

PROCESSO - A. I. Nº 299762.0016/14-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LIVRE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 5ª JJF nº 0026-05/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0198-12/21-VD

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INTIMAÇÃO 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. Contribuinte enquadrado no regime normal de apuração. Exclusão do Simples Nacional, mediante intimação por edital. Invalidez da exclusão. Representação de Controle de Legalidade. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Parecer Nº 2015.249915-0 (fls. 254/260), a PGE/PROFIS, após apreciar o pedido de Controle de Legalidade opina pelo Acolhimento, no sentido de revisar o lançamento, opinando pela declaração de Nulidade do Auto de Infração.

Consta ainda que, tendo como base o parecer proferido no expediente SEI 006.11892.2020.0007230-84 entendeu ser necessário a interposição de representação ao CONSEF pela nulidade do Auto de Infração, em razão do entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado no Processo PGE 2014.300074-0.

Foi contextualizado que em resposta à consulta formulada foi informado que a empresa foi cientificada da *“as empresas constantes do ofício referenciado foram cientificadas de sua exclusão do Simples Nacional por meio de Editais de cientificação”*.

Transcreveu os artigos 326 a 329 do RICMS/BA que disciplina as exclusões dos contribuintes do Simples Nacional (SN) e ementas de Acórdãos proferidas pelo CONSEF que manifestou entendimento de que a intimação para exclusão do SN pode ser por edital se esgotado a possibilidade de intimação pessoal.

Concluiu que como na situação presente a exclusão do contribuinte autuado foi feita com base e intimação por edital, opina pela declaração de nulidade do auto de infração.

No despacho PGE/PROFIS/NCA, a Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos foi deliberada pela representação ao CONSEF, nos termos do art. 113, § 5º, I do RPAF/BA, no sentido de que seja declarada a nulidade do auto de infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$134.508,17, em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS. Consta na descrição dos fatos, que em atendimento à diligência: *“foi feito o conta corrente fiscal para confirmação do valor do tributo em confronto com o declarado pelo contribuinte. Contribuinte com Processo de exclusão do Simples Nacional, conforme Relatório de Inteligência Fiscal nº 295/2011, em Débito Declarado conforme SIPRO 179.520/2012-9”*.

O PAF foi julgado Procedente em Parte pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0026-05/15 (fls. 159/168), não tendo o sujeito passivo oferecido recurso à decisão de piso, e, em

consequência, o PAF inscrito em Dívida Ativa (fls. 214/2015).

Contudo, o sujeito passivo protocolizou junto a PGE/PROFIS o Pedido de Controle da Legalidade do lançamento de ofício, conforme documento às fls. 220 a 225 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 levando em consideração que a exclusão do Simples Nacional foi feita por meio de edital e não por intimação pessoal, que fosse declarado nulo o lançamento, mediante representação ao CONSEF, nos termos do art. 113, § 5º, I do RPAF/BA.

Com efeito, pela análise dos elementos contidos no processo, constato que a descrição da infração indica que o imposto exigido decorreu da exclusão do contribuinte do Simples Nacional, conforme demonstrativo de débito de fls. 7 a 11, que indicam apuração do ICMS pelo regime normal, com dedução dos valores recolhidos como optante do Simples Nacional.

Também, que em resposta ao ofício PGE/PROFIS 05/2017, o Inspetor da INFAZ Varejo confirmou que as empresas integrantes do denominado “Grupo Trampolim”, cuja cópia à fl. 238, relaciona o estabelecimento autuado foram cientificadas da exclusão do Simples Nacional, por meio de “avisos de recebimento e/ou dos editais de intimação publicado no Diário Oficial”.

Conforme disposto no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal/BA, a intimação ao sujeito passivo deve ser feita:

“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.”

Dessa forma, acolho a Representação da PGE/PROFIS para anular o lançamento de ofício, tendo em vista que o ato intimação para exclusão do Simples Nacional, foi feito por meio de Edital, sem que ficasse comprovado a impossibilidade de proceder a intimação pessoalmente.

Ressalte-se que no Parecer referido, a PGE colacionou diversas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Resp 1400641/MG/2014 e REsp 1561153/RS/2015), e que embora o art. 327 do RICMS/BA vigente no momento do lavratura do Auto de Infração (2014), previsse que na hipótese da exclusão de ofício, deveria ser expedido termos de exclusão em conformidade com o RPAF/BA, as Decisões proferidas pelos Tribunais Superiores manifestam entendimento de que a intimação relativa a exclusão do Simples Nacional deve ser pessoal.

Também, que o CONSEF já manifestou este entendimento na decisão contida nos Acórdão CJF nº 0078-11/18, que deu provimento ao Recurso Voluntário, acolhendo a nulidade por ter sido feito a exclusão do Simples com base em intimação por edital, sem que houvesse esgotado a possibilidade de intimação pessoal. E da mesma forma, foi citada outras decisões no mesmo sentido, proferida na primeira instância.

Ressalte-se ainda, que no Acórdão CJF nº 0032-11/19, a 1ª Câmara deste CONSEF acolheu Representação da PGE e decidiu pela anulação do lançamento de ofício, por ter sido apurado e exigido o ICMS pelo regime normal de tributação, em decorrência da exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta para julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299762.0016/14-1**, lavrado contra **LIVRE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA - EPP**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS