

PROCESSO - A. I. Nº 147074.0010/13-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - I M DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECCÕES EIRELI - EPP
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª JFJ nº 0126-01/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0190-12/21-VD

EMENTA: ICMS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL MEDIANTE INTIMAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE ABSOLUTA. INVALIDADE DA EXCLUSÃO. Representação proposta com base no Art. 113, § 5º, I do RPAF/99, para que seja cancelado o lançamento em questão por conta da exclusão do Autuado do SIMPLES NACIONAL, conforme cópia de intimação por edital. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, subscrita pela ilustre procuradora Dra. Rosana Maciel Passos Salau, acolhida pela Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, com fulcro no Art. 113, §5º, I, do RPAF/99 (fls. 354 a 363), visando o cancelamento do Auto de Infração em epígrafe em razão da nulidade dos atos de intimação de exclusão do Autuado do regime do SIMPLES NACIONAL, já que efetuado exclusivamente por meio de edital.

Ressaltou ainda que as Infrações 01 e 02 exigidas na autuação decorreram da indevida forma de exclusão perpetrada, e as Infrações 03 e 04 não consideraram os benefícios decorrentes da condição de microempresa e empresa de pequeno porte, motivo pelo qual se impõe a nulidade de todo o Auto de Infração, lavrado em 16/12/2013, no valor de R\$231.746,12, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 03.01.05 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a março e maio a setembro de 2011 e fevereiro a abril de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$158.540,04, acrescido da multa de 50%, prevista no Art. 42, I, “b”, I, da Lei nº 7.014/96, no período de janeiro de 2009 a fevereiro de 2010, e da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, nos demais períodos.

Infração 02 - 05.08.01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira ou administradora de cartão de crédito, nos meses de maio a agosto de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$68.839,53, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, ocorrido em janeiro, fevereiro e outubro de 2009, setembro de 2010, abril e maio de 2011 e janeiro, março e dezembro de 2012, no valor de R\$2.305,26, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 07.15.03 - Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, ocorrido nos meses de abril e setembro de 2012, no valor de R\$2.061,29, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Apresentada Defesa pelo Autuado, a 1ª JFJ julgou parcialmente procedente o Auto de Infração (fls. 251 a 255). Inconformado com o resultado do julgamento, o Autuado apresentou Requerimento Administrativo no Controle da Legalidade (fls. 265 a 273), que resultou nesta Representação da PGE/PROFIS.

VOTO

Nos termos do Art. 113, §5º, I do RPAF/99, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado, para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no Art. 119, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja cancelado o lançamento em questão.

O Autuado, através de Requerimento Administrativo junto ao Procurador Chefe da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, solicitou a nulidade do lançamento, em decorrência de erro formal na exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL, por ter sido efetuada a sua intimação mediante edital.

O Parecer exarado pela PGE/PROFIS é absolutamente conclusivo de que é inválida a intimação por edital, sem que seja tentada a intimação pessoal, e que já há precedente deste CONSEF favorável ao Autuado, reconhecendo a invalidade da intimação.

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 regime do SIMPLES NACIONAL, não tendo tido a possibilidade de se defender quanto aos fatos ali propostos.

A PGE/PROFIS, no Processo Administrativo nº 2017.281086-0, teve o cuidado de se certificar junto ao Inspetor Fazendário de que as empresas do grupo “TRAMPOLIM” foram excluídas apenas mediante intimação por edital.

Ademais, o Procurador Chefe da PGE/PROFIS emitiu Despacho, em 03/05/2018, se manifestando pelo acolhimento do Parecer exarado pela PGE/PROFIS.

O Art. 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, efetuar intimação com hora certa ou por edital, devendo obedecer estritamente aos requisitos previstos para a citação com hora certa e por edital.

Além disso, o Poder Judiciário sistematicamente refuta tal situação, inclusive quando por erro de informação do endereço fornecido pelo próprio contribuinte, vez que a SEFAZ 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, conforme exemplo abaixo:

“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 CONSEF também já se posicionou favorável ao pleito do Autuado, 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 a cesta de tributos desse regime de apuração. Recurso de Ofício PREJUDICADO. Recurso Voluntário PROVIDO. Auto de Infração Improcedente. Decisão unânime."

Ressalto que o levantamento relativo às Infrações 01 e 02, no que se refere às microempresas e empresas de pequeno porte, só poderia persistir com a observação das alíquotas correspondentes às faixas de faturamento previstas na Lei Complementar nº 123/06, o que não foi indicado no presente Auto de Infração, até mesmo porque as infrações foram apuradas considerando a indevida exclusão do Autuado.

Já a multa aplicada nas Infrações 03 e 04 é insubsistente por conta da indevida exclusão do Autuado, já que só pode ser imposta a contribuintes do Regime Normal, nos termos do §1º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

"§1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II;" (grifo nosso)

Diante do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, tornando o Auto de Infração NULO, devendo o respectivo PAF ser encaminhado à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta e julgar NULO o Auto de Infração nº 147074.0010/13-3, lavrado contra I M DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS