

PROCESSO	- A. I. N° 130609.0168/14-7
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- M ALMEIDA LIBERATO DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 3 ^a JJF n° 0178-03/15
ORIGEM	- IFMT METRO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 08/09/2021

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0187-11/21-VD

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

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), e no artigo 113, § 5º, I do RPAF/99, propondo ao CONSEF, através de uma de suas Câmaras, a apreciação da referida Representação pelo cancelamento do Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado em 31/03/2014, para exigir R\$183.645,05 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento do imposto efetuado a menos, devido a erro na apuração dos valores do tributo, nos meses de março e dezembro de 2009; janeiro, abril, junho, setembro de 2010; janeiro, fevereiro, junho, setembro, outubro e dezembro de 2011; janeiro, abril, junho, agosto, setembro e dezembro de 2012.

Esclarece a nobre Procuradora que a irresignação tracejada pelo contribuinte no pleito impugnatório cinge-se, especificamente, às alegações de nulidade do processo de exclusão do Simples Nacional para o ICMS, em face de a sua intimação ter se dado unicamente pela via editalícia e necessidade de aplicação do entendimento já enunciado nos autos do Processo nº 2014300074-0 pela Procuradora Geral do Estado, que reconheceu a nulidade da intimação do contribuinte, quando perpetrada diretamente por edital.

Constata que a ciência, de fato, ocorreu exclusivamente mediante publicação de editais em diário oficial, concluindo pela nulidade dos atos de intimação, pelas razões expostas no parecer cuja cópia se encontra nas fls. 162/165, tendo recomendado sua renovação, com reabertura do prazo de impugnação das empresas.

Transcreve trechos do pronunciamento da PGE devidamente ratificado pelo Procurador Chefe.

Explica que seguindo essa sistemática estabelecida no RICMS/12, após regularmente intimado de sua exclusão do Simples Nacional, o contribuinte tem prazo de 30 dias para oferecer impugnação, que será apreciada pela autoridade competente. Apenas se mantida a decisão de exclusão é que o termo respectivo será registrado no Portal do Simples Nacional, passando a produzir seus regulares efeitos.

Faz uma análise dos artigos e salienta a nulidade da exigência fiscal contida no presente Auto de Infração, já que, por ocasião de sua lavratura, a autuada ainda não estava definitivamente excluída do regime do Simples Nacional, porquanto inapta a produzir regulares efeitos a decisão administrativa que o decretou, diante da inexistência de intimação válida da empresa para exercer seu direito de defesa.

Cita decisões deste órgão julgador e conclui por representar ao CONSEF pela nulidade do presente Auto de Infração.

Submete o pronunciamento à censura hierárquica da Procuradora Assistente, a qual acolheu o parecer exarado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do sujeito passivo o valor de R\$183.645,05 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento do imposto efetuado a menos, devido a erro na apuração dos valores do tributo, nos meses de março e dezembro de 2009; janeiro, abril, junho, setembro de 2010; janeiro, fevereiro, junho, setembro, outubro e dezembro de 2011; janeiro, abril, junho, agosto, setembro e dezembro de 2012.

O PAF foi julgado Procedente pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0178-03/15, não tendo o sujeito passivo oferecido recurso à decisão de piso, e, em consequência, o PAF inscrito em Dívida Ativa.

Contudo, o sujeito passivo protocolizou junto a PGE/PROFIS o Pedido de Controle da Legalidade do lançamento de ofício, 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, opinando pela nulidade da exigência fiscal contida no presente Auto de Infração, já que, por ocasião de sua lavratura, a autuada ainda não estava definitivamente excluída do regime do Simples Nacional, porquanto inapta a produzir regulares efeitos a decisão administrativa que o decretou, diante da inexistência de intimação válida da empresa para exercer seu direito de defesa.

Com efeito, da análise das peças processuais, é incontestável 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 transcrita, 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.”

Assim, entendo pelo acolhimento da 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 ofensa ao pleno direito de defesa e contrário ao que preconizado na legislação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **130609.0168/14-7**, lavrado contra **M ALMEIDA LIBERATO DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS