

A. I. N° - 299130.0058/10-3
AUTUADO - SALVADOR BICICLETAS LTDA.
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 16/12/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0269-03/11

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A legislação vigente à época dos fatos previa a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime SIMBAHIA, a empresa constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, sendo este um dos casos de exclusão de ofício. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de decadência e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2011, refere-se à exigência de R\$23.263,97 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA), porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares deste regime, fato comprovado mediante ação fiscal, ficando sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do SIMBAHIA, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2006. Valor do débito: R\$23.044,58. Multa de 70%.

Infração 02: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização. Consta, ainda, que no arquivo do CFAMT só foi localizada a NF 52687. As demais notas fiscais serão objeto de novo procedimento fiscal, quando localizadas. Valor do débito: R\$219,39. Multa de 60%.

De acordo com a descrição dos fatos, no Relatório de Investigação Fiscal 0012/2008 e o Boletim INFIP de 21/08/2009, foi constatada a execução de práticas lesivas ao fisco e a constituição das empresas Salvador Bicletas Ltda. e Radical Motobike Com. de Peças Ltda. com interposição fictícia de pessoas, no intuito de auferirem benefícios com a condição de microempresa. Foi constatado ainda, que o possível responsável e proprietário de fato das referidas empresas é o Sr. Ailton Araújo dos Santos. A exclusão do SIMBAHIA surtiu efeitos a partir de 25/08/2003, para efeito de cobrança retroativa de ICMS, conforme Termo de Exclusão do SIMBAHIA, datado de 17/11/2010. Assim, o cálculo do imposto devido no exercício de 2006 foi efetuado mediante apuração do resultado mês a mês, considerando as aquisições de mercadorias e as vendas

comprovadas através de notas fiscais de entrada, saída e reduções Z. Foram considerados os créditos fiscais das notas fiscais de entrada, o valor do ICMS recolhido a título de antecipação parcial e os recolhimentos mensais do ICMS/SIMBAHIA efetuados pelo contribuinte, conforme demonstrativos do roteiro de Conta Corrente do SAFA. Foi identificada no levantamento do imposto antecipado a existência de notas fiscais do CFAMT cujo ICMS relativo à antecipação parcial não foi recolhido, conforme planilha de cálculo. Entretanto, só foi localizada NF 52687. As demais notas fiscais deverão ser objeto de cobrança, quando localizadas. As notas de transferência da filial para a Calçada não foram consideradas como venda no levantamento de conta corrente, tendo em vista que se trata de empresas do mesmo grupo. Foi constatado, ainda, mediante consulta ao INC/SEFAZ, que a empresa não tem outros débitos fiscais a recolher.

Foram acostados ao presente processo os seguintes documentos: Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 12/2008 (fls. 15 a 26), Boletim de Análise e Informação Fiscal (fls. 30 a 32), Edital de Exclusão do Simples Nacional (fl. 43), Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl. 46), Análise e Conclusão quanto à impugnação de Exclusão do SIMBAHIA (fls. 47/48), cópia da Impugnação de Exclusão do SIMBAHIA (fls. 50/54).

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 664, apresentou impugnação (fls. 646 a 662 do PAF). Inicialmente, informa que é uma pequena empresa que possui como atividade econômica o comércio atacadista de peças de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos. É contribuinte idôneo, que sempre diligenciou no sentido de bem cumprir as suas obrigações tributárias junto a esta Fazenda do Estado da Bahia. Apresenta preliminar de decadência, alegando que o crédito tributário apurado pelo Estado da Bahia está fulminado pela decadência, sendo, pois, de logo improcedente o lançamento fiscal efetuado. Diz que a decadência se evidencia pela preclusão do direito de o sujeito ativo da relação obrigacional vir a praticar o ato administrativo de lançamento, culminando na extinção do crédito fiscal, em decorrência da sua inatividade no prazo estipulado. No caso em tela, trata-se do ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação, cuja disciplina no que se refere à decadência está prevista no artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional que transcreveu. Alega que, não obstante a clareza do mencionado dispositivo legal, o Estado da Bahia, legislou de forma diversa no RICMS/97, ao estipular como marco inicial para a contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Diz que a Constituição Federal determinou que a disciplina de normas gerais de matéria tributária, especialmente, aquelas relativas à decadência, compete à Lei Complementar, conforme art. 146, III, que reproduziu. Assim, o defendente apresenta o entendimento de que a regra contida no artigo 150, § 4º do CTN deve prevalecer sobre aquela prevista no artigo 90 do RICMS/97, porque a primeira é Lei Complementar enquanto a segunda um Decreto Estadual, meio, portanto, inadequado para disciplinar a matéria. Neste sentido, cita a súmula vinculante do STF e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Entende que, por força da decadência que fulmina parte do presente lançamento, este órgão julgador deve determinar a exclusão dos períodos entre 31 de janeiro e 29 de março de 2006, dizendo que o tributo exigido já se encontra alcançado pela decadência. O defendente apresenta um histórico sobre as Micro e Pequenas Empresas e da finalidade do Regime do SIMBAHIA, e afirma que os Governos Brasileiros e, em particular o Estado da Bahia, com a Lei do SIMBAHIA, passaram a adotar medidas de incentivo ao segmento das micro e pequenas empresas. Que atualmente, a série de dificuldades que recaem sobre a pequena e a microempresa no Brasil, observada cada dia de forma mais contundente, retrata uma realidade cada vez mais desestimulante para aqueles que vivem destes negócios. Diz que o RPAF, no seu artigo 2º, estabelece a possibilidade de os julgadores decidirem o processo administrativo sopesando fatores adstritos ao seu deslinde. Nesse sentido, cita ensinamentos do professor Sacha Calmon e apresenta o entendimento de que a estrutura atual da empresa autuada não comporta a exigência fiscal impugnada, indo de encontro a todo o sistema constitucional e infralegal que amparam os pequenos empresários. O defendente comenta sobre o regime de tributação do SIMBAHIA, dizendo que o mencionado regime foi concebido para simplificar e diminuir a carga tributária das pequenas empresas, tendo

como fator primordial a geração de empregos. Diz que o mencionado regime objetivou proporcionar às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte um tratamento tributário e fiscal simplificado e diferenciado de acordo com a estrutura de cada negócio, e a simplificação se refere à forma de apuração e recolhimento do imposto. Cita os arts. 404-A, 406-A, 408-L, 408-S do RICMS/BA, e diz que o desenquadramento do contribuinte em tela, do regime do SimBahia, não respeitou as regras contidas nos dispositivos legais citados, bem como o tributo ora exigido corresponde a fatos ocorridos antes do referido desenquadramento, desobedecendo a regra contida no RICMS quanto à impossibilidade de cobrança retroativa nesses casos. Menciona os arts. 100, I e 146 do CTN, e afirma que a autoridade competente, para conceder o regime beneficiado, autorizou à época, que o contribuinte em tela se beneficiasse do regime simplificado de apuração do ICMS. Em seguida, o defendente apresenta um histórico sobre as Micro e Pequenas Empresas e da finalidade do Regime do SIMBAHIA, e afirma que os Governos Brasileiros e, em particular o Estado da Bahia, com a Lei do SIMBAHIA, passaram a adotar medidas de incentivo ao segmento das micro e pequenas empresas. Que atualmente, a série de dificuldades que recaem sobre a pequena e a microempresa no Brasil, observada cada dia de forma mais contundente, retrata uma realidade cada vez mais desestimulante para aqueles que vivem destes negócios. Diz que o RPAF, no seu artigo 2º, estabelece a possibilidade de os julgadores decidirem o processo administrativo sopesando fatores adstritos ao seu deslinde. Nesse sentido, cita ensinamentos do professor Sacha Calmon e apresenta o entendimento de que a estrutura atual da empresa autuada não comporta a exigência fiscal impugnada, indo de encontro a todo o sistema constitucional e infralegal que amparam os pequenos empresários. O defendente comenta sobre o regime de tributação do SIMBAHIA, dizendo que o mencionado regime foi concebido para simplificar e diminuir a carga tributária das pequenas empresas, tendo como fator primordial a geração de empregos. Diz que o mencionado regime objetivou proporcionar às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte um tratamento tributário e fiscal simplificado e diferenciado de acordo com a estrutura de cada negócio, e a simplificação se refere à forma de apuração e recolhimento do imposto. Cita os arts. 404-A, 406-A, 408-L, 408-S do RICMS/BA, e diz que o desenquadramento do contribuinte em tela, do regime do SimBahia, não respeitou as regras contidas nos dispositivos legais supracitados, bem como o tributo ora exigido corresponde a fatos ocorridos antes do referido desenquadramento, desobedecendo a regra contida no RICMS quanto à impossibilidade de cobrança retroativa nesses casos. Menciona os arts. 100, I e 146 do CTN, e afirma que a autoridade competente, para conceder o regime beneficiado, autorizou à época, que o contribuinte em tela se beneficiasse do regime simplificado de apuração do ICMS. Entende que a presente autuação fere todos os princípios constitucionais que regem o sistema normativo tributário, bem como o sistema infraconstitucional, constante nos dispositivos expressos do Código Tributário Nacional. Volta a mencionar o desenquadramento do regime do SIMBAHIA, dizendo que este desenquadramento foi efetuado de maneira irregular, tendo sido apurado que a empresa autuada fora excluída do regime simplificado do SIMBAHIA, ensejando na cobrança do ICMS pelas regras normais de tributação, haja vista constatou-se através de investigação que as empresas Ailton Araújo dos Santos e Salvador Bikes alteraram o quadro societário, com a suposta finalidade de beneficiar-se da condição de microempresa. Diz que a referida investigação deduziu que, supostamente, o verdadeiro proprietário da empresa em tela e de outras é o Sr. Ailton Araújo dos Santos. Com isso, procedeu à exclusão do contribuinte do regime do SIMBAHIA, uma vez que, nesse contexto, estaria deixando de preencher os requisitos necessários para permanecer como microempresa, posto que unidas ultrapassam o limite para a adesão ao regime simplificado. Afirma que tal alegação não condiz com a realidade dos fatos, tendo em vista que o Sr. Ailton deixou o corpo societário das outras empresas que deu origem, para que outros membros de sua família assumissem efetivamente o empreendimento, tendo ele apenas como um orientador, em vista da sua larga e concreta experiência no ramo. O que houve, de fato, foi à dissolução societária, onde seus sucessores familiares passaram a comandar exclusivamente a gerência e administração de cada sociedade de forma autônoma e individual, tendo o Sr. Ailton como orientador e consultor, em vista do seu conhecimento

empresarial. Desta forma, as empresas de propriedade do Sr. Ailton não têm qualquer relação com os demais estabelecimentos de que seus familiares são sócios. O que se configura nada mais é do que a preocupação de um provedor garantir o sustento daqueles que dependem diretamente dele, incentivando o empreendedorismo e a auto tutela dos mesmos. Salienta que cada uma dessas sociedades possui autonomia patrimonial, econômica, bem como detém seu estabelecimento empresarial, sendo composto pelo conjunto de bens materiais e imateriais do patrimônio empresarial que são utilizados no exercício da atividade econômica organizada. Entende que a situação em tela não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exclusão do regime SIMBAHIA previstas no art. 408-L do RICMS/97, tornando a presente autuação carente de base legal. Diz que os fatos narrados pelo fisco não apresentam amparo legal que consubstanciem e comprovem a ilegalidade da retirada do Sr. Ailton, nem tampouco demonstre qualquer atitude da empresa contribuinte que justificasse a sua descaracterização como pequena empresa e a conseqüente exclusão do regime do SIMBAHIA. Não se trata de empresas constituídas como instrumento para a perpetração de fraude, ou para burlar o sistema tributário. Entende que está devidamente demonstrado que o Sr. Ailton não é o proprietário das outras empresas, não havendo qualquer ligação entre elas, de forma que essa congregação realizada pela Fazenda configura-se indevida. Não se trata de empresas constituídas como instrumento para a perpetração de fraude, ou para burlar o sistema tributário. Tanto é verdade, que as multas aplicadas foram as previstas no art. 42 da Lei 7.014/96, por descumprimento de alguma obrigação, seja acessória ou principal. Frisa que, caso a situação tratasse de fato de qualquer circunstâncias suscitadas na investigação penal, com qualquer ímpeto de fraude ou simulação, de certo que o autuante aplicaria a multa qualificada, sendo aquela sanção imposta ao autor de um ato ilícito. O defendente requer seja cancelado o referido desenquadramento, determinando a inclusão retroativa da empresa aos benefícios do SIMBAHIA, anulando o presente lançamento de ofício, alegando que não há fundamento jurídico e fático que embasem a exclusão da empresa ao regime simplificado em tela.

Quanto aos valores arrolados pelo autuante no auto de infração, assevera que conforme consta nos levantamentos anexados aos autos, apenas no final do exercício de 2006 o faturamento mensal das empresas em conjunto ultrapassam o limite previsto para a manutenção do regime simplificado. Sendo assim, seria incongruente, e até mesmo desproporcional e desarrazoado, desenquadrar as empresas ao regime de EPP desde o início do exercício pelo fato de que, os três contribuintes juntamente, ao final do exercício de 2006, excedem o limite para enquadramento ao regime do SIMBAHIA. Comenta sobre a inviabilidade empresarial decorrente do desenquadramento indevido do regime do SIMBAHIA; fala sobre o princípio da não-cumulatividade, e diz que as microempresas não fazem jus à apropriação nem transferência de créditos decorrentes das operações realizadas como fato gerador do ICMS. Por isso, durante o período em que o contribuinte em tela realizou suas operações com incidência do ICMS enquadrado no regime do SIMBAHIA, o mesmo não gerou os créditos advindos da não-cumulatividade, conforme determina a LC 123/07 em seu art. 23 e 24. Neste caso, ao desenquadrar o autuado, é necessário que se conceda os créditos advindos das operações realizadas, para que os mesmos possam ser utilizados pela empresa, seja em apropriação, seja através da transferência. Entende que há necessidade de uma diligência *in loco* para que sejam apurados os valores relativos aos créditos do ICMS provenientes das operações realizadas, haja vista que, caso o desenquadramento da empresa como micro seja considerado apropriado, a empresa se beneficie dos créditos a que faz jus. Caso as preliminares sejam consideradas pelos julgadores como improcedentes, o defendente diz que há necessidade de se analisar os fundamentos de mérito, que tornam a presente autuação insubsistente de amparo legal. Alega que a base de cálculo utilizada para calcular o imposto em seu regime normal fora extraída das informações contidas nos computadores da empresa, os quais foram apreendidos na fiscalização. Houve o confronto entre o cupom do ECF (fluxo de caixa compras pagas com vendas efetivas) e essas as informações. Todavia, essas informações retiradas do computador não correspondem com o fluxo real de vendas realizada pelo contribuinte. O computador não era utilizado apenas como

banco de dados para Notas Fiscais de venda, sendo meio inadequado para o levantamento de venda da empresa. Assegura que neste maquinário existiam, também, orçamentos realizados pelos vendedores, a pedido dos clientes, que posteriormente não vinha a se concretizar, ou seja, a venda não era efetivada. Sendo assim, muitas informações utilizadas para a apuração da base de cálculo da exação em comento tratam, na verdade, de pseudos-orçamentos, além de comportarem documentos de controle interno da empresa, os quais não detêm qualquer relação com as Nota Fiscal de venda. Entende que a forma correta para apurar o suposto débito deveria advir de uma base de cálculo composta através de uma auditoria de caixa. Com isso, o autuante, através do levantamento entre as NFs de venda e a contabilidade empresarial, que poderia ser advinda do extrato bancário, comprovaria as saídas, arbitrando, assim, a base de cálculo correta para calcular a suposta exação. O procedimento utilizado pela Fazenda para cobrar o ICMS em consonância com o regime normal de apuração implica, necessariamente, calcular ICMS sobre uma base correspondente a circulação de mercadoria. Manter o lançamento ora guerreado, seria validar invasão ilegítima no patrimônio do contribuinte e o enriquecimento ilícito do Estado, pois é absolutamente inadmissível a incidência do ICMS sobre valor relativo a um lucro ilusório, utópico. Por essas razões, alega que é inquestionável a necessidade de ser anulado o presente lançamento de ofício, posto que a base de cálculo utilizada pelo autuante apresenta irregularidades insanáveis.

Quanto à infração 02, também alega que a exigência fiscal não merece prosperar. Afirma que foram incluídas no cálculo da antecipação parcial, mercadorias que não estão sujeitas à mencionada antecipação. Apresenta o entendimento de que as peças de moto comercializadas pela empresa estariam sujeitas à antecipação parcial, entretanto, as peças de bicicleta não estão sujeitas à referida tributação, de modo que não podem fazer parte da base de cálculo utilização para mensurar o tributo devido. Cita como exemplo a NF 6523 da CBB que se refere a peças de bicicleta, e que, segundo o entendimento do autuado, não poderia integrar a base de cálculo do imposto exigido em face da substituição tributária por antecipação. Na mesma esteira, cita a NF 12176. Pede que seja anulado este item do Auto de Infração. Por fim, o defendente pede que seja acatada a preliminar de nulidade, requer a realização de diligência por fiscal estranho, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 676/677 dos autos. Preliminarmente, informa que a empresa autuada é a Salvador Bicletas Ltda., IE nº 58.154.638, enquanto que a procuração que dá poderes aos Srs. advogados é da empresa Ailton Araújo dos Santos, IE nº 52.762.990. Sendo assim, diz que a defesa apresentada carece de legitimidade, porque fora efetuada por advogados não autorizados pelo autuado. Mesmo considerando que a defesa apresentada não preenche todos os requisitos legais, o autuante contestou as alegações defensivas. Quanto à preliminar de decadência, informa que o auto de infração foi lavrado em 28/03/2011, o autuado tomou ciência do mesmo em 04/04/2011 e os créditos cobrados se referem ao exercício de 2006. Não concorda com a preliminar de decadência e diz que já existem decisões quanto a esta matéria no âmbito do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0033-02/10. Sugere que a preliminar suscitada seja apreciada pelo CONSEF. Quanto ao argumento do autuado de que houve a sua exclusão do Simbahia, tendo sido alegado pelo contribuinte que a modificação de sócios ocorrida não configura a interposição de pessoa, uma vez que o “Sr. Ailton deixou o corpo societário para que outros membros de sua família dessem continuidade à empresa”, no caso seu irmão Cosme Araújo dos Santos. Diz que em seu lugar foi colocada sua esposa, a Srª Jane Alves de Sousa, conforme consta na Impugnação de Exclusão do SIMBAHIA apresentada pela Salvador Bicletas à Sefaz (cópia do processo em anexo). Logo, a participação e influência do Sr. Ailton Araújo dos Santos na referida empresa continuou. Salienta que embora o defendente alegue que as outras pessoas deram continuidade à empresa, em todas as visitas realizadas pelo autuante na empresa Salvador Bicletas não foi encontrado o Sr. Cosme Araújo dos Santos, pois ele se encontrava atendendo no balcão da matriz da empresa “Ailton Araújo dos Santos”, localizada no bairro do

Uruguai. Tais constatações reforçam as afirmações contidas nos relatórios da DAT/METRO e da INFIP (fls. 15 a 32), elementos utilizados pela Administração para excluir a Salvador Bicletas do Simbahia. Registra, também, que as alegações apresentadas pelo autuado nas razões de defesa também foram argüidas na mencionada “Impugnação de Exclusão do Simbahia”, cuja análise resultou no indeferimento por parte do Inspetor da Infaz Varejo (cópias à fl 48). O autuante contesta a alegação de que “a base de cálculo utilizada para calcular o imposto em seu regime normal fora extraída das informações contidas nos computadores da empresa, os quais foram apreendidos na fiscalização”. Diz que esta alegação e não merece ser apreciada, tendo em vista que todos os dados da autuação foram retirados de documentos fiscais (Reduções “Z”, notas fiscais de saída D1 e notas fiscais de entrada etc.) Estes documentos foram apreendidos na operação realizada no estabelecimento do contribuinte, tendo sido anexada uma cópia de cada documento no auto de infração nº 299130.0058/10-3 (fls. 124 a 639) e outra cópia correspondente fornecida ao autuado no momento em que tomou ciência do auto, conforme comprovante de fls 640. Quanto à infração nº 02, diz que o impugnante incorreu em um novo engano ao se referir às notas fiscais nº 6523 e 12176 que não foram incluídas na cobrança da antecipação parcial, conforme planilha de fls 123. Sendo assim, informa que não existe nenhum fato relativo a esta infração a ser abordado na informação fiscal.

À fl. 681, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente PAF em diligência à Infaz de origem para que o autuante, em relação ao imposto apurado na infração 02, elaborasse novo demonstrativo constando as seguintes colunas: NOTA FISCAL Nº E DATA, folha do PAF, ESPÉCIE DE MERCADORIA, ESTADO DE ORIGEM, BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA, CRÉDITO FISCAL CONSIDERADO, ICMS DEVIDO, ICMS RECOLHIDO, DIFERENÇA A RECOLHER. Foi recomendado que fossem excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais não acostadas aos autos.

Foi solicitado, ainda, que o sujeito passivo fosse comunicado pela repartição fiscal, quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe no ato da intimação cópias deste encaminhamento de diligência, da informação fiscal e do demonstrativo que fosse elaborado pelo autuante, com a indicação do prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa, e que fosse solicitada a regularização da procuração apresentada à fl. 664 do PAF.

Em atendimento ao solicitado foi prestada informação fiscal à fl. 684 dos autos, com a informação de que não existem notas fiscais a serem excluídas do levantamento fiscal, tendo em vista que todos os documentos fiscais se encontram nos autos, conforme relação indicando o número da nota fiscal e a folha do PAF. Os autuantes dizem que no demonstrativo à fl. 123 constam as colunas referentes ao Estado de origem, base de cálculo, alíquota, crédito e débito, ICMS devido, ICMS recolhido e diferença a recolher. Quanto à espécie das mercadorias, dizem que está especificada em cada uma das notas fiscais. Portanto, os autuantes afirmam que todas as informações solicitadas se encontram nos autos. Apresentam o entendimento de que não há necessidade de reabertura do prazo de defesa, devido à pouca representatividade da infração 02, em relação ao total da atuação.

À fl. 687 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal prestada pelos autuantes, constando Aviso de Recebimento à fl. 688, comprovando a entrega da intimação acompanhada de cópia da referida informação e do encaminhamento da diligência fiscal, tendo sido reaberto o prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2006, entendendo o defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos entre 31 de janeiro e 29 de março de 2006, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º, do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2006 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2011. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 28/03/2011, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Em relação ao argumento dos autuantes de que a Procuração à fl. 664 encontra-se em nome de outro estabelecimento do contribuinte, entendo que tal irregularidade processual está sanada pelo substabelecimento à fl. 668, que indica o número do presente Auto de Infração e o estabelecimento autuado.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, não houve dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelos autuantes. Por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a primeira infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA), porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares deste regime, fato comprovado mediante ação fiscal, ficando sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do SIMBAHIA, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2006, conforme demonstrativos às fls. 64 a 85 dos autos.

De acordo com a descrição dos fatos, foi efetuada exclusão do SIMBAHIA surtindo efeitos a partir de 25/08/2003, para cobrança retroativa de ICMS, conforme Termo de Exclusão do SIMBAHIA, datado de 17/11/2010 (fl. 46 deste PAF).

No Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 12/2008 (fls. 15 a 26 do presente processo), foi apresentada a conclusão de que as empresas Salvador Bicicleta Ltda. e Radical Motobike Comércio de Peças Ltda. foram constituídas com interpostas pessoas no intuito de se beneficiarem da condição de microempresa e que o Sr. Ailton Araújo dos Santos é o proprietário destas empresas, assim como das demais empresas investigadas. Por isso, foi sugerido que todas as empresas fossem desenquadradas do Simples Nacional, com base no art. 5º, inciso IV da Resolução CGSN 15/07. Assim, conforme Boletim de Análise e Informação Fiscal às fls. 30 a 32 dos autos foi recomendado que fosse realizada fiscalização efetiva das empresas Ailton Araújo dos Santos, matriz e filial, bem como nas empresas Salvador Bicicletas Ltda. e Radical Motobike Comércio de Peças Ltda.

O autuado foi excluído do Simples Nacional e do SIMBAHIA (com efeitos retroativos a 25/08/2003), conforme cópia do Edital publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia à fl. 43 e Termo de Exclusão do SIMBHIA à fl. 46 do PAF.

Foi concedido o prazo legal e o autuado apresentou impugnação de exclusão do SIMBAHIA (fls. 50/54) tendo sido indeferido o pedido pelo Inspetor Fazendário (fls. 47/48 do PAF), constando no próprio documento, assinatura do representante do autuado, comprovando que recebeu e tomou conhecimento da mencionada decisão.

Observo que em relação ao desenquadramento o RICMS/97 previa perda do tratamento tributário do SIMBAHIA em decorrência de infração considerada pela legislação de natureza grave, conforme determina o art. 408-L, incisos II, IV e VII (vigentes à época).

O autuado alegou que o desenquadramento em tela, não respeitou as regras contidas nos dispositivos legais referentes ao SIMBAHIA, bem como o tributo exigido corresponde a fatos ocorridos antes do referido desenquadramento, desobedecendo a regra contida no RICMS quanto a impossibilidade de cobrança retroativa nesses casos.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que de acordo com os documentos acima reproduzidos, foram adotadas todas as providências previstas na legislação, inclusive com a concessão de prazo e impugnação da exclusão do SIMBAHIA, cujo pedido foi indeferido pela autoridade competente para a devida apreciação, não cabendo fazer nova avaliação, nesta fase processual.

Quanto aos valores apurados pelo autuante no auto de infração, o defendente alegou que apenas no final do exercício de 2006 o faturamento mensal das empresas em conjunto ultrapassam o limite previsto para a manutenção do regime simplificado. Sendo assim, seria incongruente, e até mesmo desproporcional desenquadrar as empresas ao regime de EPP desde o início do exercício pelo fato de que, os três contribuintes juntamente, ao final do exercício de 2006, excedem o limite para enquadramento ao regime do SIMBAHIA.

A Lei 7.357/98, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante, vigente à época dos fatos, estabelecia no art. 15, inciso V que perde o direito à adoção do tratamento tributário previsto no mencionado Regime, a empresa constituída com interposição de pessoas que não sejam os

efetivos sócios ou proprietários. Este é o caso de exclusão de ofício, prevista no art. 22, inciso IV da referida Lei 7.357/98.

De acordo com os dispositivos legais acima mencionados, e tendo em vista que ficou comprovado por meio do Relatório de Investigação Fiscal – RIF, a interposição fictícia de pessoas, foi elaborado um quadro das empresas analisadas, incluindo o estabelecimento autuado e a indicação dos sócios.

Em relação ao estabelecimento autuado, foi informado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF que o sócio Cosme Araújo dos Santos é irmão de Ailton Araujo dos Santos, ex-sócio, e que o Sr. Cosme Araujo dos Santos está registrado como empregado da empresa Ailton Araujo dos Santos, na função de gerente. Também foi informado que nos contratos de locação das empresas Ailton Araujo dos Santos, o locador é Cosme Araujo dos Santos, que é o empregado, e não houve comprovação da propriedade do imóvel. Portanto, entendo que a exclusão do SIMBAHIA foi efetuada conforme previsto na legislação em vigor à época, em decorrência dos fatos apurados.

O cálculo do imposto devido no exercício de 2006 foi efetuado mediante apuração do resultado mês a mês, considerando as aquisições de mercadorias e as vendas comprovadas através de notas fiscais de saída e reduções Z. Foram considerados débitos apurados em relação às operações de saídas, os créditos fiscais calculados com as notas fiscais de entrada, e o valor do ICMS recolhido mensalmente (ICMS/SIMBAHIA).

O autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, embora tenha alegado que no exercício de 2006 o faturamento mensal das empresas em conjunto ultrapassam o limite previsto para a manutenção do regime simplificado. Sendo assim, entende que seria desproporcional e desarrazoado, desenquadrar as empresas do regime simplificado de apuração do ICMS desde o início do exercício.

Como já foi dito anteriormente, o motivo da exclusão não foi em relação ao faturamento global dos estabelecimentos envolvidos, e sim porque houve interposição de pessoas, apurado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF, sendo este um dos motivos elencados na legislação para exclusão do Simples Nacional e do SIMBAHIA.

O defendente alegou que para desenquadrar o autuado é necessário que se conceda os créditos advindos das operações realizadas, para que os mesmos possam ser utilizados pela empresa, seja em apropriação, seja através da transferência. Entende que há necessidade de uma diligência *in loco* para que sejam apurados os valores relativos aos créditos do ICMS provenientes das operações realizadas.

O autuante informou e está comprovado pelo demonstrativo às fls. 64 a 85 do PAF que foi efetuada reconstituição da conta corrente do ICMS correspondente aos meses de janeiro a dezembro de 2006, apurando-se os valores exigidos no presente lançamento. Por isso, não há necessidade da diligência requerida pelo autuado, haja vista que não foi trazido na impugnação, qualquer elemento que demonstrasse dúvida quanto aos dados numéricos do levantamento fiscal.

Vale salientar, que na apuração do imposto por meio de conta corrente do ICMS os créditos fiscais foram computados de acordo com os documentos fiscais relativos às aquisições de mercadorias, tendo sido efetuada a dedução dos valores recolhidos na apuração do débito relativo ao período fiscalizado, conforme levantamento à fl. 85 dos autos. Assim, concluo pela procedência deste item da autuação fiscal.

Infração 02: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização. Consta, ainda, que no arquivo do CFAMT só foi localizada a NF 52687 (fl. 274), as demais notas fiscais serão objeto de novo procedimento fiscal, quando localizadas.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O autuado alegou que foram incluídas no cálculo da antecipação parcial, mercadorias que não estão sujeitas à mencionada antecipação. Diz que as peças de bicicleta não estão sujeitas à referida tributação, de modo que não podem fazer parte da base de cálculo utilização para mensurar o tributo devido. Cita como exemplo a NF 6523 da CBB.

Foi elaborado pelo autuante um demonstrativo à fl. 123 dos autos, indicando que se trata de Antecipação Parcial, constando uma coluna com as seguintes expressões na descrição dos produtos: “diversos”, CFAMT e Fortaleza. Por isso, foi solicitado para que o autuante refizesse o mencionado demonstrativo com as indicações necessárias, inclusive com a espécie de mercadoria, haja vista que a falta desta informação constitui cerceamento do direito de defesa.

Na informação fiscal prestada às fls. 676/677 dos autos, o autuante disse que o impugnante incorreu em equívoco ao se referir às notas fiscais nº 6523 e 12176 que não foram incluídas na cobrança da antecipação parcial, conforme planilha de fls 123. Apresentou o entendimento, na fl. 684 do PAF, que a espécie das mercadorias está especificada em cada uma das notas fiscais.

Observo que o imposto exigido se refere apenas à NF 52687 (fl. 274), e as mercadorias constantes no mencionado documento fiscal não estão enquadradas na substituição tributária, tendo sido adquiridas para comercialização. Neste caso, como se trata de um único documento fiscal e o imposto foi exigido em relação à totalidade das mercadorias, pode-se acatar o posicionamento do autuante, analisando a imputação fiscal com base na mencionada nota fiscal, concluindo-se que é devido o imposto relativo à antecipação parcial. Portanto, voto pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299130.0058/10-3**, lavrado contra **SALVADOR BICICLETAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.263,97**, acrescido das multas de 60% sobre R\$219,39 e 70% sobre R\$23.044,58, previstas no art. 42, inciso II, alínea “f”, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN REIS FONTES - JULGADOR