

**PROCESSO** - A. I. Nº 298618.0003/12-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ESCORPIUS CONFECÇÕES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
(R VENTURA) - EPP  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 3ª CJF nº 0250-13/13  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 22/09/2016

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO CJF Nº 0180-11/16

**EMENTA:** ICMS. ILEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA PRIMEIRA INFRAÇÃO. Representação proposta com arrimo no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Havendo sentença de mérito proferida em Mandado de Segurança, garantindo o direito ao enquadramento e fruição do contribuinte ao regime de tributação do Simples Nacional - Lei Complementar nº 123/06 é improcedente a Infração que exige o recolhimento do ICMS - nos exercícios apurados - no regime de apuração normal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Representação a este CONSEF encaminhada pela Procuradoria Geral do Estado, através do despacho da lavra da Procuradora Assistente Drª Rosana Maciel Bittencourt Passos, que acolheu o Parecer exarado pela Procuradora Dr.ª Maria Helena de Mendonça Cruz, no exercício do controle da legalidade, com fundamento no artigo 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo que seja declarada a improcedência da Infração 01, consistente em - Deixar de recolher o ICMS no prazo regulamentar, no valor de R\$422.201,79, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta que “*o contribuinte não escriturou o conta corrente, considerando todas as entradas e saídas de mercadorias como outras*” – conforme consta do Auto de Infração supra identificado.

Intimado, o autuado apresentou impugnação, a qual fora julgada, através do Acórdão nº 0149-02/12, pela 2ª JJF, na linha de manter a autuação.

Inconformado com a decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo formalizou Recurso Voluntário, tendo a 3ª CJF, mediante o Acórdão nº 0250-13/13, Negado Provimento, nesse passo, ratificando a autuação.

No transcurso dos trâmites legais, ingressou o autuado com a petição de fls. 480/483, requerendo o Controle da Legalidade do lançamento tributário em estudo, nela arguindo que, nos termos do RPAF/BA (art. 113 e seguintes), a Procuradoria Fiscal poderia fazer o controle de legalidade, porquanto existente vício insanável ou ilegalidade flagrante em lançamento de crédito tributário. Prosseguindo, declarou que, durante a tramitação do processo administrativo, sobreveio fato superveniente, o qual evidencia a existência de ilegalidade flagrante, capaz de ensejar a revisão do lançamento.

Alegou que a negativa para fruição do SIMPLES NACIONAL no período concernente aos fatos geradores apurados na autuação se apresentava como ilegal, consoante consigna o Acórdão proferido em seu favor pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos do Mandado de Segurança nº 0248581-69.2014.8.19.0001, colacionado ao presente processo administrativo fiscal (fls. 498 a 491).

Diante desse quadro circunstancial, postulou o processamento do pedido de controle de

legalidade, visando ensejar a revisão do lançamento e consequente extinção do crédito tributário.

Assim, na Representação proposta, a ilustre Procuradora da PGE/PROFIS destacou que a Empresa autuada, invocando as disposições do Regimento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, formulou pedido de representação ao CONSEF, pela via do controle da legalidade.

Assegurou que *“A possibilidade da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, representar ao Egrégio CONSEF pela nulidade ou improcedência de determinada autuação vem prevista nas normas do art. 119 do COTEB e art. 113, § 5º, inc. I, do RPAF”*, transcrevendo a íntegra dos mencionados textos legais.

Em seguida, aduziu que *“A investigação realizada pela Procuradoria quanto a matéria de mérito cinge-se a ilegalidades manifestas, verificáveis de plano, não descendo à análise exauriente da matéria e dos elementos de prova constantes dos autos. Do contrario, estar-se-ia usurpando a competência outorgada exclusivamente ao Conselho de Fazenda Estadual para conhecer do processo administrativo fiscal, em toda a sua amplitude.”*

Prosseguiu, na linha de que *“Da análise do pleito, verificamos que a decisão judicial definitiva colacionada pelo contribuinte, determina que à época dos fatos geradores, estavam presentes os requisitos exigidos para o enquadramento e consequente fruição do autuado no regime de tributação do SIMPLES NACIONAL, conforme se depreende da ementa do acórdão proferido no mandado de segurança citado”*, cujo trecho ora transcrevemos:

(...)

*“Observamos que a concessão da segurança contempla os exercícios de 2008 a 2011 objeto do pedido da impetrante, aqui autuada.*

*As infrações apuradas no presente lançamento decorrem da não apuração da conta corrente de 2008 a 2011 pelo contribuinte, partindo da premissa de que não estava enquadrado no Simples Nacional, conforme consta na descrição dos fatos do Auto de Infração.”*

Ao final, concluiu que: *“Neste sentido, a decisão definitiva concedida ao autuado, determinando a legitimidade da fruição do SIMPLES NACIONAL no período fiscalizado impacta diretamente no presente lançamento que, consequentemente, não merece prosperar.”*

Daí, face às razões deduzidas, fundamentadas no art. 113, § 5º, I, do RPAF/BA, foi proposta a presente Representação ao CONSEF, objetivando a declaração da improcedência do lançamento em questão.

## VOTO

A matéria objeto da presente Representação cinge-se à apreciação pelo CONSEF da possibilidade de ser julgado improcedente o lançamento do Auto de Infração epigrafado, em atendimento ao Pedido de Controle de Legalidade apresentado pelo sujeito passivo, amparado, sobretudo, na decisão emanada do Poder Judiciário, a qual corrigiu o ato administrativo que indeferiu a opção do contribuinte pelo regime tributário do Simples Nacional, relativamente aos exercícios de 2008 a 2011.

Com efeito, da análise detida das peças processuais, em especial do Auto de Infração (fls. 01/02), dos Pareceres da PGE/PROFIS (fls. 493 a 495 e 513 a 514) acompanhados de documentos e, principalmente, do Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos do Mandado de Segurança nº 0248581-69.2014.8.19.0001 (fls. 496 a 499) e dos argumentos inseridos no requerimento interposto pelo autuado ao órgão administrativo, onde buscou assegurar a ilegalidade na inscrição em Dívida Ativa, constata-se que a viabilidade da postulação encontra guarida nos elementos informativos constantes dos autos, eis que o Poder Judiciário retificou o ato administrativo que havia desacolhido a escolha do contribuinte pelo regime tributário do Simples Nacional, para os exercícios de 2008 a 2011, implicando na improcedência da infração 01,

a qual determinava o recolhimento do ICMS com base no regime normal de apuração do imposto.

Concludentemente, Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, a fim de declarar a IMPROCEDÊNCIA da Infração 1 (R\$422.201,79) do Auto de Infração nº 298618.0003/12-2 e, conseqüentemente, o correlato débito fiscal.

No que tange à Infração 2 (R\$1.250,54) do aludido Auto de Infração, ressaltando, nesta oportunidade, ter o contribuinte reconhecido a procedência do débito, conforme consigna a petição de fls. 502/503, a qual se encontra acompanhada de documentos.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298618.0003/12-2**, lavrado contra **ESCORPIUS CONFECÇÕES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (R VENTURA) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.250,54**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS