusão do contribuinte, o termo de exclusão será registrado no Portal do Simples Nacional na internet para que possa produzir seus efeitos.

Embora posterior à autuação e aos fatos constantes do presente lançamento, tal posicionamento resolve de uma vez por todas, questões semelhantes à presente, alinhando os procedimentos a serem adotados quando verificadas situações similares.

Logo, não atentando a Fazenda Pública para os caminhos a serem seguidos quando da intimação do sujeito passivo, optando, de plano, pela expedição de edital, cerceado fica o direito à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte, tornando o ato passível de decretação de nulidade.

De igual modo, este órgão julgador, tem sedimentando entendimento no mesmo sentido, a se verificar pelas decisões contidas nos Acórdãos JJF 0122-01/18, 0145-04/18, 0108-03/19, CJF 0164-11/17, 0053-11/18, 0212-12/18, inexistindo neste âmbito, qualquer dúvida acerca da imprestabilidade da intimação pela via de edital, quando não esgotadas as demais possibilidades previstas na legislação, especialmente o RPAF/99, o que se caracteriza como claro cerceamento de defesa do contribuinte e impedimento ao pleno exercício do contencioso.

Assim, lastreado no entendimento esposado pela PGE/PROFIS nos presentes autos, e sobretudo, da falta de base legal para a forma da intimação realizada para exclusão do contribuinte autuado da

sistemática de apuração do SIMPLES NACIONAL, a qual se apresentou inadequada pela forma realizada, além dos outros motivos expostos, julgo o Auto de Infração nulo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **130080.0005/17-6** lavrado contra **M ALMEIDA LIBERATO DE OLIVEIRA COM. DE CONFECÇÕES EIRELI –EPP**.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2019.

JORJE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR