

PROCESSO - A. I. Nº 130610.0003/06-4
RECORRENTE - LIMPEZA PURA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA. (LIMPEZA PURA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0219-02/07
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 03/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0031-12/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. PERDA DO BENEFÍCIO DO TRATAMENTO PREVISTO PARA O SIMBAHIA. ENQUADRAMENTO NO REGIME POR MEIO DE UTILIZAÇÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS OU INEXATAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. A legislação estadual prevê que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS pelo sistema do SimBahia a empresa que optar pelo enquadramento utilizando-se de declarações inexatas ou falsas. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Fato não foi impugnado objetivamente pela defesa. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela R. 2.^a Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/11/06, apura os seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, na condição de empresa de pequeno porte, sendo desenquadrado o autuado do sistema do SimBahia por entender a fiscalização que o mesmo incorreu em várias irregularidades, haja vista os seguintes fatos: a) funciona no mesmo endereço onde estão estabelecidas as empresas Plascam Ind. de Embal. Plásticas Ltda. e Icepam Ind. de Embal. Plásticas Ltda., considerando-se que todas elas, inclusive o autuado, pertencem a uma mesma pessoa; b) o autuado não possui máquinas, pois as máquinas que se encontram em sua unidade fabril são da Icepam, sendo que nem mesmo esta tem as Notas Fiscais das referidas máquinas; c) o autuado deixou de apresentar 229 Notas Fiscais do período fiscalizado; d) há indício de “calçamento” de documentos, porque as Notas Fiscais 3230, 3247, 3248, 3276, 3277, 3452 e 21 têm os números repetidos no mesmo formulário; e) o autuado deixou de recolher ICMS em 2001 durante 5 meses, em 2002 durante 4 meses, em 2003 durante 11 meses, em 2004 durante 12 meses, em 2005 durante 8 meses, e em 2006, até novembro, durante 8 meses, sendo lançado imposto no valor de R\$853.006,47, com multa de 60%;
2. falta de apresentação de documentos fiscais, sendo por isso aplicada multa no valor de R\$904,00.

O sujeito passivo apresentou defesa, protestando que a informação de que o seu estabelecimento funciona no mesmo endereço dos de outras duas empresas é no mínimo absurda, senão leviana, pois as empresas em questão são de propriedade totalmente diversa, e funcionam em endereços diversos do seu estabelecimento, conforme documentos anexos. Aduziu que, para provar isso,

conseguiu, junto às empresas apontadas no Auto, cópias dos contratos de locação e dos contratos sociais.

Quanto à afirmação de que as três empresas referidas no Auto de Infração pertencem a uma mesma pessoa, o autuado contrapõe que os contratos sociais apresentados derrubam tal declaração.

Com relação à informação constante no Auto de que a empresa não possui máquinas, pois as que se encontram em sua unidade fabril são de propriedade da Icepam, e de que nem mesmo esta possui Notas Fiscais das referidas máquinas, o autuado argumentou que as referidas máquinas são usadas e velhas, e foram adquiridas nessa condição.

Quanto à acusação de que não foram apresentadas 229 Notas Fiscais, o autuado alegou que foi tomado de surpresa ao ser intimado da falta de alguns documentos, e de pronto iniciou a sua busca no escritório de contabilidade e na empresa, porém, dada a abrangência do período fiscalizado, de quase 6 anos, não foi possível localizar os documentos, mas todas as vendas do período foram informadas na DME, sendo que, em 2004, o total de vendas levantado pelo fiscal autuante foi de R\$1.268.948,85, ao passo que o informado na DME foi de R\$1.318.764,55, quantia superior, portanto, à levantada pelo fiscal.

Negou que tivesse havido “calçamento” de Notas Fiscais. Observou que as Notas apontadas pelo fiscal englobam um único período de 3 meses, de outubro a dezembro de 2004, devendo ter havido algum problema técnico ou operacional.

Relativamente aos meses em que deixou de recolher o imposto, o autuado alegou ser grande a dificuldade que tem suportado a sua empresa para sobreviver às intempéries de ordem financeira e tributária. Assinalou que o fiscal deixou de observar que todo o imposto estava pago, tendo inclusive o crédito tributário sido denunciado. Apresentou demonstrativos especificando o que foi pago e o que foi objeto de denúncia espontânea, indicando os números dos processos correspondentes. Frisou que, quando efetivamente não recolheu o imposto, de pronto denunciou os valores à fazenda estadual e requereu o parcelamento.

Reclamou do desenquadramento de sua empresa do sistema do SimBahia, feito pelo autuante, e da forma de cálculo do imposto, feito como se fosse empresa do regime normal de tributação, protestando que tal medida é incompatível com o Estado Democrático de Direito, denotando coisas de um modelo de gestão arcaico e ditatorial.

Argumentou que não se pode concluir pela culpabilidade de alguém sem prova cabal da infração. Com base em trecho que atribui a Ives Gandra (não indica a fonte), assinalou que a imposição tributária representa apropriação de bens do cidadão, e, por isso, devem ser observados, sempre, os princípios e preceitos constitucionais.

Frisou que a Lei nº 7.357/98, que instituiu o SimBahia, objetiva desonerar a carga tributária, muitas vezes aviltante, sobre os micros e pequenos empresários, pois estes, já escorchados pelos custos do próprio negócio, lutam, quase heroicamente, para sobreviver num verdadeiro mar de incertezas. Transcreveu trecho da referida lei, para evidenciar a intenção do legislador em dar tratamento tributário diferenciado e simplificado às micro e pequenas empresas, e citou trecho cuja autoria atribui a Sacha Calmon (não indica a fonte).

Concluiu especificando as quantias que reconhece serem devidas, abatidos os valores pagos e os que alega terem sido objeto de denúncia espontânea. Salientou que os valores informados pelo fiscal como “valores pagos” não representam a realidade, pois é indicado apenas o mês do pagamento, mas não é identificado a qual mês se refere o valor pago.

Pediu que se declarasse improcedente a autuação. Requeru a emissão de certidão negativa de débitos. Juntou demonstrativos analíticos do imposto devido como empresa de pequeno porte.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que a sua afirmação de que as empresas Plascam, Icepam e Limpeza Pura são do mesmo proprietário é a pura verdade, conforme foi comprovado

não só por ele, autuante, mas também pelo supervisor Frederico Costa, que o acompanhou até o local onde funcionam as empresas citada, tendo o fato sido comunicado ao inspetor Ademilson Barnabé da Silva, e este foi o motivo do pedido de desenquadramento do autuado.

Quanto aos contratos apresentados pela defesa, o fiscal observou que um deles tem o prazo de duração de um ano, e considerou que, a seu ver, não existe contrato não residencial, e nem residencial, de um ano. Além disso, o contrato não é datado, e foi borrado o carimbo do Cartório do 8º Ofício, constante na fotocópia. Destacou que outro contrato nem prazo tem, e só foi assinado pelo locador. Observou que num terceiro contrato consta que a renovação será automática, mas, como o locador é o mesmo, não haveria necessidade de um novo contrato, sendo que no contrato precedente não foi reconhecida a firma, e, ao ser renovado o contrato, foi posta uma seta atribuída ao 2º Ofício, apontada até para onde não existe assinatura.

No que concerne às máquinas, o fiscal disse que elas “*são utilizadas pela razão social ICEPAM*” [sic], mas as Notas Fiscais que foram apresentadas estão em nome de pessoa física, conforme consta no processo do Auto de Infração nº 130610.0002/06-8, lavrado contra a Icepam.

Observou que o “advogado” não contestou a informação de que 229 Notas Fiscais não foram apresentadas.

Reafirmou que existem indícios de “calçamento” de Notas Fiscais.

Quanto aos valores que a empresa deixou de recolher nos períodos indicados no Auto de Infração, o fiscal disse que as relações retiradas no sistema da Secretaria estão anexadas aos autos. Considerou que, se o autuado apresentou denúncia espontânea, assim procedeu de forma a “protelar o problema”, pois já existem quatro Autos inscritos em Dívida Ativa, e a ninguém é dado o direito de beneficiar-se de sua própria torpeza.

Proseguiu dizendo que o “advogado” calcou a defesa em argumentos fracos e fora do foco da autuação, voltados mais a atingir a pessoa do autuante.

Assinalou que os valores informados como “recolhimento efetuado” foram colhidos no sistema da Secretaria.

Opinou pela manutenção dos lançamentos.

Em face das alegações da defesa, o processo foi remetido em diligência a fim de que a Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho adotasse as seguintes providências:

- a) examinasse os originais dos documentos apresentados pela defesa, e verificasse, “*in loco*”, os locais onde funciona cada empresa, de acordo com os respectivos endereços, de modo a confirmar, ou não, o que foi acusado no Auto, ou seja, que todas elas funcionam num mesmo endereço;
- b) verificasse a existência de eventuais simulações ou fraudes nos referidos documentos, atentando especialmente para o reconhecimento das firmas neles apostas;
- c) verificasse, na contabilidade de cada empresa, os pagamentos de aluguéis do imóvel ocupado;
- d) fizesse uma explanação das condições de funcionamento de cada empresa, no tocante a maquinário, empregados, gerenciamento, e outros fatores indicativos da autonomia ou não de cada uma delas;
- e) examinasse os elementos demonstrados às fls. 94/97, de modo a apurar se os pagamentos e os parcelamentos têm correlação com os valores lançados neste Auto, haja vista as alegações da defesa de que seus impostos foram pagos, tendo havido inclusive alguns parcelamentos, e de que os valores apresentados pelo auditor como valores pagos não representam a realidade, pois aqueles valores apenas indicam o mês do pagamento, mas não identificam o mês ao qual se referem.

A auditora designada para cumprir a diligência informou que intimou as empresas para apresentarem os originais dos documentos apresentados pela defesa. Além disso, visitou as empresas, confrontou todos os documentos originais com as cópias anexadas aos autos, não constatando nenhuma irregularidade em relação às cópias apresentadas. Reiterou que não notou qualquer fraude na documentação apresentada. Quanto aos aluguéis, disse que foram apresentados apenas os recibos relativos à empresa Limpeza Pura. Aduziu que os documentos e livros fiscais não foram apresentados, sob alegação de que o contador reteve os livros e documentos por motivo de atraso dos pagamentos de seus serviços. Informou que esteve no endereço do autuado, na BR 324, e se informou se ali era o estabelecimento da Limpeza Pura, sendo informada de que era ali mesmo, sendo que depois foi atendida pela Sra. Márcia Alves Dourado, a qual informou que ali funcionava a Icepam e que a Limpeza Pura funcionava ao lado, num galpão anexo, porém se tratava do mesmo galpão. Foi informado que as duas empresas eram fabricantes de plásticos, tinham o mesmo procurador, porém eram empresas distintas. A auditora observou que não há separação de local de estabelecimento para cada empresa, pois o galpão é um só, o nº 2, verde. Disse que também não há separação de espaços administrativos. Destacou que a senhora Márcia, que estava na empresa que disse ser a Icepam, foi quem assinou os documentos da Limpeza Pura constantes às fls. 3 e 27, estando a referida senhora registrada no livro de empregados da Icepam. Informou que somente se encontrava em atividade o maquinário de uma empresa, que, segundo a senhora Márcia, seria a Icepam, sendo que, no espaço onde ficaria o estabelecimento da Limpeza Pura, que é uma extensão do mesmo galpão, só constava uma máquina, e havia ali uns três empregados dobrando e empacotando embalagens plásticas.

Quanto à outra empresa, a Plascam, a auditora informou que compareceu ao seu endereço, na Estrada Velha Salvador-Feira de Santana, km 9, num local conhecido como Travessa do Gavião, em Pirajá, sendo ali informada de que a referida empresa tinha mudado de endereço. Observou que a Plascam consta no sistema da Fazenda como “inapta”.

Com relação às máquinas, não foi apresentado nenhum documento que comprovasse a aquisição das mesmas por qualquer das empresas.

No tocante aos empregados das empresas, a auditora informou que foram apresentados os livros Registro de Empregados da Limpeza Pura e da Icepam, bem como a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) da Limpeza Pura e da Plascam. A auditora considerou que, como estes documentos são muito importantes, dificilmente poderiam ser fraudados, e, por isso, entende que tais documentos podem comprovar a autonomia das empresas, já que não constatou nenhum indício de fraude.

Informou, ainda, que foram apresentados os extratos da folha mensal das 3 empresas, relativos ao mês de fevereiro de 2007.

Relativamente aos pagamentos e parcelamentos a que alude a defesa, a auditora informou que nenhum documento lhe foi apresentado. Explicou que, ao confrontar os dados de recolhimentos informados pelo sistema interno da Fazenda, às fls. 31 a 35, com os dados dos demonstrativos às fls. 36-37, constatou que o autuante já havia feito as devidas reduções do ICMS efetivamente recolhido. Aduziu que, no referido sistema, constam recolhimentos das empresas Icepam (relativos aos exercícios de 2005 e 2006) e da Plascam (relativos aos exercícios de 2002 e 2005).

A auditora concluiu seu Parecer declarando que, analisados os documentos apresentados, constatou a autonomia das empresas Limpeza Pura, Icepam e Plascam. Quanto aos documentos contábeis, como estes não foram apresentados, disse que não pôde obter mais informações.

Com relação à autonomia dos espaços funcionais das empresas Limpeza Pura e Icepam, a auditora observou que elas dividem um mesmo galpão.

E, por não ter constatado nenhum erro na apuração do imposto, não houve alteração dos valores.

Dada vista do resultado da diligência ao sujeito passivo, este se manifestou salientando que fará uma representação ao CRC [Conselho Regional de Contabilidade] contra o antigo contador, por

retenção indevida de documentos, caso ele não atenda à solicitação de entrega dos documentos. Quanto à informação de que a Icepam e a Limpeza Pura funcionam na mesma localidade, o autuado explicou que isso decorre do fato de se tratar de um centro empresarial propício para pequenas indústrias. Disse que ali existem vários galpões unidos um ao outro, e não existe ligação interna entre eles, pois são empresas totalmente distintas, como foi constatado em face dos documentos oficiais, o que foi reconhecido pela auditora que esteve lá. Destacou o trecho em que a auditora informa que, considerando os documentos apresentados, que dificilmente poderiam ser fraudados, entende que os mesmos podem comprovar a autonomia das empresas, já que não foi constatado nenhum indício de fraude. Prossseguiu dizendo que, além da Icepam e da Limpeza Pura, outras empresas estão estabelecidas na mesma localidade. Disse que, em virtude de dificuldades financeiras, muitas vezes tem recorrido à ajuda administrativa e operacional dos parceiros, a fim de tentar se manter vivo no mercado. Reiterou que as máquinas utilizadas são usadas e velhas, e foram adquiridas nessa condição, por ser quase impossível uma empresa de pequeno porte investir em máquinas novas. Quanto aos pagamentos e parcelamentos, anexou documentos obtidos junto à própria Secretaria da Fazenda, referentes aos pagamentos e créditos tributários já lançados. Fez uma síntese dos aspectos abordados. Juntou documentos.

Através do Acórdão JJF n.º 0219-02/07, decidiu a 2.ª Junta de Julgamento pela Procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) “*O Parecer da ASTEC pode parecer confuso e contraditório, mas fica patente que a auditora que o emitiu pretendeu estabelecer a distinção entre a autonomia dos estabelecimentos quanto à documentação e a autonomia dos mesmos quanto ao espaço físico ocupado*”; assevera que “*O que importa, mesmo, é saber se a legislação permite que num mesmo local funcione mais de um estabelecimento*”; nesse sentido, adunou que “*Na redação originária, o RICMS previa, no § 3º do art. 152, que era vedada a concessão de mais de uma inscrição em um mesmo endereço, quando houvesse comunicação interna entre os estabelecimentos. No caso em apreço, funcionam duas empresas (e talvez outras, segundo o autuado) num mesmo galpão, sem divisórias físicas entre elas. Em face do § 3º do art. 152, na redação originária, isso seria vedado*”; ressaltou que “*O RICMS foi modificado pelo Decreto nº 9.545/05 (Alteração nº 65), sendo dada nova redação a todo o capítulo que cuida da inscrição cadastral. A alteração entrou em vigor em 10/9/05. Os fatos apurados no item 1º deste Auto compreendem os exercícios de 2001 a 2006. E aí está o primeiro problema a ser enfrentado*”;
- b) transcreveu o art. 155, da nova redação do RICMS para afirmar que “*ficou a critério da repartição permitir ou não a existência de mais de uma inscrição cadastral no mesmo local. Há um problema de aplicação da lei no tempo, haja vista a modificação introduzida pelo referido Decreto nº 9.545/05, que neste caso se torna questão secundária em face do ponto que passo a abordar*”; salientou que “*nos termos do § 4º do art. 384-A do RICMS, na mensuração da receita bruta anual, se a empresa mantiver mais de um estabelecimento, ainda que em outra unidade da Federação, ou tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas, deve-se levar em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas*”; informa que “*Cotejando a relação de sócios da Limpeza Pura Indústria de Embalagens Plásticas Ltda., à fl. 256, com a dos sócios da empresa Icepam Indústria de Embalagens Plásticas Ltda., à fl. 236, noto que figura, em ambas, o nome do Sr. Natanael Gomes de Oliveira*”;
- c) asseverou que “*O RICMS, ao tratar das irregularidades fiscais relacionadas com contribuintes enquadrados no SimBahia, prescreve, no art. 408-L, II, que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa que optar pelo enquadramento no regime utilizando-se de declarações inexatas ou falsas*”; acrescentou que “*O autuado alegou que parte dos valores lançados havia sido paga ou tinha sido objeto de parcelamentos. Isso foi checado pela ASTEC, sendo informado que o fiscal autuante já havia feito os abatimentos. Ao se manifestar pela última vez, o contribuinte*

juntou cópias dos extratos do sistema de arrecadação (fls. 272/281), sem dizer o que pretendia provar com eles. Esses elementos, volto a dizer, já foram analisados pela ASTEC”;

d) no que pertine à infração 2, manteve a autuação, uma vez que a mesma não foi impugnada objetivamente pela defesa.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual, inicialmente, afirma que a Decisão pela procedência do Auto de Infração, lastreou-se, principalmente, na premissa de que o contribuinte, ao optar pelo seu enquadramento, utilizou-se de declarações inexatas e falsas. Questiona, a fim de salvaguardar o bom direito e a ampla defesa, se a opção da empresa foi baseada em alguma informação falsa ou inexata e, em caso positivo, ressalta ser necessário definir, com clareza e precisão, quais seriam essas declarações falsas e inexatas e em que aspecto as mesmas se revestem de tal forma. Questiona qual foi a intenção ludibriatória da empresa em relação ao Fisco? Pergunta se o fato de o autuante afirmar, de forma vaga, que “*não foram apresentadas 229 notas*” ou ainda “*há indícios de calçamento de documentos*”, ou mesmo que funciona mais de uma empresa em um mesmo endereço, serve para configurar declaração falsa ou inexata. Responde negativamente, reiterando que cada ponto desses foi refutado na defesa original, derrubando o argumento de declaração enganosa.

Aduz que apesar do Parecer ASTEC revelar-se um tanto quanto confuso, parece que alguns pontos são pacíficos, no Parecer e no voto proferido em Primeira Instância: a) as empresas são contabilmente diferentes, b) os documentos apresentados são verdadeiros e idôneos, derrubando, de uma vez, a insinuação “maldosa” da fiscalização em sugerir uma possível fraude.

No que se refere à dúvida quanto ao aspecto físico (anexo 1), colaciona em anexo imagens externas e internas tiradas no local para revelar a diferença entre os endereços da ICEPAM e da Limpeza Pura, bem como um vídeo em mídia eletrônica (CD) em anexo, revelando que não há ligação física entre as empresas, pelo que reitera afirmação feita em sua peça impugnatória no sentido de que se trata de prática comum em grandes centros, não sendo correta a assertiva de que as empresas dividem o mesmo galpão, notadamente porque são unidos um ao outro sem ligação interna entre eles, havendo outras empresas sediadas naquela localidade. Quanto à PLASCAM, aduz que não há nada a declarar, visto que a mesma encontra-se fechada, conforme declaração da própria ASTEC, considerada inapta, sem falar que a empresa funcionava em outro endereço, totalmente diverso da empresa em lide. Salienta que restou comprovado não haver qualquer declaração falsa ou inexata.

Repisa o argumento defensivo de que as máquinas são usadas e antigas e foram compradas nesta condição, pela dificuldade de se comprar uma máquina nova que é muito cara, chegando a custar mais de R\$500.000,00. Questiona se comprar uma máquina usada é uma declaração inexata ou falsa, bem como se tal fato justificaria o desenquadramento da empresa para o regime normal.

Assinala que a empresa desconhece qualquer formulário em que, no momento da inscrição, deveria declarar a existência de sócios em comum, desconhecendo a obrigação legal nesta direção de fazê-lo, razão pela qual tal fato não se configura em declaração inexata, muito menos falsa.

Assevera que a ASTEC se equivocou na interpretação que fez ao informar que o autuante considerou os pagamentos e os créditos reclamados nos períodos anteriores. Questiona onde estão os cálculos realizados pela ASTEC, em que se demonstrou que os créditos anteriores foram considerados, havendo apenas uma declaração vaga nesse sentido. Pergunta acerca dos créditos já lançados, bem como as denúncias espontâneas, se as mesmas teriam perdido o valor, ou onde foram deduzidos. Afirma que o Auto de Infração “*revelou valores que não levaram em consideração os créditos tributários já denunciados ou reclamados*”. Apresenta demonstrativo dos créditos não considerados no Auto de Infração. Reafirma que nos valores utilizados no Auto de Infração não estão sendo considerados os créditos acima identificados, estando abatidos somente os valores efetivamente pagos e não os créditos reclamados ou declarados. Acrescenta

que os valores pagos estão sendo abatidos pelo mês do pagamento e não pelo mês de referência (isso já foi objeto de contestação na defesa original). Tal fato, prossegue, torna o Auto de Infração inconsistente e insubsistente, em face da fundamentação e base de cálculo equivocadas.

Conclui ressaltando que a empresa não apresentou declarações inexatas ou falsas, portanto não infringindo o dispositivo legal específico. Pede que seja desconsiderado o Auto de Infração, à luz do fundamento utilizado em sua lavratura (apresentou declaração falsa ou inexata), considerando-se a empresa como sendo de pequeno porte. Solicita que seja considerado o demonstrativo apresentado pela empresa na defesa original, reconhecendo como valores devidos a título de ICMS os indicados em quadro que aponta. Pugna, por fim, pela emissão de Certidão Negativa de Débitos Tributários.

O ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, apresentando, inicialmente, escorço histórico acerca do presente PAF. Assevera que o que deve ser analisado no presente caso é a eficácia das provas obtidas pela diligência realizada pela auditora fiscal revisora da ASTEC e se a mesma é suficiente para comprovar a infração imputada ao autuado. Assinala que o julgador de Primeira Instância fez excelente análise das infrações supostamente cometidas, porém pede venia para discordar do mesmo quanto à aplicação da legislação no tempo, constante do seu voto. Ressalta que a regra do ICMS que proibia a instalação e funcionamento de duas empresas no mesmo estabelecimento, como dito no art. 152, § 3º, do RICMS, somente foi alterada em 2005, passando a ser uma faculdade do Fisco a aceitação de tal liberalidade, nos casos em que não crie empecilhos à fiscalização. Afirma que, pelos autos, a empresa já funcionava desde 1999, razão pela qual, desde a instalação de ambas, já havia a proibição da legislação que regulamenta a matéria. Entende que fica demonstrado que mesmo antes de 2005 as empresas já estariam irregulares, significando que após a alteração da lei ainda teriam que obter a autorização do fisco para funcionarem no mesmo lugar, o que não ocorre nos autos, razão pela qual as empresas não poderiam funcionar no mesmo estabelecimento, nem pela norma antiga, nem pela atual, pois careciam de autorização.

Invoca e transcreve o quanto disposto no art. 384-A, § 4º, no que pertine à composição societária e formação do capital social, para ressaltar que não é dado o desconhecimento da lei, havendo efetivamente o cometimento da infração tipificada pelo autuante, qual seja, prestar declarações falsas ou inexatas.

Quanto à alegação da existência de créditos em seu favor que não foram considerados no Auto de Infração, salienta que após análise dos demonstrativos que instruem os autos, observa a coincidência dos créditos concedidos pelo autuante com aqueles constantes dos PAF's alegados, exatamente nos valores considerados, informação esta confirmada pela revisora em sua conclusão apresentada.

A acusação de indícios de calçamento de notas não onera, por si só, a autuação nem resulta em apuração fiscal e em denúncia criminal.

O recorrente possui, além de um mesmo estabelecimento sem qualquer divisória, empregados comuns e maquinário comum, fatos comprovados no relatório apresentado pela ASTEC e que não foram descaracterizados pelo recorrente, nem pelas fotos trazidas aos autos.

Conclui aduzindo que as provas analisadas demonstram que as condições de instalação e funcionamento do recorrente não atendem ao que exige a legislação, bem como a sua formação societária e o montante da receita apurada. Opina pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reforma alguma merece o *decisum* de Primeira Instância.

Inicialmente, impende observar que, ao recorrente iniciar as suas atividades, em meados de 1999, vigorava no ordenamento jurídico-tributário estadual a proibição de instalação e funcionamento

de duas empresas em um mesmo estabelecimento, à luz do quanto disposto no art. 152, § 3º, do antigo RICMS.

Evidente, pois, a irregularidade do recorrente, visto que, desde o início de suas atividades, já funcionava juntamente com a ICEPAM, não tendo obtido, após a vigência no novel Regulamento, qualquer autorização do Fisco baiano para funcionarem no mesmo local.

Tal fato, por si só, já denotaria o acerto da autuação, a justificar a existência de declaração falsa ou inexata ensejadora do desenquadramento.

Mas não é só. Sem prejuízo da existência irregular, em face do que preceitua a legislação, num mesmo local, cura reiterar o argumento expendido pelo julgador de primeira instância para decretar a procedência do Auto de Infração: a existência de sócio idêntico nas empresas Limpeza Pura Indústria de Embalagens Plásticas Ltda (fl. 256), e Icepam Indústria de Embalagens Plásticas Ltda., (fl. 236), o Sr. Natanael Gomes de Oliveira.

Ora, tal circunstância, isoladamente, também se configura como declaração falsa ou inexata, a possibilitar o desenquadramento do recorrente da condição de empresa de pequeno porte, em face do que consigna o art. 408, L, II, do RICMS, *ad litteram verbis*:

Art. 418. Por ocasião do retorno das mercadorias ou do veículo, o contribuinte deverá:

I - emitir Nota Fiscal (entrada) para reposição, no estoque, das mercadorias não vendidas, sem destaque do imposto, na qual serão mencionados, no campo "Informações Complementares" (Ajuste SINIEF 03/94):

a) o número e a série, se for o caso, a data da emissão e o valor da Nota Fiscal correspondente à remessa; b) os números e as séries, se for o caso, das Notas Fiscais emitidas por ocasião das entregas das mercadorias; c) o valor das operações realizadas fora do estabelecimento;

d) o valor das operações realizadas fora do estabelecimento em outras unidades da Federação;

II - escriturar a Nota Fiscal de que cuida o inciso anterior no Registro de Entradas, consignando o respectivo valor nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações sem Crédito do Imposto - Outras"; III - lançar no Registro de Saídas, até o dia 8 do mês subsequente, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Débito do Imposto", as Notas Fiscais emitidas por ocasião das vendas efetuadas nesta ou em outra unidade da Federação, fazendo referência, na coluna "Observações", à Nota Fiscal de remessa; IV - elaborar um demonstrativo da apuração do valor do crédito a que se refere o § 3º do artigo anterior, no caso de ter havido vendas fora do Estado; V - lançar, no último dia do mês, no Registro de Apuração do ICMSa) no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos", com a expressão "Remessa para venda fora do estabelecimento", o valor do imposto destacado na Nota Fiscal de remessab) no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos", com a expressão "Recolhimento em outros Estados - vendas fora do estabelecimento", o valor do imposto recolhido em outras unidades da Federação, calculado na forma do § 3º do artigo anterior. Parágrafo único. Relativamente a cada remessa, arquivar-se-ão juntas, para exibição ao fisco I - o demonstrativo previsto no inciso IV deste artigo [Nota: A redação atual do inciso I do parágrafo único do art. 418 foi dada pela Alteração nº 1 (Decreto nº 6379, de 25/04/97, DOE de 26 e 27/04/97). Redação originária:

I - o demonstrativo previsto no inciso IV do artigo anterior; II - a 1ª via da Nota Fiscal de remessa; III - a 1ª via da Nota Fiscal de retorno; IV - os comprovantes do imposto recolhido em outras unidades da Federação. É de corriqueira sabença que a ninguém é dado o direito de desconhecer a lei, restando demonstrado *in casu* o cometimento da infração tipificada pelo

autuante, especialmente porque na mensuração da receita bruta anual das duas empresas ficou comprovada a exorbitância dos valores indicados para efeito de enquadramento a título de empresa de pequeno porte.

Quanto à alegação da existência de créditos, pagamento e parcelamentos em seu favor que não foram considerados no Auto de Infração, após análise dos demonstrativos que instruem os autos, fica evidente a coincidência dos créditos concedidos pelo autuante com aqueles constantes dos PAF's alegados, exatamente nos valores considerados, informação esta confirmada pela revisora em sua conclusão apresentada.

Outrossim, tendo em vista os argumentos acima elencados, a acusação de indícios de calçamento de notas não onera, por si só, a autuação nem resulta em apuração fiscal e em denúncia criminal, sendo irrelevante para o deslinde do presente julgamento.

Acresça-se ao quanto já aduzido que o recorrente possui, além de um mesmo estabelecimento sem qualquer divisória, empregados comuns e maquinário comum, fatos comprovados no relatório apresentado pela ASTEC e que não foram descaracterizados pelo recorrente, através das fotos e CD trazidos aos autos.

Destarte, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 130610.0003/06-4, lavrado contra **LIMPEZA PURA INDÚSTRIA DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA. (LIMPEZA PURA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$853.006,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$904,00**, prevista no art. 42, XX, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO – REP. PGE/PROFIS