

PROCESSO - A. I. Nº 206958.3009/16-4
RECORRENTE - EKISOM EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0028-03/20
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0279-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. b.1) FALTA DE RECOLHIMENTO; b.2) RECOLHIMENTO A MENOS. 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 SAÍDAS. O contribuinte não reúne elementos probatórios de se encontrar sujeito ao Regime do Simples Nacional, ou de deter direito à sua inclusão, em períodos anteriores à data de 26/03/2013. Infração parcialmente subsistente. Infrações remanescentes parcialmente subsistentes. Mantida a decisão de primeiro grau. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 190 a 193), interposto em face da Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF (fls. 166 a 179), em que se houvera julgado o lançamento Parcialmente Procedente - com exoneração do Sujeito Passivo no montante de R\$ 155.873,92 (fl. 182), que por estar aquém da alçada (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, Dec. 7.629 de 09/07/1999) não implicou interposição de recurso de ofício.

Por meio do Auto de Infração, lavrado em lavrado em 19/09/2016 e notificado em 19/10/2016 (fl. 61), exigiu-se imposto, multas percentuais, multas fixas e consectários previstos na legislação em ocorrências salteadas ao longo dos exercícios de 2011 a 2015, enunciadas em oito infrações, dentre as quais seguem em lide as seis a seguir resumidamente transcritas (a Infração 7 foi julgada nula, e a Infração 8 foi julgada insubsistente):

Infração 01 – 02.01.01 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, [...] **Enquadramento Legal:** Artigo 124, inciso I do RICMS aprovado pelo Decreto 6.264/97 / Art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 322, inc. I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96 [...] **Total da infração:** R\$ 28.538,18.

Infração 02 – 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. [...] **Enquadramento Legal:** Artigo 8º, inciso II e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96 [...] **Total da infração:** R\$ 8.073,42.

Infração 03 – 07.15.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. [...] **Enquadramento Legal:** Artigo 61, inciso IX; artigo 125, inciso II, parágrafos 7º e 8º e artigo 352-A do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97 / Artigo 12-A da Lei 7.014/96. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 [...] **Total da infração:** R\$ 2.414,70.

Infração 04 – 07.15.02 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquirida com fins de comercialização. [...] **Enquadramento**

Legal: Artigo 61, inciso IX; art. 125, inciso II, parágrafos 7º e 8º e artigo 352-A do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 [...] **Total da infração:** R\$ 860,48.

Infração 05 – 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s), sujeito(s) a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal [...] **Enquadramento Legal:** Artigo 322, inciso e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97 / Artigos 217 e 247 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96 - Multa reduzida retroativamente em obediência à Lei 13.461/2015 C/C a Alínea “c” do inciso II, Art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN). [...] **Total da infração:** 652,71.

Infração 06 – 16.05.11 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) [...] **Enquadramento Legal:** Artigo 333 § 1º, inciso I, do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97 / Art. 255, § 1º, inc. I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 8.534/02 [...] **Total da infração:** 420,00.

O contraditório se desenvolveu de modo intenso, com **Defesa** às fls. 62 a 71 (documentos e mídia às fls. 72 a 112); entrega de mídia, reabertura de prazo e complementação da Defesa. (fls. 114 a 125); **Diligência à INFAZ de Origem** (fls. 127 a 147); **Parecer da PGE/PROIN/ILHÉUS** (fls. 151 a 153); nova **Manifestação do Defendente** (fls. 157 a 158). Concluída a instrução, afirmou a 3ª JF que o lançamento deveria ser parcialmente mantido, consoante fundamentação a seguir transcrita:

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 estar 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.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo ofereceu breves razões recursais, direcionadas às infrações 01 a 06, em blocos, centrando sua argumentação em um direito ao enquadramento sob o regime do Simples Nacional de forma retroativa (a 31/12/2008), pois na data do Termo de Exclusão do Simples Nacional o débito (que teria motivado a exclusão) estaria com a exigibilidade suspensa por forma de liminar judicial. Assim:

- a.** as Infrações 01, 05 e 06 foram parcialmente afastadas ante o acatamento dos efeitos de seu enquadramento no regime do Simples Nacional desde 26/03/2013, mas a Recorrente postula o afastamento integral das infrações aduzindo ter requerido tal reconhecimento administrativamente (faz menção ao PAF 88313.0005/02-2, SIPRO 058465/2020-0), “onde reitera, pela quinta vez, o pedido da inclusão no Simples Nacional, com data retroativa a 31/12/2008, pedido esse ainda em situação de análise na emissão de parecer”;
- b.** as Infrações 02, 03 e 04, “referente a falta de recolhimento do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária”, e “falta de

recolhimento e recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização” seriam insubsistentes em razão da não observância do seu enquadramento no Simples Nacional.

Conclui requerendo o julgamento pela total improcedência do Auto de Infração.

Recebidos os autos, o feito foi submetido a sucessivas diligências.

Primeiramente, em 15/10/2021, esta Câmara deliberou pela conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS, para que se manifestasse sobre o parecer jurídico de fls. 151 a 153, sobre as petições direcionadas à PGE, e opinasse sobre o eventual direito do contribuinte às suas postulações. Adveio Parecer de fls. 208 a 209, datado de 21/02/2022, em que se concluiu pela demanda a que “*o recorrente [...] colacione aos autos cópia da petição da ação judicial nº 0119651-43.2002.805.0001, para que seja balizado os termos do thema decidendum e, por consequência, os limites da medida acautelatória deferida*”.

Após anexação de termos pela INFAZ DE ORIGEM (fl. 217 a 228), adveio novo Parecer da PGE/PROFIS às fls. 230 e 231, constatando a inércia da Recorrente, mas remetendo os autos à PGE/PROIN/ILHÉUS “*para que junte ao presente Auto de Infração cópia do pedido SIPRO nº 058465/2020-0*”.

Anexados cópias de termos atinentes a procedimentos administrativos (fls. 233 a 257), adveio novo parecer da PGE/PROFIS (fls. 258 a 259), datado de 04/01/2023, concluindo novamente a que “*a Secretaria do CONSEF intime o recorrente para colacione aos autos cópia da petição da ação judicial nº 0119651-43.2002.805.0001, para que seja balizado os termos do thema decidendum e, por consequência, os limites da medida acautelatória deferida*”.

Recebi os autos por sucessão, ante o término do mandato da Conselheira que me precedeu na relatoria, e propus em sessão de pauta suplementar (fl. 262) para que esta Câmara atendesse à demanda da PGE/PROFIS, o que foi acatado.

O Recorrente foi intimado (fls. 265 a 272), em seu endereço e no de seus representantes, pelo que adveio o petitório de fl. 274, e o seguinte excerto merece transcrição: “*A Ação Cautelar Inominada, processo nº 0119651-43.2002.8.05.0001, que tramitou na 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, Procuradores da Fazenda Estadual, podem acessar a plataforma PJE, através do site <http://pje-tjba.jus.br>, e verificar o processo na íntegra, onde encontra cópia em anexa, onde suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme disciplina o artigo 151, inciso V do CTN [...]*”.

Anexa às fls. 279 a 288 uma cópia de petição inicial com plúrimas autoras, cujo objeto é “*medida liminar inaudita altera pars, assecuratória para que seja reconhecido o Direito atinente às SUPPLICANTES de gozar dos mesmos benefícios instituídos pela Lei n. 8.359, de 17/09/2022, no seu artigo 4º parágrafo único, e alterações do Decreto 8.330 de 02/10/2002, artigo 1º, parágrafo 1º, em favor das COOPERATIVAS AGROPECUÁRIAS, ordenando ao SUPPLICADO que estenda aos SUPPLICANTES, autorizando de logo o depósito da primeira parcela, a ter início de vencimento no próximo dia 31 de Outubro de 2002, e posteriormente, as vincendas se necessário.*”

Anexa ainda à fl. 289, cópia de certidão narrativa, e às fls. 290 e 291, cópia de decisão judicial, em que se lê a concessão de liminar condicionada ao depósito da primeira parcela, como requerido.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, o seu ilustre representante exarou novo Parecer de fls. 297 r 297-v., em que afirma “*o simples fato do recorrente ter deferida para si medida acautelatória liminar, não impede a lavratura de auto de infração, a uma, por não fazer parte do pedido mediato da demanda judicial e, a dois, por não se revelar aplicável ao caso concreto as prescrições do art. 151 do CTN, norma afeta apenas a suspensão da ‘exigibilidade’ do crédito, nunca do direito potestativo do Estado de efetuar o lançamento tributário*”.

Remetidos de volta os autos ao CONSEF e a esta relatoria, considere-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trazidos à sessão de 15/07/2024, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois nele enxergo o pressuposto do cabimento (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99), e da tempestividade (art. 171 do RPAF/99).

O tema em discussão se limita a aferir, neste procedimento de revisão administrativa do Auto de Infração, se a Recorrente teria direito aos efeitos à sua manutenção no regime do Simples Nacional à época dos fatos jurídicos tributários, o que passa por saber se este órgão tem elementos para defini-lo, e se isso implicaria afastamento do lançamento ou redução do valor lançado.

Ao que se supõe (pois não há clareza na argumentação, *data venia*), a Recorrente aduz ter sido excluída do Simples Nacional em razão, tão-somente, da existência de dívidas para com o Fisco baiano, dívidas essas que aduz inexigíveis ao tempo da infração. E aduz que tais dívidas não seriam exigíveis por força de liminar obtida perante o Poder Judiciário (fazendo referência ao art. 151, inciso V do CTN).

Penso que esse exame extrapola os limites cognitivos deste Conselho e neste PAF, e, para além, não vejo nos autos prova cabal e suficiente para acatamento das pretensões recursais. Vejamos.

Esclareço que nem se está a tratar do óbice do art. 125 do COTEB: não vejo nos autos qualquer questão que esteja diretamente atrelada aos motivos do ato administrativo de lançamento e que tenha sido submetida ao Poder Judiciário, ou que tampouco tenha sido objeto de decisão definitiva por parte do mesmo.

Como se pôde ler das peças trazidas aos autos, a Recorrente obteve perante o Poder Judiciário no ano de 2002 medida cautelar satisfativa para permitir que ela, Recorrente, que não é uma cooperativa agropecuária, pudesse se valer do benefício (parcelamento) que a Casa que representa o Povo da Bahia deferiu às cooperativas agropecuárias por força da Lei nº 8.359, de 17/09/2002.

Perceba-se, a Recorrente não traz aos autos qualquer provimento jurisdicional que contenha, por hipótese, a extensão *definitiva* acerca do direito a tal benefício a todos os contribuintes, ou a uma classe de contribuintes a que pertença, ou mesmo especificamente a si mesmo. Não. A Recorrente trouxe provimento provisório em torno do seu direito ao benefício (satisfativo, contudo, em relação à sua inclusão no parcelamento e início de fruição).

Nessa toada, não verifico nos autos sequer uma correlação mais clara entre: **a)** a extensão do parcelamento à Recorrente; **b)** a fruição do parcelamento, com o seu cumprimento (pagamento), sob as condições definidas em Lei, Decreto e Liminar; **c)** a correlação entre os supostos créditos tributários em aberto (passíveis de parcelamento) e a exclusão da Recorrente do regime do Simples Nacional; **d)** a correlação entre esses créditos tributários em aberto e o lançamento em exame no presente PAF.

É dizer: remanescem nos autos lançamentos relacionados a fatos geradores ocorridos entre 2011 e fev/2013. A Recorrente postula reconhecimento de sua manutenção no Simples Nacional desde 08/12/2008, quando teria protocolizado “*petição impugnando o Termo de Exclusão do SN, fls. 635/636 [?], não apreciado, e com isso, insistentemente protocolou várias outras petições nesse sentido fls. 641 a 644 [?]; 660 a 685 [?] e finalmente fls. 01 a 111 [?] (volume III) [?], tentando provar o óbvio, qual seja: A EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO CAUTELAR, COM LIMINAR, que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário e em consequência a sua permanência no Simples Nacional*” (excerto do Recurso Voluntário, à fl. 235).

A ausência de elementos probatórios, de conclusão entre datas e narrativas, e de provimentos (judiciais ou administrativos) que confirmem a tese da Recorrente é evidente: não basta que haja um provimento jurisdicional para adesão a um parcelamento para que, por passe de mágica, se conclua que nenhum lançamento pode ser efetivado em face da Recorrente. Não é a autorização (provisória) para a fruição de um benefício que pode conduzir à conclusão de que a Recorrente

atendia a todos os pressupostos para o seu enquadramento no Simples Nacional, ao tempo da ocorrência dos fatos jurídicos tributários.

Nessa linha, acompanho o Parecer da PGE (fls. 297 e 297-v.): não apenas é tormentoso figurar um provimento liminar que impeça a fiscalização e o lançamento tributário (ainda que para prevenir decadência apenas), sem que haja forte questionamento sobre o princípio da Separação dos Poderes, como não vejo como vincular a liminar deferida em 2002 (fls. 290 a 291) com os lançamentos relativos a fatos ocorridos em 2011.

Considerando que a argumentação do Sujeito Passivo se restringe a esse seu direito, obtido em sede de liminar, de aderir a um parcelamento para débitos de antanho; considerando que a correlação entre tal direito (reconhecido em provimento não definitivo do Poder Judiciário) e a exclusão do Sujeito Passivo perante o Simples Nacional não se encontra nos autos; considerando que não há controvérsia de que ao tempo do lançamento os cadastros do Sujeito Passivo perante o Fisco baiano não registravam sua qualidade de optante pelo Simples Nacional; considerando que não há evidência nos autos de qualquer provimento (administrativo ou judicial) de que essa condição devesse retrotrair à data do lançamento, não vejo como acolher a pretensão da Recorrente.

Dito de outro modo: *“a pretensão aviada pelo autuado na ação acautelatória não se refere a qualquer pedido de reinclusão do contribuinte no Regime do SIMPLES NACIONAL”* (fl. 297), pois não se verifica nos autos qualquer provimento que infirme, de modo claro e direto, o termo de exclusão do Simples Nacional, tal como menciona a Recorrente, fazendo referência a folhas inexistentes neste PAF.

Perceba-se, ademais, todo o esforço empreendido no âmbito do PAF, em prol da busca da verdade real, com o que cooperou intensamente a Procuradoria Geral do Estado, seja pelo seu órgão que assessora a Inspeção Fazendária de origem (fls. 151 a 153), seja pelo órgão que funciona como *custos legis* perante este Conselho (fls. 208 a 209; 230 a 230; fls. 258 a 259; fls. 297 a 297-v.)

Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, mantida a decisão de primeiro grau.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.3009/16-4**, lavrado contra **EKISOM EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, 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, “c” do artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS