

**A. I. Nº** - 299130.0059/11-8  
**AUTUADO** - SALVADOR BICICLETAS LTDA.  
**AUTUANTES** - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 30.11.2011

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0302-04/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. a) PAGAMENTO A MENOR DO IMPOSTO. b) MULTA DE 60% SOBRE O TRIBUTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Os demonstrativos foram elaborados com base nas notas fiscais de entrada da sociedade empresária e em outras obtidas no sistema CFAMT, que compõem os diversos volumes do processo, seja em cópias reprográficas, seja em vias do fisco de destino (Bahia). Infrações 01 e 02 caracterizadas. 2. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. PERDA DO BENEFÍCIO DO TRATAMENTO PREVISTO PARA O REGIME. ENQUADRAMENTO POR MEIO DE UTILIZAÇÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS OU INEXATAS. LANÇAMENTO 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, ou que for constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários. Infração 03 caracterizada. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. ERRO NA APURAÇÃO. A conta corrente foi refeita com base em notas fiscais e reduções Z, tendo sido computados, em favor do autuado, os destaques do tributo nas notas, os pagamentos efetuados com fulcro nas regras do Simples Nacional e o ICMS por antecipação parcial. Infração 04 caracterizada. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. 5. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO. MULTA. Ilícitos não impugnados. Infrações 05 e 06 mantidas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS e aplica penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico de R\$ 118.953,07, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo especificadas.

Infração 01 – Recolhimento a menor do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com o objetivo de comercialização (março a outubro de 2007). Valor lançado de R\$ 933,91 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Aplicação de penalidade sobre a parcela do tributo por antecipação parcial que deixou de ser paga, relativa às aquisições de mercadorias devidamente registradas na escrita, provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para serem comercializadas (novembro de 2007 a dezembro de 2009). Multa de R\$ 7.758,11, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Recolhimento a menor, em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime SIMBAHIA, pois o contribuinte não atendeu aos requisitos do mesmo, ficando sujeito ao pagamento sem o benefício. Valor lançado de R\$ 129,11 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Falta de recolhimento, em virtude de erro na apuração do ICMS. Valor lançado de R\$ 108.751,94 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – Falta de apresentação de DMA (declaração de apuração mensal do ICMS). Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XV da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – Falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado. Multa de R\$ 920,00, prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes registraram, à fl. 01, que no Relatório de Investigação Fiscal 0012/2008 e no Boletim INFIP de 21/08/2009 constam fatos lesivos ao Erário. Por exemplo, a constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas, com o fim de auferir benefício junto à Administração Fazendária.

A atividade econômica do estabelecimento autuado é o comércio varejista de bicicletas, triciclos, peças e acessórios, e o mesmo encontrava-se cadastrado na condição de empresa de pequeno porte (EPP) desde 12/09/2002. Em consulta aos sistemas de informática desta Secretaria, constatou-se a opção pelo Simples Nacional em 01/01/2011.

Respaldados por mandado de busca e apreensão da 2ª Vara Crime da Comarca de Salvador, a SEFAZ, em operação conjunta com outros órgãos, apreendeu equipamentos emissores de cupons fiscais, de armazenamento de dados, documentos diversos e de controle interno da sociedade empresária.

Segundo os auditores, o sócio Cosme Araújo dos Santos foi desenquadrado do SIMBAHIA através do Processo SIPRO 629224/2010-9, com efeitos a partir de 25/08/2003. Impugnou a decisão, mas não logrou êxito.

Para os exercícios de 2007, 2008 e 2009 o cálculo do imposto devido foi efetuado através de apuração dos resultados de cada mês, considerando as aquisições e as vendas comprovadas por meio de notas fiscais e de reduções Z. Neste procedimento, foram computados os créditos das entradas, os valores recolhidos a título de antecipação parcial e os pagamentos concernentes ao Regime Simples Nacional.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 2.425 a 2.438, através de advogados regularmente constituídos, conforme procuração de fl. 2.440.

Após consignar qual é a sua atividade econômica, reputar-se idôneo e descrever as infrações de que é acusado, transcrevendo doutrina, suscita preliminar de nulidade, pois, a seu ver, as autoridades fiscais indicaram o art. 124, I do RICMS/97, sem citar o correspondente dispositivo legal, situação que confere caráter genérico e abstrato ao lançamento e fere o art. 39, III do RPAF/99.

Em seguida, elabora uma síntese histórica das pequenas e microempresas nos contextos nacional e internacional, bem como do Regime SIMBAHIA, abordando os aspectos jurídicos e econômicos, com especial destaque para a sua alegada hipossuficiência, o que levaria ao desequilíbrio na concorrência.

Afirma que o desenquadramento constitui ato administrativo distinto do lançamento, já que praticados em momentos diversos, sujeitos a regimes jurídicos diferenciados. O primeiro desses atos (desenquadramento), segundo alega, não obedeceu às regras estabelecidas na legislação. O tributo exigido se refere a fatos ocorridos antes da mudança de status, situação que configura “cobrança retroativa”.

Alega que o desenquadramento foi indevido – cujo cancelamento requer - e que é equivocada a conclusão de que utilizou interposta pessoa com fins dolosos. O Senhor Ailton dos Santos deixou o corpo societário para que outros membros de sua família dessem continuidade à empresa.

Em face de sua larga experiência no ramo, é comum que a mencionada pessoa física invista os seus conhecimentos em prol dos familiares, abrindo sociedades e depois “*passando adiante*”, desvinculando-se assim dos estabelecimentos. Dessa forma, os empreendimentos do Senhor Ailton não guardam relação com aqueles de seus familiares.

Tal assertiva reconhece-se no fato de que caso alguma dessas sociedades venha a falir, aquelas das quais o Senhor Ailton faz parte nada sofrerá, de vez que não existe interdependência, ao contrário do que concluiu o fisco.

Comentando de forma mais específica o mérito das infrações 01, 03 e 04, pondera que a autuação se concretizou por intermédio de informações constantes dos seus computadores apreendidos, metodologia inadequada para o alcance da base de cálculo. Os números extraídos desses equipamentos não correspondem ao fluxo real de vendas, uma vez que os mesmos não são meios adequados para consubstanciar levantamentos fiscais.

Muitas informações ali contidas, entendidas pelo fisco como base de cálculo, referiam-se a documentos de controle interno, a exemplo de orçamentos. Entende que o correto, no sentido de apurar eventuais irregularidades, seria a elaboração de auditoria de caixa (fl. 2.436) ou levantamento quantitativo de estoques (fl. 2.437).

Requer a produção de provas através de todos os meios admitidos, a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício.

Na informação fiscal – de fls. 2.454 e 2.455 – os autuantes divergem das sustentações defensivas. Consoante aduzem, todos os demonstrativos foram juntados ao PAF e o enquadramento legal não deixa margens para dúvidas, uma vez que o contribuinte deixou de contabilizar no Livro Registro de Saídas os valores das operações, e por isso não apurou o tributo corretamente, recolhendo a menor.

A sociedade SALVADOR BICICLETAS LTDA. foi desenquadrada do SIMBAHIA mediante processo SIPRO número 629224/2010-9, tendo o sócio Cosme Araújo dos Santos sido cientificado pessoalmente em 19/11/2010. O inspetor fazendário não acatou o pedido de impugnação do ato de exclusão do Regime (fls. 29 a 31).

Para fins de cobrança do imposto relativo ao período objeto do desenquadramento, de acordo com o documento denominado Termo de Exclusão do SIMBAHIA, de 17/11/2010, a mesma surtiu os seus efeitos a partir de 25/08/2003.

Dizem que as razões de defesa não procedem, já que, nos termos registrados no corpo da peça inicial, o cálculo do imposto devido foi efetuado através de apuração dos resultados de cada mês, considerando as aquisições e as vendas comprovadas por meio de notas fiscais e de reduções Z. Neste procedimento, foram computados os créditos das entradas, os valores recolhidos a título de antecipação parcial e os pagamentos sob o Regime Simples Nacional.

Conforme asseveram, ao impugnar o mérito das infrações 01, 02 e 04 [01, 03 e 04; fls. 2.436 e 2.455] o sujeito passivo cometeu grave equívoco, pois, de acordo com os documentos de fls. 35, 45 e 54, a conta corrente foi refeita com base em notas fiscais (de entrada e saída) e reduções Z (fls. 103 a 2.418), considerando os pagamentos ainda que irregulares, posto que calculados de acordo com o Simples Nacional.

Com relação à antecipação parcial paga a menos (infrações 01 e 02), informam que os demonstrativos – de fls. 43 e 44, 51 a 53 e 60 a 62 – foram elaborados com base nas próprias notas fiscais de entrada do defendente, e de outras obtidas no sistema CFAMT. Não houve, portanto, extração de dados de memórias de computadores, conforme alegado na impugnação.

Não concordam com a sustentação de que o método correto para apurar o imposto devido seria uma auditoria de estoque, asseverando que a mesma “*revela um total desconhecimento dos procedimentos elementares de auditoria fiscal*”.

Concluem mantendo a autuação.

## VOTO

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as infrações, fundamentando com os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como consignaram o embasamento jurídico.

Não foi identificada violação a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Com relação ao enquadramento no art. 124, I do RICMS/97 (infração 04), constante do corpo da peça inicial, o art. 19 do RPAF/99 estatui que a indicação de preceptivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Por isso, tal situação é legítima, legal e não afronta o direito à ampla defesa e / ou ao contraditório.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

As infrações 05 e 06 não foram impugnadas. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/99 as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

As considerações trazidas na peça de defesa – referentes à situação financeira e econômica em que se encontram as microempresas no Brasil – fogem do espectro de apreciação deste órgão, pois são de natureza eminentemente subjetiva.

No que concerne ao pedido de cancelamento do desenquadramento, concluo que o devido processo legal foi observado, já que o ato administrativo foi efetuado pela autoridade competente, através de um encadeamento procedimental fundamentado (art. 15, II, III e IV c/c art. 22, § único, ambos da Lei nº 7.357/1998), no qual se concedeu o direito à ampla defesa e ao contraditório (fls. 14 a 19 e 29 a 31).

Não se está, no presente caso, a tratar de cobrança retroativa, porquanto a mesma somente se configura na aplicação de lei nova a fatos pretéritos. Em verdade, de acordo com os dispositivos legais acima citados e com os artigos 406-A, 407-A, 408-P, 408-Q, 408-S e 915, II, IV e V, “a” e “c” do RICMS/97, o contribuinte perdeu o direito de recolher o ICMS com base no Regime SIMBAHIA, o que automaticamente o remete à apuração do regime normal, consoante procedimento fiscal adotado pelos autuantes.

Os autos encontram-se devidamente instruídos, não existindo omissões, obscuridades ou contradições que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico (diligência).

No mérito, conforme de apuração do ICMS pelo sistema do SIMBAHIA da empresa que optar pelo exposto linhas acima, a legislação estadual prevê a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado enquadramento utilizando-se de declarações inexatas ou falsas, ou que for constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários.

A defesa pautou-se no alegado fato de a base de cálculo ter sido constituída com fundamento nas informações extraídas de computador (es) apreendido (s). Alegou o impugnante que o correto seria levar a efeito ou uma auditoria de caixa ou um levantamento quantitativo de estoques.

Não é verdade. No que tange à antecipação parcial (infrações 01 e 02), os demonstrativos de fls. 43 e 44, 51 a 53 e 60 a 62, cujos cálculos não foram impugnados (art. 140, RPAF/99), foram

elaborados com base nas próprias notas fiscais de entrada da sociedade empresária, e em outras obtidas no sistema CFAMT, que compõem os diversos volumes do processo, seja em cópias reprográficas, seja em vias do fisco de destino (Bahia).

Por exemplo, quanto a janeiro de 2009, a multa da infração 02 incidiu sobre o imposto por antecipação parcial das operações referentes às notas fiscais designadas à fl. 43, ou seja, 60% sobre R\$ 220,04, considerando-se o valor recolhido de R\$ 236,64, frente ao devido de R\$ 456,68.

Os valores pagos a menor por antecipação parcial (infração 01, R\$ 102,54, R\$ 299,94, R\$ 34,07 e R\$ 497,36) estão minuciosamente explicados às fls. 51/52, com indicativos de números de documentos, datas, estados de origem etc.

Infrações 01 e 02 caracterizadas.

Nas demais imputações, consoante documentos de fls. 35, 45 e 54, a conta corrente foi refeita com base em notas fiscais e reduções Z, tendo sido computados os destaques do tributo nas notas, os pagamentos efetuados com fulcro nas regras do Simples Nacional e o ICMS por antecipação parcial.

No mês de janeiro de 2007 foram registrados os valores de R\$ 1.662,27 e R\$ 190,00 a favor do sujeito passivo (fl. 45), que, em cotejo com a quantia devida de R\$ 1.981,38, ensejou a cobrança de R\$ 129,11 (infração 03). Em dezembro desse mesmo exercício, considerados os montantes de R\$ 15.816,68 (imposto devido), R\$ 2.952,15 (imposto destacado nas notas e antecipação parcial) e R\$ 1.985,70 (pagamento do Simples Nacional), foi lançada a cifra de R\$ 10.878,83 (infração 04).

Infrações 03 e 04 caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299130.0059/11-8**, lavrado contra **SALVADOR BICICLETAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 109.814,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 109.685,85 e de 70% sobre R\$ 129,11, previstas no art. 42, II, “a” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual de 60% no valor de **R\$ 7.758,11**, prevista no inciso II, “d” da mesma Lei e das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 1.380,00**, previstas no art. 42, XV e XX da Lei nº 7.014/96, ambas com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2011.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR