

**A. I. N°** - 206958.3009/16-4  
**AUTUADO** - EKISOM EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS LTDA.  
**AUTUANTE** - LUCAS XAVIER PESSOA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 09/03/2020

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0028-03/20

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. O contribuinte comprova, que a partir de 26.03.2013, estava enquadrado no Regime do Simples Nacional. Excluídas as operações não aplicadas a este Regime a partir desta data. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. b.1) FALTA DE RECOLHIMENTO. b.2) RECOLHIMENTO A MENOS. Autuado não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infrações mantidas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. a) FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS. b) DMA. INFORMAÇÕES ECONÔMICAS FISCAIS. DIVERGÊNCIAS COM O LIVRO DE ENTRADAS E SAIDAS. Ocorrências do período em que estava enquadrada no Regime do Simples Nacional foram excluídas. Infrações parcialmente subsistentes. c) ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FORNECIMENTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Não restou demonstrada de forma clara e precisa a base de cálculo sobre a qual foi apurada a multa aplicada. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo ou da multa. Infração Nula. Não acolhida preliminar de nulidade para as demais infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/09/2016, exige crédito tributário no valor de R\$127.982,54, em razão das seguintes irregularidades:

**Infração 01.** 02.01.01 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e janeiro e 2014, no valor de R\$28.538,18, acrescido da multa de 60%;

**Infração 02.** 07.01.01 - deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de abril de 2012, outubro e novembro de 2013 e novembro de 2015, no valor de R\$8.073,42, acrescido da multa de 60%;

**Infração 03.** 07.15.01. - deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses de janeiro, abril, maio, setembro e novembro de 2011, abril, maio, julho, setembro de 2012,

fevereiro, maio a agosto, outubro e dezembro de 2013, abril, junho, agosto a outubro e dezembro de 2014, março, maio, julho e setembro de 2015, no valor de R\$2.414,70, acrescido da multa de 60%;

**Infração 04.** 07.15.02. - recolheu a menos o ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses de fevereiro, junho, outubro e dezembro de 2011 e fevereiro de 2012, no valor de R\$860,48, acrescido da multa de 60%;

**Infração 05.** 16.01.01 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços, sujeitos a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio, junho e agosto de 2011, março e abril de 2012, março e abril de 2013, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$652,71;

**Infração 06.** 16.05.11 – declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, nos meses de dezembro de 2011, dezembro de 2012, e dezembro de 2013, sendo aplicada a multa fixa de R\$140,00 por mês com divergência, totalizando R\$420,00.

**Infração 07.** 16.12.14 – forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária requeridos mediante intimação, com omissões de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, nos meses de dezembro de 2011, dezembro de 2012 e dezembro de 2013, no montante de R\$53.903,04;

**Infração 08.** 16.12.20 – falta de entrega de arquivos eletrônicos nos prazos previstos na legislação tributária ou pela sua entrega sem o nível de detalhamento exigido pela legislação, sendo aplicada a multa fixa de R\$1.380,00, por cada mês de omissão, fevereiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, no montante de R\$33.120,00.

O autuado impugna o lançamento fls.63/71. Diz vir, através do seu advogado, procuração anexa, onde consta endereço para as devidas intimações e notificações, inconformado com o lançamento em epígrafe, tempestivamente, apresentar suas razões de impugnação, requerendo que as encaminhe ao CONSEF, para exame e julgamento por uma de suas Juntas de Julgamento Fiscal, para melhor fim de direito e de Justiça.

Requer a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista, que o mesmo, foi lavrado desobedecendo a legislação em vigor, e não levando em consideração a condição cadastral do Autuado como microempresa enquadrada no Simples Nacional, e, portanto, não poderia ser autuada como contribuinte no sistema Normal, de conta corrente fiscal, com as obrigações acessórias exigidas e autuadas no presente Auto de Infração, pelos motivos a seguir expostos.

Afirma que apesar de constar equivocadamente, no cadastro da SEFAZ/Bahia, como contribuinte do regime Normal (conta corrente fiscal), na verdade, recolhia todos os seus tributos, inclusive ICMS, na condição de enquadrada no Simples Nacional, informação de total conhecimento do Fiscal Autuante durante todo o período de fiscalização, inclusive o mesmo cita esta situação.

Informa que conforme Certidão Narrativa, emitida pela 4ª. Vara da Fazenda Pública de Salvador e protocolo PGE/2016386483-0, onde diz provar, que apesar de constar no cadastro na SEFAZ/BA., como contribuinte normal, se comportava e recolhia todos os seus tributos, inclusive o ICMS, na condição de Simples Nacional, conforme a LC 123/2006 e lastreada na exigibilidade suspensa, na cobrança do PAF 088313.0005/02-2, em tramitação judicial na 4ª. Vara da Fazenda Pública, mediante a concessão de Liminar, para efetivação de pagamento em Juízo, o que o fez, em 90 (noventa) parcelas, tendo na data atual, o crédito fiscal totalmente quitado, aguardando apenas, julgamento do mérito para conclusão do processo, tudo conforme os documentos certidão em anexo.

Prossegue informando que o processo nº 0119651-43.2002.8.05.000, foi ajuizado em 24/10/2002, em função do PAF nº 088313.0005/02-2, com obtenção de liminar e com o pagamento totalmente

efetivado. No entanto, a Procuradoria da Fazenda Estadual, tendo conhecimento do processo, inclusive com manifestação nos autos, não fez a devida comunicação a SEFAZ/BA, para dar conhecimento do processo e liminar, a fim, de constar pelo menos, que a exigibilidade do crédito tributário se encontrava suspenso e com isto, no cadastro da SEFAZ/BA, constar a condição empresa optante no Simples Nacional.

Salienta ainda, quando da emissão do Termo de Exclusão do Simples Nacional, foi protocolado em 08/12/2008, Recurso Administrativo, com Impugnação do Termo de Exclusão, processo nº 212291/2007-9, que até a presente data, está sem análise e emissão de parecer, e desde 15/04/2015 encontra-se “*a pedido da unidade*”, na PGE/PROFIS/ILHÉUS. Afirma que foi através do número do processo nº 212291/2007-9, que lhe foi permitido acessar o portal do Simples Nacional, e efetivar os recolhimentos dos tributos, inclusive ICMS, e prestar as obrigações acessórias inerentes ao Simples Nacional, conforme autorizado pelo artigo 39 § 5º e § 6º, da LC 139/2011, que transcreve.

Afirma que não pode ser duplamente penalizado pela demora no julgamento do processo judicial sob nº 0119651-43.2002.8.05.0001 na 4ª. Vara da Fazenda Pública em Salvador, apesar de estar protegido e garantido nos seus direitos pela liminar (processo nº 140.02.944987-7), em vigor, até a data da sua manifestação e pela inércia no Parecer da impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, processo nº 212291/2007-9 e também 271674/2008-0, além da não comunicação da Procuradoria da Fazenda Pública Estadual, para a SEFAZ/BA, dando conta da suspensão do crédito tributário.

Por tudo o exposto, entende que o presente Auto de Infração deve ser julgado nulo de pleno direito, a fim de que seja fiscalizado na condição cadastral de empresa optante pelo Simples Nacional, prevalecendo a Justiça Fiscal e o julgamento da essência sobre a forma, uma vez, que a Autuada sempre cumpriu os requisitos exigidos pela LC 123/06, para permanecer enquadrada no Simples Nacional.

Comenta que não sendo possível a nulidade total do auto de infração, em função das irregularidades do seu enquadramento na condição de Contribuinte Normal, onde o correto seria na condição do Simples Nacional, requer a nulidade, da suposta infração 16.12.14 – inconsistência entre dados do arquivo Sintegra e livros fiscais, ensejando a aplicação da multa de 5% sobre o montante das inconsistências. No entanto, quando do cálculo, foi indicado que a multa estava limitada a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Mas, quando do cálculo, se aplicou a multa de 5%, para 2011 e 2012. Com este procedimento e confusão do fiscal, a defesa ficou prejudicada, ensejado em seu cerceamento, não tendo elementos fáticos e incerteza no equivocado enquadramento legal e multa aplicada, não possuindo elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, por este motivo, deve ser a mesma, nula de pleno direito.

Requer também, a nulidade, da suposta infração 16.12.20, falta de apresentação de arquivos SPED/EFD – durante todo o exercício de 2012 e 2013, ensejando a multa de R\$1.380,00 por cada documento não transmitido. No entanto, no demonstrativo no quadro da data da ocorrência e data de vencimento, foi apurado os exercícios de 2014 e 2015, implicando no prejuízo à defesa e no seu cerceamento, uma vez, que não ficou claramente demonstrado, quais os exercícios que supostamente faltaram a apresentação dos arquivos SPED/EFD, não possuindo elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, por este relevante motivo, deve ser a suposta infração nula de pleno direito.

Caso sejam ultrapassadas as preliminares de nulidade, no mérito vem aduzir e requerer o que segue.

Sobre a infração 01, esclarece que a empresa se encontra sob condição normal, vez que foi descredenciada do Simples Nacional pela SEFAZ em 31.12.2008, mas, irredimível, pleiteia judicialmente sua permanência, insistindo em apurar o ICMS devido por aquele Sistema, ora não fiscalizado. Diz que a infração não é devida, pois recolheu o imposto do período de 01/2011 à

12/2011 e 01/2014 de acordo com as normas da Lei Complementar 123/2006, conforme tabela que elabora com os valores recolhidos, tudo conforme os Extratos mensais do Simples Nacional que anexa.

No que tange as infrações 02, 03 e 04, esclarece que o mesmo demonstrativo do ICMS Antecipação Parcial da infração 04, dá suporte às duas outras infrações - 02 e 03 - haja vista a similaridade de cálculo e incidência, além de conter dados relativos às mesmas notas fiscais de origem.

Sobre a infração 02, diz que não é devida, pois no cálculo do ICMS ST feito pelo auditor, não são considerados os valores retidos nas notas fiscais, que em sua maioria são informados pelos códigos de situação tributária (CST) contidos nas notas fiscais, e não considera também que as operações com autopeças para veículos, realizadas entre Estados signatários, são regidas pelo Protocolo ICMS 41/2008, onde fica claro que o sujeito passivo responsável pelo recolhimento do imposto é o remetente da nota fiscal e estabelece as MVA's que devem ser utilizadas.

Observa que no cálculo realizado, o auditor utiliza MVA's de maneira incorreta, não obedecendo aos critérios de relação de alíquota de crédito de ICMS, com as MVA's correspondentes. Elabora tabela com valores de ICMS ST retido nas notas fiscais referidas na planilha do fiscal.

No que tange a Infração 03, afirma ser indevida a cobrança, pois o fiscal Autuante, apenas em planilha, discrimina algumas notas fiscais de entradas, supostamente sem o destaque do ICMS recolhido, no entanto, não faz a juntada dos DANFE's, a fim de comprovar os fatos por ele alegado. Portanto, improcedente esta infração, por faltar a materialidade inerente ao processo administrativo.

No que diz respeito a infração 04, diz que, no mesmo sentido do item anterior, é indevida a cobrança, pois o fiscal Autuante, apenas em planilha, discrimina algumas notas fiscais de entradas, supostamente com o destaque do ICMS recolhido a menor, no entanto, não faz a juntada dos DANFES, a fim de comprovar os fatos por ele alegado. Portanto, improcedente esta infração.

Relativamente à infração 05, falta de escrituração de notas fiscais de entradas no livro Registro de Entradas, diz ser indevida a cobrança, pois a empresa sempre foi enquadrada no Simples Nacional, mesmo assim, escriturou todas as notas fiscais de entradas. Esclarece que o não lançamento no livro de Entrada, não acarretou não pagamento do ICMS.

Sobre a infração 06, afirma ser indevida esta cobrança. Os livros fiscais foram corretamente escriturados e o ICMS foi apurado e recolhido, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, conforme o PGDAS-D em anexo.

Aduz que as empresas do Simples Nacional, não estão obrigadas a entregar DMA. Afirma que em função do pagamento do Simples Nacional através de processo e pela falta do cadastro da SEFAZ/BA, por ainda constar na condição de Normal, e para não ter sua inscrição estadual cancelada ou inapta e, em consequência, trazer ainda mais transtorno para a empresa, foram apresentadas as DMAs, apenas para cumprir uma obrigação acessória.

No que tange a infração 07, diz ser nula, pois ao descrever a infração na página 02 (dois) do auto de infração, é estipulada multa de 5% sobre as inconsistências das informações transmitidas e na página 05 (cinco), é informado que a multa deve ser de 1% do valor das operações de saída realizadas em cada período, tornando assim, divergente os critérios de aplicação da multa e, portanto é nulo, cerceando o direito de defesa do Autuado, uma vez que ficou sem elementos para elaborar sua defesa. Para melhor compreensão e por cautela, diz anexar demonstrativo, com os reais valores devidos, caso a suposta infração viesse a ser procedente.

Assevera que a infração é nula e no mérito não é devida, a empresa não estava obrigada a transmitir o SPED/EFD no exercício de 2012 e 2013, como informado na descrição da infração, conforme RICMS 13780/2012, em seu art. 248, que determina os critérios para obrigação de apresentação do SPED/EFD.

Isto posto, requer que analisadas e apreciadas, uma a uma, as questões, com motivação adequada e pertinente, dentro do princípio do contraditório pleno e ampla defesa assegurado pela Constituição Federal, assim como, requer que o Autuante obedeça aos prazos de vistas, estabelecidos no RPAF/BA, e que as decisões sejam encaminhadas ao endereço do representante legal, procurador do Autuado.

Requer também, diligência junto a Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, assim como, na 4ª. Vara da Fazenda Pública de Salvador, a fim de comprovar a veracidade das informações e tramitação dos processos que suspendem o crédito tributário desde 2008, na esfera administrativa fiscal e judicial, e deram origem ao Termo de Exclusão do Simples, que foi impugnado.

Espera que o CONSEF julgue o auto de infração improcedente, conforme costumeira Justiça.

À fl. 83 consta requerimento da autuada a PGE. Em síntese afirma que se encontra ativa, em pleno funcionamento, e conforme certidão narrativa em anexo, consta que está aguardando julgamento o processo sob nº 0119651- 43.2002.8.05.0001, ajuizado em 24/10/2002, em função do PAF 088313.0005/02-2, onde obteve a liminar, para efetivação de pagamento (depósito) em Juízo, dos valores do ICMS objeto de parcelamento, extrato em anexo. Acontece que, pela demora no julgamento do referido processo, (14 anos), os depósitos (pagamentos), no total de 90 (noventa) parcelas, no valor de R\$277,14 cada uma, foram totalmente efetivados na conta judicial nº4.200.128.719.484 no Banco do Brasil, cópias dos depósitos judiciais em anexo, que sem atualização soma a importância de R\$24.942,50 à disposição da procuradoria (Juízo).

Afirma que por conta desta situação, a empresa foi excluída do Simples Nacional, por iniciativa da Secretaria da Fazenda Estadual, que não foi comunicada, da tramitação do processo judicial, a fim de constar em seu cadastro, que o débito da empresa encontrava-se, como até hoje se encontra, com sua exigibilidade suspensa, condição esta, que permite sua permanência no mercado tão competitivo, na condição de microempresa optante pelo Simples Nacional, como bem condiciona a Lei Complementar 123/06 e alterações posteriores.

Diante do exposto, requer a Procuradoria, que comunique a Secretaria da Fazenda Estadual, que o débito referente ao PAF 088313.0005/02-2, que motivou a exclusão do Simples Nacional da requerente desde 31/12/2008, encontra-se com a exigibilidade suspensa, por conta da Liminar concedida em 2002, em vigor até a data de sua petição, e o débito objeto da mesma, encontra-se totalmente pago. Requer ainda, sua inclusão no Simples Nacional, seja retroativa a 31/12/2008, por ser de direito e merecida Justiça Fiscal.

Às fls.114/115 encontra-se comprovante de entrega de CD contendo as notas fiscais referentes as infrações 03 e 04, feitas pelo Autuante, conforme solicitado na defesa.

O Autuado volta a se manifestar fls.119/120, requerendo que sejam apreciadas as preliminares relevantes da defesa, principalmente, a de nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, ao deixar de juntar ao PAF, tempestivamente, documentos, notas fiscais e demonstrativos corretos, somente o fazendo por ocasião de sua informação fiscal, onde, apenas e tão somente, fez a entrega em 23/01/2018, de uma mídia CD, contendo DANFES que, segundo ele, comprovam parte do pagamento do ICMS Antecipação parcial não recolhido e recolhido a menor, referente as infrações 07.15.01 e 07.15.02.

Em relação as demais infrações, frisa que o Autuante, se manteve silente, não fazendo nenhuma consideração aos argumentos da defesa e aos documentos apresentados. Portanto, devem prevalecer os argumentos da Autuada em todos os seus termos. Afirma que diversos requerimentos foram protocolados junto a SEFAZ, e Procuradoria da Fazenda Estadual, para inclusão da Autuada, retroativo ao ano de 2008, contra o Ato administrativo praticado pelo Estado da Bahia, não observando, que o suposto débito de 2002, estava *sub judice*, com liminar, autorizando a Autuada a efetuar os valores do ICMS em Juízo, por meio de depósito judicial, portando, a exigibilidade do débito estava suspensa, não observada pela SEFAZ, e nem pela Procuradoria, que não responderam a nenhum requerimento, nem pelo deferimento e nem pelo

indeferimento, da inclusão da Autuada retroativa a 2008. Ratifica as alegações da defesa, em relação as demais infrações, que seja, primeiro analisado e fiscalizado na condição cadastral de empresa optante pelo Simples Nacional.

Às fls. 124/125 consta decisão judicial extinguindo processo a favor da empresa Autuada no processo 0119651.43.2002.8.05.0001 e ciência da PGE sobre a referida decisão.

O Autuante se manifesta à fl. 126, encaminhando o processo ao CONSEF para julgamento.

Os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiram pela conversão do PAF em diligência fl.127, a fim de que o Autuante apreciasse de forma fundamentada as razões de defesa expostas às fls. 62/71 e 119/120.

O Autuante presta informação fiscal fls.131/133. Diz que, considerando a defesa apresentada pela autuada, ao auto de infração lavrado em 19.09.2016, presta a necessária Informação Fiscal, para que produza o devido suporte ao julgamento desta Casa. Reproduz as irregularidades apuradas. Sintetiza os termos defensivos.

De início, afirma que a questão de a Autuada ser ou não, enquadrada, durante o período fiscalizado, como optante do Simples Nacional, realmente mudaria muita coisa, haja vista, que a sistemática de obrigações principais e acessórias é bastante diferente entre aquela e o modelo Normal.

Não obstante, aduz ter feito saber verbalmente à Repartição essa circunstância, obtendo como resposta que, uma vez no cadastro da SEFAZ como Normal, pois que, nem mesmo o Juízo instado havia decidido, haveria que cumprir a Ordem de Serviço nos parâmetros típicos da condição cadastral da empresa. Entende que vindo o Juízo a decidir em favor do contribuinte, toda esta exigência poderia vir por terra. Mas, para satisfazer a atividade administrativa, foi feita a apuração como ordenada, não lhe cabendo qualquer especulação sobre o futuro do pleito citado. Portanto, continua a discorrer sobre o mérito, na ordem da proposição das infrações:

1) 02.01.01 - Valores, datas e outros elementos não contestados. Os valores recolhidos a título de ICMS, a bordo do Simples Nacional serão aproveitados de acordo com a decisão judicial definitiva, se for o caso. Mantida na íntegra;

2) 07.01.01 – Embora o Protocolo 41/2008 estabeleça o remetente industrial como o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS nas remessas interestaduais aos contribuintes dos Estados nele indicados, há relatividade, como a do § 4º, da cláusula 2ª, que prevê a responsabilidade dos contribuintes destinatários nos casos em que o valor do frete não seja conhecido e, portanto, reste pendente de inclusão na base de cálculo. De igual forma, o eventual erro dos remetentes, quanto à mensuração dos percentuais de MVAs, também pode suscitar essa responsabilização do destinatário. As MVAs apontadas no levantamento foram obtidas no Anexo 88 e/ou no Anexo 1, conforme o texto do RICMS BA, que sofreu modificação em março de 2012. Mantida a exigência na íntegra;

3) 07.15.01 – Embora algumas NFe pertinentes à infração estejam presentes entre os anexos, por também não terem sido registradas, a maioria não está. Mantida a exigência na íntegra.

4) 07.15.02 – Idem item anterior, no tocante à ausência dos DANFES. Mantida a exigência na íntegra.

5) 16.01.01 – Confessada a infração. Mantida a exigência na íntegra.

6) 16.05.11 – Confessada a infração. Esclarece-se que as DMAs apresentadas trazem informações “zeradas”, pois a empresa apenas intentou escusar-se da inaptidão da sua inscrição. Mantida a exigência.

7) 16.12.14 – A existência da infração no RICMS BA é indiscutível, e sua aplicação ao caso, foi perfeita. Ela estabelece que os 5% devam ser aplicados sobre o montante das diferenças omitidas da escrituração fiscal, não podendo ser superior a 1% dos valores das operações de saídas, em cada período. É fato que a empresa, sempre ao abrigo do seu entendimento, sobre a validade do seu suposto vínculo ao Simples Nacional, deixou de produzir os arquivos a que está obrigada

pelo Convênio que regula o Sintegra, praticando a infração apontada. Mantida na íntegra a exigência.

8) 16.12.20 – igualmente ao comportamento descrito no item anterior, a empresa deixou de produzir e transmitir, no prazo, os arquivos a que estava obrigada, relativos ao sistema SPED/EFD. Mantida a exigência na íntegra.

Conclui que as alegações, argumentos e provas acostadas pela Autuada neste processo não foram suficientes para elidir as infrações apontadas no auto de infração em lide, pede a este Conselho, o julgamento de procedência total, por ser de inteira justiça.

Às fls.134/135, o auditor fiscal presta informação sobre a diligência fiscal solicitada. Afirma que, ante ao requerimento da diligência, para melhor instrução do processo, à defesa apresentada nas fls. 62/71 já se encontrava pronta desde dez/2017, quando produzida. Porém, estava em gozo de licença prêmio na mesma época e retardou sua incorporação ao processo. Ao retornar à atividade normal, recebeu o processo e observa com preocupação o reclame da empresa, sobre a ausência das notas fiscais relativas às infrações 07.15.01 e 07.15.02, questão que foi efetivamente, satisfeita, conforme documento das fls. 114 e 115 do PAF.

Afirma que a empresa fez manifestação voluntária, conforme fls.119/120, tratando, em repetição, apenas do tema da questão judicial que envolve sua exclusão ou não, do Simples Nacional. Inadvertidamente, com razão à observação deste Conselho, disse que já tinha apostado a informação fiscal ao processo. Não tinha. Portanto, anexou a informação fiscal produzida, que contém todos os argumentos rebatendo cada uma das questões colocadas pela defesa. Sintetiza os argumentos da manifestação do autuado. Trata de cada teor das alíneas da Manifestação Voluntária, como requerido, também na diligência, a saber:

a) a nulidade invocada tendo por base a questão que está *sub judice* é impossível de ser resolvida no julgamento administrativo. Diz que várias infrações – maior parte do auto de infração - só subsistirá se a empresa for mantida pela decisão judicial na condição “Normal”. Caso contrário, vindo a subsistir a opção pelo Simples Nacional, prejudicado restará a inicial. A outra invocação de nulidade, por cerceamento de defesa, já não prospera, vez que a empresa recebeu toda a documentação que completa o suporte às infrações;

b) registra que na Manifestação Voluntária, a empresa acusa o recebimento da mídia com todas as imagens dos DANFES e não mais trata o assunto; restou satisfeita; É que a Informação Fiscal não lhe havia chegado às mãos. Agora, sim, produzirá os efeitos processuais necessários;

c) diz que lhe falta competência legal para responder pela PGE, ao tempo em que apresenta à empresa a real Informação Fiscal, apresenta também à PGE local, através de pleito informal dirigido ao Inspetor Regional de Itabuna, esta mesma preocupação, que lhe interessa;

d) reconhece a existência da liminar, mas como o nome incita, não é uma decisão definitiva;

e) em relação ao cumprimento de todas as obrigações legais como Simples Nacional, será uma questão que, vindo a decisão judicial definitiva pender favoravelmente à empresa, será objeto de fiscalização específica, em nova ordenação de serviço;

O Autuado volta a se manifestar no processo fls. 137/142. Aduz que na informação fiscal, o Autuante concorda que caso, no cadastro da SEFAZ, o contribuinte estivesse como de fato, sempre esteve, optante pelo sistema do Simples Nacional, “*mudaria muita coisa*”. Prosseguiu dizendo que, verbalmente, fez consulta a Repartição local, sobre o sistema cadastral da Autuada. Diz que foi ordenado a lavrar o Auto de Infração, considerando a empresa na condição de normal, não cabendo a ele, “*especular sobre o futuro do pleito citado*”.

Diz que, em verdade, conforme prova os documentos anexos ao PAF, e que novamente junta ao PAF, em 06/04/2017 a PGE, enviou para a SEFAZ/PROFIS/DAR/GECOB homologação, onde a PGE /PROFIS em 18/04/2017, recebeu o despacho pelo Coordenador PGE/PROFIS Sr. Renilton Bispo Santana, que simplesmente arquivou o processo, sem realizar a inclusão retroativa no Simples

Nacional, da requerente, como determinava o despacho da Procuradora Assistente Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleeiro Costa, que determinou na parte final do despacho o seguinte: *“bem como, para apreciação dos valores pagos pelo contribuinte e apreciação a respeito do pedido de inclusão no Simples Nacional, com data retroativa a 31-12- 2008”*, despacho datado de 12/01/2017, e até a presente data, não apreciado e nem feito a alteração cadastral para Simples Nacional pela coordenação competente.

Chama a atenção do Relator e demais Conselheiro da 3ª. JfF do CONSEF, afirmando que conforme documentação juntada ao PAF comprova que a mais de 14 (quatorze) anos, uma Empresa de Pequeno Porte, com faturamento anual em média de R\$ 784.993,15, muito abaixo dos R\$3.600.000,00, sendo no ramo de comércio varejista de peças e acessórios para veículos, fez diversos requerimentos junto a Inspetoria Fazendária de Itabuna e da Procuradoria da Fazenda Estadual, também em Itabuna, requerendo a alteração cadastral da condição de Normal para Simples Nacional, sem êxito, sem resposta, sem Parecer.

Nesta mesma linha, diz que a Receita Federal do Brasil, sempre tratou a Autuada na condição do Simples Nacional, recebendo e homologando os tributos federais de sua competência, como: Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, a COFINS, o PIS dentro outros, respeitando a liminar e o processo judicial, que suspendia a exigibilidade do ICMS, mantendo a Autuada no Simples Nacional, procedimento este, que a SEFAZ, equivocadamente insiste em não acatar. Diz não entender porque a SEFAZ-BA, ao contrário da RFB não quer aceitar que a empresa, de fato, é Simples Nacional, alterando de ofício a situação da mesma, em seu cadastro, em data anterior.

Frisa que somente agora, o fiscal Lucas Xavier Pessoa, resolveu que a Autuada deve atender as obrigações acessórias como contribuinte do Regime Normal, sendo lavrado auto de Infração retroativo a 2011 até 2015, descumprindo a decisão liminar, que o mesmo reconhece existir, e o entendimento da União, através da Receita Federal do Brasil, que sempre considerou a Autuada como sendo enquadrada no Simples Nacional, para todos os fins legais.

Afirma que foi devidamente informado que a suposta exigência fiscal, que estava *sub judice* foi sanada, com o levantamento dos valores consignados em Juízo e pagamento integral da dívida, em 16/12/2016, com os benefícios concedidos pela Lei nº 13.586 de 10/11/2016, que condicionou a adesão à mesma, desde que a Autuada, renunciasse ao processo judicial, que questionava a cobrança de ICMS desde 2002, encerrado assim o processo judicial, sem resolução do mérito, e assim foi feito.

Repete sobre os procedimentos que tomou, quando teve ciência que estava desenquadrado do Simples Nacional pela SEFAZ através de autuação. Afirma que o mérito da ação, foi publicada a Lei 13.586 de 10/11/2016 com os mesmos benefícios do objeto da ação judicial, que condicionava para sua adesão, a renunciar a qualquer ação contra o Estado em relação a cobrança do ICMS. Em 16/12/2016 a Autuada quitou integralmente o valor questionado em 2002 (DARF anexo ao PAF), e renunciou a ação judicial, e nada mais justa e de direito, que a sua permanência no Simples Nacional desde aquela época, condição essa, aceita pela RFB.

Conclui requerendo que: a) seja primeiramente, solucionado por essa 3ª JfF, a questão cadastral da autuada, determinando que a SEFAZ, altere a situação cadastral para Simples Nacional desde 2008; b) seja diligenciado para a Procuradoria da Fazenda Estadual, se manifestar sobre a situação da ação judicial nº0119651- 43.2002.8.05.0001, e seu desfecho final, proferindo parecer sobre a situação cadastral da Autuada, com base nos argumentos e provas neste PAF; c) sejam reiterados todos os argumentos apresentados no Recurso em relação as demais supostas infrações, que de certa forma possuem relação referente a situação cadastral da Autuada; d) que as intimações e notificações, assim como, novas diligências, sejam direcionadas para o endereço do patrono da Autuada, constante da procuração, sob pena de nulidade; e) protesta pela juntada de novos documentos que por acaso, os Julgadores entendem necessário, afim de resolver qualquer pendência no correto julgamento da lide administrativa. Ratifica a defesa apresentada,



requerendo sua improcedência, por ser de direito e merecida Justiça.

O Autuante presta nova informação fiscal fls.146/147. Afirma que atendendo aos requisitos da diligência requerida pela 3ª JJF, conforme fl.127 do PAF procede a entrega da Informação Fiscal à empresa, que então se manifestou.

Assevera ser prudente lembrar, que o auto de infração nesta fase, está sendo questionado, ainda *sub judice*, a permanência ou não, da empresa como optante do Simples Nacional, não mais sendo questionado, analiticamente, seus elementos como fato gerador, datas, itens, valores etc. Reconhece que essa decisão repercutirá, sobremodo, na exigência feita, sendo o fato mais crucial para o julgamento. Resume os argumentos do autuado na última manifestação. Entende que o julgamento deste auto de infração vá muito longe, sem esgotar definitivamente, a posição cadastral da empresa. Entende ser urgente que a PGE se manifeste a respeito, analisando as decisões judiciais até então pertinentes ao tema, e repassando à SEFAZ, mais precisamente ao CONSEF, a melhor instrução.

Do ponto de vista da autuação, frisa que todas as cobranças remanescentes, conforme a Informação Fiscal, são válidas, desde que a empresa seja reconhecida como em situação Normal. Diz que fora esse entendimento, será temerário manifestar como analista jurídico, vez que essa função é da Procuradoria da Fazenda Estadual, ainda mais, sem acesso a todo o conteúdo dos processos judiciais.

Entende que a conclusão da PGE servirá muito melhor que qualquer outra análise e posicionamento do autuante, substituindo-a com precisão para os fins desta diligência.

Às fls.151/153 encontra-se Parecer Jurídico da PGE/PROIN/ILHÊUS. Informa que a requerente afirma ser nulo o auto de infração, por desobediência à determinação legal, sustentando que houve equívoco no seu cadastro como “contribuinte normal do ICMS”, quando deveria ser enquadrado como Simples Nacional, tendo em vista existência da medida liminar proferida nos autos de nº 0119651-43.2002.805.0001, em tramite na 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador. Prossegue informando que os autos foram encaminhados à INFAZ Costa do Cacaú para análise dos documentos apresentados. Após, o PAF retornou à Procuradoria com a competente Informação Fiscal à fl. 131/133 noticiando a inexistência de vício no auto de infração analisado.

Afirma que, compulsando os autos do PAF de nº 206958.3009/16-4, não se vislumbra a existência de qualquer vício. Aduz que cumpre registrar, que a medida liminar citada, proferida nos autos, em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (fls.80/81 deste PAF), possibilita aos autores da citada ação, a possibilidade de efetuar a quitação dos débitos de ICMS em 90 (noventa) parcelas, sem incidência de multa e acréscimos moratórios, na forma do parágrafo único, do art. 4º da Lei Estadual 8.359/2002, conforme reproduz.

Explica que tal benesse fiscal, somente foi conferida pela Lei às Cooperativas Agropecuárias. Ocorre que, pela via judicial (processo nº 0119651- 43.2002.805.0001), foi estendido à autuada o mesmo benefício tributário que havia sido outorgado às Cooperativas Agropecuárias, qual seja, possibilidade quitar débitos de ICMS em 90 (noventa) parcelas, sem multa e acréscimos moratórios. Nesse cenário, o objeto da demanda, não versa sobre a inclusão/permanência da autuada no Simples Nacional, mas tão somente, sobre a possibilidade de parcelar débitos de ICMS, sem incidência de juros e multa. Desse modo, como a autuada estava cadastrada na Secretaria da Fazenda Estadual como contribuinte normal do ICMS, deveria cumprir com todas as obrigações, principais e acessórias, que tal regime impõe.

Registra que, embora a autuada mencione que é tratada como integrante do Simples pelo Fisco Federal, tal situação não impõe a mesma diretriz para o Fisco Estadual. Isso porque, para fins de apuração de ICMS, existe um limite de receita bruta, hospedado no art. 13-A da Lei Complementar 123/06, que diverge do limite geral, estabelecido no art. 3º da Lei 123/06, que transcreve.

Nesse panorama, diz que o tratamento simplificado de apuração e recolhimento de tributos por parte da União Federal não se coloca como padrão de observância obrigatória para os demais

Entes da Federação. Nessa toada, deveria a autuada, diante do Fisco Estadual, cumprir com todas as obrigações (principais e acessórias), que são inerentes ao regime normal de apuração do ICMS (conta corrente fiscal).

Ante o exposto, entende que o pronunciamento de fls.131/133 deve ser acolhido, mantendo-se o auto de infração na sua integralidade.

O autuado volta a se manifestar fls.157/158. Diz que, tendo tomado ciência do Parecer da Procuradoria Fiscal fls.151/153, vem, tempestivamente, por seu procurador infrafirmado, manifestar sobre o Parecer e requerer o que segue.

Afirma que o Parecer do Procurador do Estado, não atendeu ao quanto determinou a diligência solicitada pala 3ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, limitou-se apenas, a manter o pronunciamento de fls.131/133, que na verdade trata-se de uma informação fiscal do Auto de Infração e não do atendimento à diligência solicitada pelo CONSEF.

Informa que o pronunciamento da diligência requerida pela 3ª JJF fl.127 do PAF, feito pelo Autuante, encontra-se às fls.145/146. O fiscal textualmente informa que reconhece que a decisão repercutirá na exigência feita, sendo o fato mais crucial para o julgamento. A decisão e o fato mais crucial que o Fiscal Lucas se refere, é saber se a Autuada era ou não, optante do Simples Nacional, no período fiscalizado.

Esclarece que por um lado, no cadastro da SEFAZ, a Autuada constava como Normal, por outro lado, todas as obrigações principais e acessórias eram realizadas na condição de Simples Nacional (Estado e Federal), sustentado por uma liminar, que suspendia a exigibilidade do crédito tributário, que perdurou durante 14 anos, mediante comunicado à SEFAZ e inserção do número do processo judicial no Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples - PGDAS da Receita Federal do Brasil, isso possibilitou legalmente, a continuar recolhendo os Impostos e Contribuições pelo Simples Nacional.

Diz que sem adentrar ao mérito do processo judicial, que lhe trouxe “benesse fiscal”, possibilitando a quitação de débitos do ICMS em 90 parcelas, o que se pretende provar no PAF, é que durante esse período, a Autuada não possuía nenhum débito no INSS, no Município, Estadual e Receita Federal, uma vez que, por conta do citado processo judicial, o débito do ICMS estava com sua exigibilidade suspensa, requisito esse, que permitiria sua inclusão e permanência no Simples Nacional, assim determinava o art. 17, inciso V, da Lei Complementar 123/2006.

Para melhor instruir e convencer o nobre Procurador e os julgadores, diz juntar mais uma vez aos autos provas idóneas, de que desde 08/12/2008, vem requerendo sua inclusão no SN, com vários protocolos seja na SEFAZ, como na PGE, sendo o último despacho da PGE datada de 12/01/2017, concluiu a Procuradora Maria Dulce Hasselman R. B. Costa, pela “apreciação a respeito do pedido de inclusão no SN, com data retroativa a 31/12/2008”.

Aduz concordar com o Procurador, quando o mesmo afirma que a demanda judicial “não versa” sobre a questão de ser, ou não ser, Simples Nacional, o fato que a Autuada quer demonstrar, é que com a demanda judicial e com a Liminar, a Exigibilidade do Crédito Tributário estava Suspensa, condição essa, que possibilitava optar pelo Simples Nacional, o que de fato foi feito, mesmo constando no cadastro da SEFAZ a condição de normal e na Receita Federal a condição de Simples Nacional.

Equivocada pelo procurador a interpretação do art. 13-A da Lei Complementar n 155 de 27/10/2016 que alterou a LC 123/2006, que trouxe alterações do limite máximo no valor de R\$3.600.000,00 para efeito de recolhimento do ICMS, cuja entrada em vigor, somente ocorreu a partir de 01/01/2018, não alcançando o período fiscalizado.

Salienta que no período fiscalizado, era sim, obrigatório o recolhimento unificado dos Tributos e Contribuições, cuja observância era imperativa, sendo impossível, dentro do Simples Nacional, cumprir as obrigações principais e acessórias separadas para cada ente, Estadual e Federal,

somente sendo possível a partir de 01/01/2018 com a entrada em vigor do sublimite trazido pelo art.13-A da LC 155/2016.

Requer a remessa para PGE/PROIN/ILHÉUS, para diante das novas informações e prova possa reexaminar o PAF e reconsiderar seu Parecer, no sentido de que, no período fiscalizado, o débito estava com a exigibilidade suspensa e a Autuada deveria ter no seu cadastro a opção pelo Simples Nacional, por ser de merecida Justiça Fiscal.

Na sessão de Julgamento, dia 18 de fevereiro de 2020, em sustentação oral, o patrono da Autuada declarou que, finalmente, a empresa teve seu pleito atendido pela SEFAZ/BA, no sentido de reenquadrá-la no Regime do Simples Nacional, o que foi realizado, com efeitos retroativos a partir de 26/03/2013, conforme comprova documento apensado à fl.165.

## VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário, em decorrência de 08 (oito) infrações devidamente relatadas na inicial.

Preliminarmente, cabe registrar, que o lançamento de ofício do qual decorre o presente PAF, foi realizado considerando a empresa autuada, conforme cadastrada na SEFAZ, sob regime de Apuração Normal, ou seja o ICMS apurado através do Conta Corrente fiscal.

Por outro lado, o Autuado insistiu que desde a ação fiscal, deu ciência ao Autuante, que por equívoco da própria SEFAZ, havia sido desenquadrada do Regime do Simples Nacional. Disse que a Receita Federal o mantinha como optante do Simples Nacional, e sob a égide deste regime cumpria suas obrigações: principal e acessórias, inclusive realizando o recolhimento do ICMS.

Nesse cenário, após inúmeras diligências, em busca da verdade material, na assentada de julgamento, no dia 18 de fevereiro de 2020, em sustentação oral, o patrono do autuado declarou que a empresa autuada finalmente teria logrado êxito e foi reenquadrada no Regime do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 26/03/2013, conforme comprova documento apensado à fl.165.

Sendo assim, todas as ocorrências deste Auto de Infração, a partir de 26/03/2013, inerentes à fiscalização aplicável a empresas do Regime de Apuração Normal (Conta Corrente fiscal), será excluída do levantamento fiscal, considerando que a partir desta data, a empresa comprovadamente, estava cadastrada como empresa optante pelo Regime do Simples Nacional. Isto porque, no caso aqui discutido, a fiscalização de Empresas optantes pelo Simples Nacional, requer procedimentos específicos de fiscalização e a ação fiscal deve ser executada por Agente de Tributos Estaduais – ATE. Existe uma legislação específica para apuração e recolhimento do imposto devido, que incide sobre o faturamento dessas empresas optantes, com alíquotas descritas no Anexo da Lei Complementar 123/96.

O autuado arguiu a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, alegando que o Autuante deixou de juntar ao PAF, tempestivamente, notas fiscais das infrações 03 e 04, somente o fazendo, por ocasião de sua informação fiscal.

Não acato esta alegação, considerando que tais vícios foram purgados e os documentos reclamados foram disponibilizados ao contribuinte conforme fls.115/117.

Observe que os erros e omissões na lavratura do auto de infração e na formalização do processo administrativo fiscal, podem ser sanados conforme estabelece o § 1º, do art. 18 do RPAF/99, *in verbis*:

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado*

*ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.*

No mérito, a infração 01 trata de falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referentes, a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e janeiro de 2014, demonstrativo fls. 13/14.

O defendente alegou que a empresa recolheu o ICMS do período cobrado, 01/2011 à 12/2011 e 01/2014, de acordo com as normas da Lei Complementar 123/2006, visto que se considerava optante do Regime do Simples Nacional. Acrescentou ter recolhido aos cofres públicos a título do ICMS, o valor de R\$3.779,63, demonstrativo fl.68.

Conforme já apreciado de forma preliminar, o Autuado comprovou ser cadastrado no Simples Nacional a partir de 26/03/2013. Assim, será levado em consideração, o real enquadramento do contribuinte no banco de dados da SEFAZ, onde consta seu registro como empresa do regime normal de apuração, até a data retromencionada. A ocorrência de janeiro de 2014 deverá ser excluída, por se tratar de período em que a empresa comprovou está incluída no regime do Simples Nacional. Com relação ao valor alegado como recolhido aos cofres públicos na condição de Simples Nacional, deverá ser compensado quando da quitação do Auto de Infração. Considerando que o Autuado não traz elementos com o condão de elidir integralmente a acusação fiscal, a infração 01 subsiste parcialmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, no montante de R\$21.383,96.

A infração 02 trata de falta de recolhimento do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, demonstrativo fls.15/17. As infrações 03 e 04 tratam respectivamente, de falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, demonstrativo fls.18/26.

Estas infrações, nos termos do inciso XIII, do § 1º, do artigo 13 da lei Complementar 123/06, especificam operações alcançadas pelo ICMS, que estão excluídas do cálculo do Simples Nacional. Portanto, sendo apurada a irregularidade, os respectivos valores são devidos, independentemente, do Regime de Apuração a que esteja submetido o sujeito passivo.

Sobre a infração 02, o defendente alegou que o responsável pelo ICMS devido a título de antecipação total, seria do remetente. Acrescentou que poderia haver erros no que tange as MVAs utilizadas no levantamento fiscal, considerando que não recebeu cópias dos DANFs alvo da autuação.

Verifico que estas alegações não possuem suporte fático ou jurídico. No caso do ICMS por substituição tributária, conforme corretamente registrado pelo Autuante, quando o imposto não for apurado consoante a legislação de regência ou na falta de retenção e recolhimento pelo fornecedor das mercadorias, a responsabilidade do destinatário será solidária, nos termos do § 5º, do art. 8º da Lei 7014/96. Quanto às MVAs apontadas no levantamento fiscal, verifico estarem em consonância com o Anexo 88 e/ou o Anexo 1 do RICMS BA.

O Autuado recebeu cópia do levantamento fiscal e das notas fiscais consignadas no levantamento do Autuante, e não apontou objetivamente quais os documentos relacionados pelo Fisco teriam as inconsistências alegadas. Mantida a infração 02.

Sobre as infrações 03 e 04, a alegação defensiva é de que o Autuante não fez a juntada dos DANFE's, a fim de comprovar os fatos por ele alegados. Observo que os elementos juntados às fls.114/115 comprovam que o vício inicial foi devidamente saneado e o Autuado recebeu todos os elementos necessários e suficientes para elaborar sua defesa. Dessa forma, como o autuado deixou de apresentar elementos com o condão de elidir a acusação fiscal, as infrações 03 e 04 são subsistentes.

A infração 05 acusa o autuado de ter dado entrada no estabelecimento, bem ou serviços sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, demonstrativo fl.27, DANFe fls. 28/47. A infração 06 refere-se à multa por descumprimento de obrigação acessória. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA – Declaração e Apuração Mensal de ICMS, demonstrativos fls. 48/49.

O contribuinte não negou o cometimento destas irregularidades. Argumentou tão somente, que não estaria obrigado ao seu cumprimento, considerando seu entendimento de que estaria enquadrado no Regime do Simples Nacional. Disse que as empresas do Simples Nacional, não estão obrigadas a entregar DMA. Afirmou que enviava estes documentos zerados para não ter sua inscrição estadual cancelada ou inapta.

Considerando a confirmação de que o Autuado estava enquadrado no Simples Nacional a partir de 26 de março de 2013, e estas infrações são obrigações acessórias atribuídas a contribuintes do regime normal de apuração, a infração 05 subsiste até o período de março de 2012, no valor de R\$579,93. A infração 06 é devida nos exercícios de 2011 e 2012, no valor de R\$280,00. Assim, as infrações 05 e 06 são parcialmente subsistentes.

A infração 07 trata de fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, como omissões de operações ou prestações.

O defendente afirmou que esta infração seria nula, pois ao descrever a infração na página 02 (dois) do auto de infração, é estipulado multa de 5% sobre as inconsistências das informações transmitidas e na descrição da infração, é informado que a multa deve ser de 1% do valor das operações de saída realizadas em cada período, tornando assim, divergente os critérios de aplicação da multa, ou seja, a multa a ser aplicada poderia ser de 1% sobre as inconsistências e não os 5% discriminados nos demonstrativos. Acrescentou também, que não estava obrigada a transmitir o SPED/EFD, no exercício de 2012 e 2013, como informado na descrição da infração.

Sobre estas alegações, observo que o inciso XIII-A, *alínea “i” da Lei 7014/96, (vigente à época dos fatos geradores) que assim dispõe, in verbis:*

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*( . . . )*

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como, das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso; (grifo nosso).*

Da leitura do dispositivo retromencionado, juntamente com o levantamento fiscal, verifico assistir razão ao Autuado. No comando legal está expresso que a multa a ser aplicada é de 5% (cinco por cento) sobre as divergências apuradas, desde que este valor não ultrapasse 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

Observo que no levantamento fiscal fls.48/50, não restou demonstrado com clareza, a base de cálculo utilizada para aplicação da multa aqui discutida. Deixou de ser elaborada a comparação, demonstrando que a aplicação de 5% não teria ultrapassado o limite legal de 1% do valor das operações de saídas e das prestações realizadas em cada período, conforme determinado pela lei.

De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho de Fazenda Estadual, é nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo ou multa.

Para a decisão da lide, ressalto que a base de cálculo deve ser determinada a salvo de qualquer imperfeição. Indispensável, portanto, que seja demonstrada de forma compreensiva, onde seja indicado o método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao seu entendimento. Além do mais, fundamentada na legislação tributária. Isto pelo fato dela decorrer dos princípios da legalidade e da verdade material que norteiam a norma tributária do País. Neste caso, concluo pela nulidade desta infração. A infração 07 é nula.

A infração 08 refere-se à falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos, ou pela entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação. Foi aplicada multa fixa de R\$1.380,00, em cada mês dos exercícios de 2014 e 2015.

Entretanto, conforme fartamente explicado neste voto, no período autuado, o contribuinte não estava obrigado ao cumprimento desta obrigação acessória, considerando estar enquadrado no regime do Simples Nacional. A infração 08 é insubsistente.

Por fim, o Autuado requereu que as intimações e notificações, assim como, novas diligências, sejam direcionadas para o endereço do seu patrono, constante da procuração, sob pena de nulidade.

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo ao endereço indicado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.3009/16-4**, lavrado contra **EKISOM EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.732,56**, acrescido das multas de 60%, previstas no inciso II, alíneas “d” e “f”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$859,93**, previstas no inciso IX, XVIII, alínea “c”, do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR