

PROCESSO - A. I. N° 299130.0053/10-1
RECORRENTE - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBIKE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0177-02/11
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 11/07/2012

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0212-11/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTO OU AMBULANTE. RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Infrações caracterizadas. Não acolhidos o pedido de diligência e as arguições de decadência. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0177-02/11), que julgou Procedente a presente autuação, que trata de duas infrações, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1- Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$24.768,61, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia.

INFRAÇÃO 2- Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$4.889,58, referente a antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto em decorrência de 02 infrações. A primeira relacionada com o recolhimento a menos do imposto na condição de empresa de pequeno porte e a outra relativa a antecipação parcial.”

“Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia relativa ao instituto da decadência, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.”

“Em relação à alegação defensiva de decadência do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos antes de 17/12/2005, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.”

“O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à 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, tomado conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.”

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será 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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o consequente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, o fisco teria até o dia 31/12/2010 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 16/12/2010 não se configurou a decadência.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Ademais, a defesa somente alegou questões de direito, não havendo nenhuma impugnação relativa aos números apurados na ação fiscal.

Ressalto que conforme consta do corpo do Auto de Infração, no campo Descrição dos Fatos, a ação fiscal decorreu da ação fiscal iniciada em virtude dos fatos apurados no Relatório de Investigação Fiscal 0012/2008 e Boletim INFIP de 21/08/2009 e respaldado pelo Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, em ação conjunta da SEFAZ com Secretaria de Segurança Pública foram apreendidos diversos livros e documentos fiscais e arquivos magnéticos e computadores, onde forma apurados que o contribuinte não emitiu inúmeras notas fiscais de vendas realizadas mediante Notas de Vendas.

Por sua vez a defesa não questionou o mérito da autuação, apesar de ter recebido todos os demonstrativos das infrações, conforme recibo firmado à folha 660 dos autos, em sua impugnação alegou apenas inconstitucionalidade e decadência, questões que já foram afastadas no início do voto.

Em relação a multa aplicada na infração 02, entendo que não se pode confundir a “antecipação parcial”, que nada mais é que um adiantamento ao Estado, com a “substituição tributária”, na modalidade da “antecipação”, que é um instituto com conceito, forma e objetivos diversos. A multa decorrente da “falta de antecipação”, ou seja, da infração correspondente à “substituição tributária”, para empresa enquadrada no então SimBahia é de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei 7.014/96.

Em relação a penalidade aplicada na infração em lide, considerando a alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/096, com efeitos a partir de 28/11/07, que acrescentou a expressão “inclusive antecipação parcial” no referido dispositivo legal que capitula a multa pela falta de recolhimento do ICMS, nos casos de antecipação tributária.

O Conselho de Fazenda, o qual já firmou entendimento contrário ao conteúdo da mesma, conforme diversos Acórdãos da a 1^a e da 2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, apenas a título de exemplo, cito os acórdãos nºs CJF Nºs. 0203-12/09, 0209-12/09, 0214-12/09, 0252-12/09 e 0301-12/09

Acompanho a tese defendida nas decisões majoritária acima citada, as quais foram embasadas em pareces dos ilustres representantes da PGE/PROFIS. De fato, no sentido estrito, os institutos da antecipação parcial e a antecipação são institutos diversos. Na primeira, ocorre apenas a antecipação de parte do ICMS, não havendo encerramento da fase de tributação e não se aplica as mercadorias enquadradas na Substituição Tributária. Enquanto que na segunda, uma vez realizada antecipação do ICMS, o que somente ocorre sobre as operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, a fase de tributação é encerrada.

Nos diversos acórdãos acima apontados, tem sido citado o posicionamento da PGE/PROFIS pela a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, I, "b", idem 1, assim como o inc. II, "d", do mesmo artigo, para a infração relativa antecipação parcial, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei n° 10.847/07, o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo o mesmo ao instituto da substituição tributária. Entretanto, como já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos, a previsão punitiva tributária, consignada no art. 42, inc. II, alínea "f", esse fato possibilita aplicar multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que o referido dispositivo prevê a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 42, que importe em descumprimento de obrigação principal.

É importante ressaltar que, conforme previsão expressa do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional – CTN nos artigo 142 e 149, ao tratar do lançamento tributário, estabelece que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento legal do fato tributável.

Nessa direção, no caso em lide, houve equívoco no enquadramento da multa, no art. 42, inc. I, letra "b", item 1, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra "f", todavia, esse equívoco, não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Seguindo essa linha de raciocínio, a multa aplicada nas infrações 01 e 04 pelo autuante, prevista no art. 42, inc. I, letra "b", item 1, da Lei nº 7.014/96, foi equivocada, haja vista que a referida penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação "parcial", a pena correta, à época, era a prevista na alínea "f" do inciso II do artigo 42 da citada Lei, porém esse fato não implicou em modificação no núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Por tudo acima exposto, retifico a multa indicada no percentual de 50%, para a prevista na alínea "f" do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Entretanto, cabe ressaltar que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no Auto de Infração, o autuado poderia ter se beneficiado da redução de multa prevista no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, o sujeito passivo poderá se eximir da multa em questão, requerendo à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração".

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 705/725, suscitando preliminar de nulidade da Decisão de primeira instância, por *reformatio in pejus*, tendo em vista a majoração da multa aplicada no presente Auto de Infração de 50% para 60%.

Suscita preliminar de nulidade da autuação, fazendo um histórico das micro e pequenas empresas e da finalidade do Regime do SimBahia, argumentando, em seguida, que existe, no caso dos autos, uma latente hipossuficiência do recorrente e competitividade desequilibrada, o que é suficiente, segundo o apelo, para que se determine a nulidade de plano dessa exigência fiscal, considerada descabida e injusta. Invoca, em respaldo a essa sua tese, o art. 2º, do RPAF vigente.

Em tópico denominado "*O Regime de Tributação do SimBahia*", o sujeito passivo aduz que, se no curso da ação fiscal o auditor constatar uma irregularidade concernente à caracterização do

contribuinte como micro ou pequena empresa, deve comunicar o fato à repartição fiscal, para que a autoridade competente adote as providências que o caso requer, nos termos do art. 408-A, IV, e 408-L, do RICMS/97. Já no tocante à infração e ao crédito tributário, aí, sim, o auditor tem competência para registrar o fato através do Auto de Infração.

Invoca os art. 408-S, do RICMS/97, e 146, do CTN, aduzindo que o tributo ora exigido corresponde a fatos ocorridos antes do desenquadramento, desobedecendo à regra quanto à impossibilidade de cobrança retroativa nesses casos.

Afirma que foi excluída do regime do SimBahia ensejando na cobrança do ICMS pelas regras normais de tributação (alíquota de 17%), por ter sido constatado, através de investigação penal 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.

Assevera que as conclusões a que chegou a investigação penal não condizem 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.

Diz que houve uma dissolução societária, onde os seus sucessores 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. Diante da sua vasta experiência neste ramo comercial, o Sr. Ailton investe o seu *Know How* em prol de seus familiares, criando novos empreendimentos e repassa-os adiante, desvinculando-se completamente da organização empresarial destes novos estabelecimentos.

Aduz, em síntese, que 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. 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.

Com base nesses argumentos, afirma 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.

Pede que seja cancelado o desenquadramento, determinando a inclusão retroativa da empresa aos benefícios do SimBahia, anulando o presente lançamento de ofício, uma vez que não há fundamento jurídico e fático que embasem a exclusão da empresa ao regime simplificado em tela.

Em tópico denominado "*O limite para EPP*", aduz que, conforme se verifica através dos valores arrolados pelo autuante, 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, as três contribuintes juntamente, ao final do exercício de 2006, excedem o limite para enquadramento ao regime do SimBahia.

Argumenta que a atividade empresarial torna-se inviável em decorrência do desenquadramento indevido do regime do SimBahia, tendo em vista a exigência retroativa do ICMS, relativamente aos cinco últimos anos, em percentual elevadíssimo.

Discorre sobre o princípio da não-cumulatividade, asseverando que, 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. Pede a

realização de diligência, para que sejam apurados os valores relativos aos créditos do ICMS provenientes das operações realizadas da empresa, haja vista que, caso o desenquadramento da empresa como micro seja considerado apropriado, a empresa se beneficie dos créditos a que faz jus.

Argui, ainda, a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário objeto do presente lançamento de ofício, com fulcro no entendimento jurisprudencial formado nos Tribunais Superiores acerca da matéria.

No mérito, quanto à infração 1, esclarece que a exigência de ofício do ICMS sob seu regime normal de apuração realizado pelo autuante foi feita através das informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização, método esse que, além de deixar falhas, não corresponde à realidade dos fatos, sendo inadequado e impróprio para consubstanciar a base de cálculo utilizada para calcular o tributo lançado.

Diz 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 ao 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. 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.

Prossegue, afirmando que 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. Argumenta que o método de apuração da BC aplicado pelo preposto fiscal não encontra amparo na legislação estadual vigente.

No que concerne à infração 2, pede a anulação da exigência, tendo em vista o equívoco da multa aplicada.

Desenvolvendo os seus argumentos nesse sentido, pugna pelo provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 739/742, opina pela rejeição da decadência e da nulidade suscitadas, esta última ao argumento de que a majoração da multa não representa irregularidade, já que o autuante, no lançamento de ofício, limita-se a propor a penalidade aplicável ao caso concreto, tendo a JJF apenas feito a adequação devida.

Quanto à infração 1, diz que não houve contestação objetiva do sujeito passivo quanto à base de cálculo utilizada pelo autuante, sendo insuficiente para desconstituir o lançamento a alegação de que os arquivos extraídos dos computadores não registravam exclusivamente vendas.

Com relação à infração 2, diz que o entendimento da JJF segue a jurisprudência do CONSEF acerca da multa aplicável para a falta de recolhimento de antecipação parcial.

VOTO

Não merece acolhimento a preliminar de nulidade da Decisão de primeira instância, pois, como bem salientou a PGE/PROFIS, a multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária principal, em se tratando de lançamento de ofício, deve ser proposta pela autoridade lançadora, cabendo à autoridade competente pela análise do auto a adequação da penalidade, consoante se extrai do art. 142, do CTN.

Rejeita-se, pois, dita prefacial.

Ainda *ab initio*, convém esclarecer que a presente autuação encontra-se revestida dos requisitos previstos no art. 39, do RPAF/99, para sua conformação enquanto ato administrativo de constituição de crédito tributário, não se vislumbrando a ocorrência de quaisquer dos senões do art. 18, do mesmo diploma. Assim, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração.

As questões trazidas pelo sujeito passivo, relativas à finalidade do regime simplificado de tributação do SimBahia, enquanto ferramenta importante ao desenvolvimento das micro e pequenas empresas brasileiras, quanto guardem certa relevância, não se prestam a afastar a exigência de imposto, sobretudo quando, como na espécie, existe acusação de utilização imerecida da sistemática diferenciada.

Não é demais asseverar que o enquadramento no regime do SimBahia, enquanto vigente, servia para submeter as micro e pequenas empresas a uma carga tributária inferior às empresas do regime normal de tributação, dando-lhes maior competitividade; essa sistemática benéfica de tributação jamais foi concebida para beneficiar conglomerados econômicos fracionados em pessoas jurídicas distintas. Diz-se isso, em tese, apenas para demonstrar que o argumento relativo à utilidade do regime SimBahia não é capaz de justificar a decretação de nulidade da autuação, pois, também em tese e num exame perfuntório própria das questões prefaciais, o afastamento desse regime pode ser a única medida capaz de restabelecer a justa concorrência.

No que concerne à arguição de nulidade fulcrada na incompetência do autuante para promover o desenquadramento do sujeito passivo do SimBahia, verifica-se, da análise do demonstrativo de fl. 495 e da descrição dos fatos constantes de autuação, jamais houve a exclusão do recorrente do regime simplificado de tributação.

O que houve foi o cálculo da receita bruta ajustada e, via de consequência, do imposto devido de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo SimBahia, contudo levando em consideração as inúmeras vendas que, segundo os prepostos do Fisco, não foram oferecidas à tributação, bem como a movimentação da Matriz e da Filial, consoante estabelecia o art. 384-A, §4º, do RICMS/97, *in verbis*:

"Art. 384. (...)

§ 4º Na mensuração da receita bruta anual, para fins de cotejo com os limites de que cuida este artigo, 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 inscritas em cadastros de contribuintes do ICMS de qualquer unidade da Federação, levar-se-á em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas."

Assim, revela-se impertinente a alegação recursal acerca da incompetência do autuante para proceder ao desenquadramento, assim como não guarda relação com o caso concreto a alegação de ter sido indevida a incidência da tributação normal sobre período posterior ao desenquadramento, justamente porque o recorrente jamais foi excluído do SimBahia.

As demais matérias levantadas em sede de preliminar se refere, na verdade, ao mérito da exigência e serão com ele conjuntamente deslindadas.

Também deve ser rejeitada a decadência arguida pelo sujeito passivo, pois, em que pese se esteja diante da exigência de imposto que foi declarado e recolhido a menos, a hipótese vertente envolve nitidamente manobras fraudulentas que foram apuradas pela Inspetoria Fazendária de Varejo através do Relatório de Investigação Fiscal de fls. 239/256, que, ao final, concluiu: "*Feito o trabalho investigativo e apurando-se todos os fatos indicantes da existência de práticas lesivas ao fisco, restou comprovado 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 aqui investigadas*".

Vale frisar que as condutas apuradas pelo Fisco Estadual ensejaram, inclusive, o deferimento de medida cautelar criminal de busca e apreensão (fls. 265/267), evidenciando a gravidade do caso.

Destarte, inaplicável ao caso concreto o prazo de cinco anos contado da ocorrência de cada fato gerador, consoante exceção feita pelo próprio §4º, do art. 150, do CTN, que giza: "*Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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*".

Deve incidir, portanto, o prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência de cada fato gerador (art. 173, I, do CTN), não havendo, portanto, que se falar em decadência no caso *sub examine*.

No mérito, com relação à infração 1, repita-se que não houve desenquadramento do sujeito passivo do remige do SimBahia. O que aconteceu foi o recálculo da receita bruta ajustada, de acordo com a receita de todos os estabelecimentos que, segundo a investigação feita pela Fazenda Estadual, foram constituídos por interpostas pessoas e, na verdade, pertenciam a um único grupo de empresários. Além disso, foram incluídas as vendas omitidas pelo sujeito passivo, de acordo com documentos e livros contábeis e fiscais apreendidos pela fiscalização em decorrência de medida cautelar criminal deferida pela 2ª Vara Criminal desta Comarca, arquivos magnéticos extraídos de computadores também apreendidos e informações fornecidas pelo próprio autuado.

O sujeito passivo, no particular, limita-se a afirmar que não houve a utilização de interpostas pessoas para a constituição das pessoas jurídicas investigadas pelo Fisco, sem, contudo, apresentar provas ou infirmar, de modo específico e direito, todos os pontos do Relatório de Investigação Fiscal que deu ensejo à presente autuação (vínculos de endereço, de parentesco, de empregados e por contrato de locação e a capacidade econômico-financeira dos sócios).

Como curial, "*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*" (art. 143, do RPAF/99), logo, a alegação recursal não se presta a infirmar a exigência.

No que tange às informações de vendas omitidas, o sujeito passivo não nega que os arquivos, nos quais se baseia a autuação foram extraídos de seus computadores, muito menos afirma que houve adulteração dos dados por parte de quem quer que seja. A tese recursal é no sentido de que a metodologia de obter dados de arquivos de computador está equivocada e que essas informações retiradas do computador não correspondem ao fluxo real de vendas realizada pelo contribuinte, correspondendo apenas a um banco de dados para Notas Fiscais de venda, sendo meio inadequado para o levantamento de venda da empresa. Esclarece, ainda, que neste maquinário existiam orçamentos realizados pelos vendedores, a pedido dos clientes, que posteriormente não geravam vendas.

Mais uma vez a argumentação do sujeito passivo não encontra amparo nos autos. Em primeiro lugar, é importante que se diga que a metodologia utilizada pelo Fisco para conhecer as operações de vendas realizadas pelo contribuinte e não submetidas à tributação não se revela inadequada, uma vez que tem por objetivo alcançar cada fato gerador ocorrido, sem que tenha havido presunção indevida ou mesmo arbitramento da base de cálculo fora das hipóteses legais. É dizer: ao valer-se dos arquivos eletrônicos do sujeito passivo, o Fisco teve por objetivo capturar as vendas efetivamente realizadas pelo contribuinte e não utilizadas na composição da receita bruta ajustada.

Depois, as planilhas extraídas dos equipamentos do sujeito passivo indicam, clareza, o adquirente das mercadorias, a data da venda, o nome do vendedor e o valor cobrado, evidenciando tratar-se de uma operação de venda de mercadoria, até mesmo porque, diante do imenso volume de operações registradas nesses arquivos de computador, revela-se inverossímil a alegação de que se tratavam de meros orçamentos que, posteriormente, não se convolavam em negócios reais. O valor de algumas operações de venda também infirmam essa tese, porque não

se pode acreditar que determinado cliente faça um orçamento de menos de R\$5,00 e, posteriormente, não adquira a peça necessária ao conserto ou reposição.

Enfim, não obstante os esforços do sujeito passivo em segundo grau administrativo, inexistem nos autos elementos capazes de desautorizar o Relatório de Investigação Fiscal que dá lastro à autuação.

Por derradeiro, há de ser repelida a tese de que apenas no final do exercício de 2006 o faturamento mensal das empresas em conjunto ultrapassou o limite previsto para a manutenção do regime simplificado. Como já dito inúmeras vezes, não houve desenquadramento do SimBahia; a receita bruta foi reclaculada e o imposto cobrado dentro da faixa de Empresa de Pequeno Porte. A alegação é descabida.

O mesmo ocorre com o pedido de aproveitamento de créditos fiscais, pois, como não houve recálculo do imposto devido de acordo com os critérios do regime normal, não se pode pretender a utilização dos créditos relativos às aquisições de mercadorias. A pretensão não pode ser acatada, assim como o pedido de diligência formulado em sede de Recurso Voluntário.

Quanto à infração 2, entendo que a multa correta a ser aplicada está prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, que prevê a penalidade de 60% quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipação de crédito fiscal.

A multa da alínea “d”, dos mesmos artigo e inciso, não previa, na época dos fatos atinentes à infração 2, a figura da antecipação parcial, daí porque não pode ser aplicada ao caso concreto. Em simetria, a norma contida no art. 42, I, item 1, da mesma Lei nº 7.014/96, que estabelece multa de 50%, também não pode ser aplicada ao sujeito passivo, pois trata da falta de recolhimento do imposto devido por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária. Essa antecipação, consoante entendimento já consolidado neste Conselho de Fazenda, não engloba a antecipação parcial, impedindo a sua incidência sobre a infração 2, deste Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 299130.0053/10-1, lavrado contra AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBIKE), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$33.493,53, acrescido das multas de 50% sobre R\$24.768,61 e 60% sobre R\$8.724,92, previstas no art. 42, incisos I, alíneas “b”, item 3 e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2012.

FABIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FABIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – RPR. DA PGE/PROFIS