

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0005/11-0
RECORRENTE - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBIKE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0006-05/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 15/03/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0039-12/13

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatada a opção pelo regime SIMPLES NACIONAL com a interposição de pessoas integrantes na formação societária de diversas empresas, com o objetivo de burlar o regime do SIMPLES NACIONAL; efeito retroativo à época dos fatos apurados, com ICMS lançado pelo critério de apuração do regime normal apurado mediante a reconstituição da conta-corrente, com a inclusão das notas de vendas que comprovam a saída de mercadorias sem a emissão corresponde de documento fiscal. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Fato demonstrado nos autos, mediante notas fiscais de aquisição, obtidas junto ao contribuinte e ao sistema CFAMT. **b)** IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. MULTA ESPECÍFICA. Mantida a penalidade. Não acolhida as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2011 para cobrar ICMS no valor de R\$78.211,27, com multa de 60%, em decorrência do cometimento de quatro infrações, abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menos o ICMS normal mediante levantamento da conta-corrente do contribuinte, com a inclusão de notas fiscais de venda, cujas respectivas notas fiscais não foram encontradas, no valor de R\$ 74.149,16, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Efetuou a menos o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, no valor de R\$3.309,69, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas pra fins de comercialização, no valor de R\$717,46, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 – Multa percentual sobre parcela do imposto que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e devidamente registrada na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, conforme demonstrativo no processo, no valor de R\$34,96, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte apresentou Defesa às fls. 351 a 362, pedindo pela nulidade do Auto de Infração ou improcedência do mesmo. Por sua vez, o Fiscal Autuante apresentou informação fiscal às fls. 375 a 377, rebatendo alegações defensivas e pugnando pela procedência total do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 5ª JF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

"VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com todas as formalidades legais, não havendo vícios formais que ensejem a nulidade do lançamento tributário. O autuante cumpriu ordem de serviço de fiscalização de contribuinte que sofreu desenquadramento do SIMPLES NACIONAL, e não do SimBahia, conforme publicação no D.O.E de 18/05/2011 (cópia anexa, fl. 381), onde foi citado o motivo da infração (não emitir notas fiscais de venda nos anos de 2007 e 2008(matriz e filial), descumprindo o Art. 26, I da LC 123 de 14/12/2006, c/c Art. 2º da Resolução CGSN nº 10 de 28/07/2007. A exclusão do SN foi feita conforme dispõe o inc. XIII do art. 5º da resolução CGSN Nº 15, de 23/07/2007.

Em sua impugnação, arguiu cerceamento de defesa quanto à infração 1, pelo fato do autuante ter feito uma descrição genérica do enquadramento legal, arguindo em seu favor, o Art. 39, III, do RPAF em que há exigência de que a infração contenha a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessória de forma clara, precisa e sucinta e também invoca o Art. 18 do RPAF, que considera nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o infrator. Observando-se a descrição da infração, constata-se que a mesma está conforme o padrão estabelecido no Sistema de Emissão de Auto de Infração - SEAI. No enquadramento legal desta infração está citado o Art. 116 e o Art. 124, inc. I do RICMS. Abaixo transcrevo os artigos supracitados:

Art. 116. No regime normal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, a saber:

I - no Registro de Saídas (art. 323):

a) o valor contábil total das operações ou prestações;

b) o valor total da base de cálculo das operações ou prestações com débito do imposto e o valor total do respectivo imposto debitado;

(...)

II - no Registro de Entradas (art. 322; art. 93, § 11, I):

a) o valor contábil total das operações ou prestações;

b) o valor total da base de cálculo das operações ou prestações com crédito do imposto e o valor total do respectivo imposto creditado;

(...)

III – (...)

Art. 124. O recolhimento do ICMS será feito (art. 980):

I - até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores:

a) pelos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto;

(...)

O fato de haver enquadramento em dois artigos do RICMS/BA não constitui acusação genérica, mas a cominação de duas infrações combinadas, como é comum nas infrações ao regulamento do ICMS, às vezes até com 3, 4 ou 5 artigos combinados; A descrição demonstra que houve infração quanto à forma de apuração do imposto no regime normal de apuração, nos moldes em que deve ser feito pelo Art. 116 e seus incisos, que deixo de transcrever em seu inteiro teor aqui, por serem demasiadamente longos. Assim, o enquadramento mostra que o autuante lançou imposto que deveria ter sido recolhido no dia 09 do mês subsequente aos fatos geradores (Art. 124, I) e que o imposto foi apurado nas condições do regime normal, de acordo com a normatização do Art. 116 e seus incisos, isto considerando toda a sistemática de apuração do imposto normal, com créditos pelas aquisições e débitos pelas saídas. Considerando também que o impugnante em sua exposição de motivos, declarou textualmente que a “presente autuação trata sobre cobrança do ICMS sobre regime normal de apuração de fatos concretizados no passado” deixou claro que entendeu a infração se reportava à cobrança de ICMS sob regime normal de tributação em fatos passados. Neste sentido, o autuante em sua informação fiscal cita do fato de que o impugnante ao se defender da infração 1, também afirma que “as informações retiradas dos computadores não correspondem ao fluxo real de vendas, pois havia também orçamentos que não se concretizavam em saídas de mercadorias, este argumento só demonstra que o impugnante se contradiz ao se defender de que os fatos não foram descritos de forma clara, pois demonstra que entendeu perfeitamente a

descrição da infração”. Corroborando a tese do autuante, de que o autuado entendeu perfeitamente o motivo da infração 1, o impugnante também expõe em sua defesa a expressão – adentrando o mérito das infrações 1, 2 e 3... demonstrando cabalmente que se adentrou o mérito das 3 infrações é porque sabia do que estava sendo autuado. Por essas razões, considero que a infração 1 teve a sua descrição e seu enquadramento legal suficientemente claros, e a manifestação do contribuinte em sua impugnação a respeito do cometimento da infração, demonstra que houve entendimento sobre o que estava sendo cobrado nesta infração. Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante sob a alegação de cerceamento da defesa na infração 1.

Quanto ao mérito das infrações, o impugnante afirma que todas elas foram baseadas em informações constantes nas máquinas e documentos apreendidos pela fiscalização e que não se prestam ao levantamento da base de cálculo, uma vez que muitos orçamentos pedidos por clientes não tinham suas vendas efetivadas. Quanto a isto o autuante em sua informação fiscal deixa claro que nas folhas 108/178 constam cópias destas notas de vendas, onde há comprovação do recebimento, mediante aposição da assinatura do adquirente, comprovando a operação, e sendo possível levantar o montante de vendas efetivas, que resultou na base de cálculo do ICMS normal. Aduz que as infrações 2, 3 e 4 foram fundamentadas em notas fiscais do Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Transito – CFAMT, cujas notas estão anexadas ao processo, não havendo dúvidas quanto à sua veracidade. Assim, pelas razões expostas, não acolho a pretensão do impugnante de desqualificar os documentos que serviram de base para autuação nas 4 infrações.

Por fim, o impugnante reclama da possível ilegalidade acerca da retroatividade da aplicação do regime normal de apuração do ICMS por motivo de desenquadramento, considerando tal fato ilegal, por desrespeitar norma do Código Tributário Nacional, Art. 146, que estabelece a irretroatividade das leis aplicadas aos fatos geradores pretérios e também questiona o próprio desenquadramento, como sendo feito sem a devida comprovação dos fatos, assim como sendo injusto e sem amparo legal.

Da análise dos documentos acostados ao processo (boletim INFIP, Relatório de Investigação, mandado de busca e apreensão, edital de notificação), fica claro que todo o processo de desenquadramento respeitou o devido processo legal, não cabendo a este órgão julgador, rever todo um processo de investigação feito por órgão especializado da SEFAZ, com desenquadramento já consumado, pois a defesa do impugnante quanto aos fatos alegados no desenquadramento já foi feita quando do processo instaurado pela INFIP, não sendo aqui, o Conselho de Fazenda, o fórum legal para tais questionamentos, tendo em vista as cópias do processo regularmente instaurado por aquela inspetoria de investigação. No que diz respeito à irretroatividade da lei para alcançar fatos geradores em período em que a empresa estava enquadrada no SN, a legislação estabelece que o imposto deva ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, conforme Art. 5º da Resolução CGSN nº 15, abaixo transcrito:

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007.

Quanto aos seus efeitos:

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos: VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5º, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes:

Quanto à aparente antinomia de normas (Art. 146 do CTN), que veda a retroatividade dos critérios jurídicos no lançamento do imposto e a resolução do comitê gestor, que autoriza a retroatividade do critério jurídico para apuração do lançamento da obrigação tributária, primeiro devo esclarecer que no critério jurídico adotado na resolução do conflito de antinomias (conflitos de normas), a lei específica (LC 123/2006) prevalece sobre a lei geral (CTN), e ademais este órgão julgador está expressamente proibido pelo Art.167 do RPAF, de analisar questões relativas à constitucionalidade de lei, cabendo tão-somente seguir as leis estabelecidas pelo Estado da Bahia. Assim, cabendo ao julgamento administrativo efetuar o controle da legalidade do lançamento tributário, neste aspecto, o autuante agiu no estrito cumprimento da orientação dada pela administração tributária da Secretaria da Fazenda e fez o lançamento tributário respaldado em processo regularmente instaurado pela INFIP e que resultou em desenquadramento publicado no Diário Oficial. Em sendo assim, não acolho os argumentos lançados pelo impugnante quanto à ilegalidade das infrações supracitadas.

Quanto à multa aplicada na infração 1, o autuante incorreu em equívoco ao indicar o dispositivo da multa como sendo a alínea “a” do inciso II do Art. 42, da Lei nº 7.014/96, pois em se tratando de infração de natureza grave, a infração se enquadra no inciso IV, alínea “j”, da supracitada lei, razão pela qual retifico o percentual da multa para 100%.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 403 a 415), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando integralmente os argumentos apresentados na sua defesa inicial, bem como refaz todos os pedidos já postulados.

Inicia seu Recurso trazendo as infrações lançadas e alegando que se trata de uma pequena empresa de comércio de bicicletas. Faz um breve histórico das micro e pequenas empresas e da finalidade do regime do SimBahia. Transcreve os artigos 170 e 179 da CR/88 sobre o tratamento favorecido para as empresas de pequeno, colacionando lição de José Afonso da Silva, para alegar que SimBahia foi a tradução dessa diretiva no Estado da Bahia, passando a analisar o mercado de venda de motocicletas e os incentivos fiscais dos seus concorrentes. Diz ser lamentável que, *"apesar das inúmeras dificuldades que sofrem os pequenos empreendedores brasileiros, inclusive o contribuinte em tela, a Fazenda Estadual proceda com a exclusão ao regime beneficiário, sob a suspeita de haver empresas familiares com a mesma composição societária, realizando diversas autuações retroativas"*.

Invoca os princípios estabelecidos no art. 2º do RPAF, que transcreve, para afirmar que sua defesa *"substancia-se não só nos argumentos legais que amparam a nossa pretensão, mas, principalmente, na existência latente da hipossuficiência e da competitividade desequilibrada em que a contribuinte encontra-se submetida, razões suficientes para que essa Nobre Corte determine a nulidade de plano dessa exigência fiscal descabida e injusta"*. Assevera que o presente caso concreto subsume-se a princípios implícitos e explícitos que norteiam a aplicação do Direito, como o Princípio da Isonomia e o da capacidade contributiva. Em socorro a sua tese, colaciona entendimento do i. professor Sacha Calmon para concluir ser *"dessarazoad a presente autuação, de modo que a estrutura atual da empresa não comporta a exigência fiscal ora questionada, indo de encontro com todo o sistema constitucional e infralegal que amparam os pequenos empresários"*, pedindo pela improcedência da autuação.

Em outro ponto, passa a discorrer sobre a impossibilidade de cobrança retroativa a data do desenquadramento, consoante o previsto no art. 146 CTN. Novamente assevera que o regime do SimBahia veio atender às exigências da Constituição Federal de 1988, simplificando a forma de apuração e recolhimento dos impostos.

Fala que o desenquadramento do contribuinte constitui um ato administrativo independente do lançamento do crédito tributário, sendo dois atos praticados em momentos distintos, por agentes distintos, e submetidos a regimes jurídicos distintos. Alega que o seu desenquadramento do regime do SimBahia não respeitou as regras contidas nos dispositivos legais supracitados e que *"o tributo ora exigido corresponde a fatos ocorridos antes do referido desenquadramento, desobedecendo a regra contida no RICMS quanto a impossibilidade de cobrança retroativa nesses casos"*. Além disso, ressalta que, consoante o disposto no art. 146 do CTN, qualquer *"modificação introduzida, de ofício ou em consequência de Decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução"*.

Afirma que a autuação cobra ICMS sobre o regime normal de apuração de fatos gerados passados, sob o argumento de que o desenquadramento retroage ao período em que a empresa estava recolhendo com o benefício do SimBahia. Alega que o art. 100, I do CTN dispõe que os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e decretos, e 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"*.

Fala que, dentro dessa ótica, seria inquestionável que a presente autuação ferisse todos os princípios constitucionais que regem o sistema normativo tributário, *"bem como o sistema infraconstitucional, constante nos dispositivos expressos do Código Tributário Nacional"*.

Nessa esteira, clama pela nulidade do presente lançamento de ofício.

Em novo tópico, fala sobre a exclusão supostamente indevida do regime SimBahia.

Novamente relata que, devido sua exclusão, foro autuado pelas regras normais de tributação do ICMS, com alíquota de 17%, *"haja vista constatou-se 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"*. Relata que investigação deduziu que, supostamente, o verdadeiro proprietário da empresa em tela e de outras é o Sr. Ailton Araújo dos Santos, resultando na exclusão do contribuinte ao regime do SimBahia, por falta de preenchimento dos requisitos necessários para permanecer como microempresa, já que, unidas, ultrapassam o limite para a adesão ao regime simplificado. Fala 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. Assevera que houve uma verdadeira 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. Observa que, devido 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"*. Alega que as empresas de propriedade do Sr. Ailton não têm qualquer relação com os demais estabelecimentos de que seus familiares são sócios. Fala que cada uma dessas sociedades empresária possui autonomia patrimonial, econômica e seu estabelecimento empresarial próprio, pois, *"caso um desses empreendimentos vier a falir, ou a dar prejuízo, aqueles dos quais o Sr. Ailton é sócio nada sofrerão, uma vez que não há nenhuma relação de interdependência, sequer algo que configure a relação matriz/filial que o fisco tenta demonstrar."* Arremata sua explanação dizendo 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"*.

Propala que a situação vivida nos autos 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. Repete que a *"situação sub análise não apresenta qualquer irregularidade ou ilegalidade jurídica, por não configurar nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação"*, pois *"Não se trata de empresas constituídas como instrumento para a perpetração de fraude, ou para burlar o sistema tributário"*.

Afirma que sua tese é verdadeira, pois a as multas aplicadas foram aquelas previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, *"por descumprimento de alguma obrigação, seja acessória ou principal"* e não sendo aplicado de multa qualificada prevista no art. 42, inciso III da Lei 7.014/96, imposta ao autor de um ato ilícito. Aliado a esse fato, aduz que Receita Federal do Brasil, após as informações suscitadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia desenquadrou o contribuinte do super simples, ma, em seguida, o reenquadrado ao programa, *"após constatar que o mesmo preenche os requisitos necessários para tanto"*. Nessa esteira, requer que seja cancelado o referido desenquadramento por essa Câmara, determinando a inclusão retroativa da empresa aos benefícios do SimBahia.

Continuando seu Recurso, passa a falar sobre a inviabilidade empresarial decorrente do desenquadramento indevido ao regime do SimBahia. Alega que a fiscalização do Estado da Bahia está sendo realizada com amparo em um desenquadramento indevido, e repercutirá em autos de infração com fatos geradores dos últimos 05 anos, o que causará um grande impacto negativo na empresa, e, provavelmente, causará a sua extinção.

Passa ao debate dos méritos das infrações 1, 2 e 3.

Diz que a exigência de ofício do ICMS se baseia em informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização e que esse método não corresponde com a realidade dos fatos, sendo inadequada e imprópria para consubstanciar a base de cálculo utilizada para calcular o

tributo lançado. Fala que essas informações retiradas do computador não correspondem com o fluxo real de vendas realizada pelo contribuinte, pois o seu computador não era utilizado apenas como banco de dados para Notas Fiscais de venda, mas que existia também, orçamentos realizados pelos vendedores, a pedido dos clientes, *"que posteriormente não vinha a se concretizar, ou seja, a venda não era efetivada"*. Por isso alega que muitas informações utilizadas para a apuração da base de cálculo da exação na realidade se trataria de "pseudos-orçamentos". Dispõe que *"a forma correta para apurar o suposto débito deveria advir de uma base de cálculo composta através de uma auditoria de caixa"*, através do levantamento entre as NF de venda e a sua contabilidade empresarial, *"a qual poderia ser advinda do extrato bancário, comprovaria as saídas, estabelecendo, assim, a base de cálculo correta para calcular a suposta exação"*.

Assevera novamente que o método de apuração da BC aplicado pelo preposto fiscal não encontra amparo na legislação estadual vigente e que se trata de tributação indevida. Diz ser assente na doutrina e jurisprudência que deve existir uma correlação lógica entre a base de cálculo e a hipótese de incidência do tributo e que inexistindo tal correlação lógica, descaracteriza-se o próprio gênero jurídico do tributo. Chama lições dos nobres professores Roque Carraza, Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho, para afirma que não restaria dúvidas de que a base de cálculo utilizada para calcular o ICMS neste PAF foge as regras contidas nos dispositivos normativos, não condizendo com a realidade dos fatos.

Após sua retórica, alega que é inquestionável a necessidade de ser anulado o presente lançamento de ofício, ante a base de cálculo utilizada pelo r. Auditor apresentar irregularidades insanáveis.

Ao final de seu arrazoado, pede que seja julgada procedente o presente Recurso, pelas nulidades em preliminar ou em vista dos argumentos trazidos no mérito, com a conseqüente anulação do Auto de Infração em exame.

Posteriormente os autos foram encaminhado à PGE para análise.

As fls. 426 e 427, a PGE/PROFIS, por meio da n. procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, emite Parecer opinativo no sentido do Improvimento do Recurso Voluntário. Inicia sua manifestação fazendo uma breve explanação dos fatos ocorridos, do Recurso e do cerne do lançamento. Aponta que a autuação foi lavrada com base em documentos fiscais apreendidos por força de ordem judicial expedida pelo MM Juiz da 2ª Vara Criminal de Salvador e que o recorrente não impugna os Valores apurados pelo autuante, nem tenta demonstrar qualquer desacerto porventura existente.

Aponta que o Recorrente somente se insurge contra o desenquadramento do SimBahia, que entende ter sido indevido.

Arremata seu Parecer dizendo que as razões recursais apresentadas não são capazes de modificar a Decisão recorrida.

Diante do relatado, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Temos a interposição de um Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração lavrado pelo cometimento de 4 infrações. O recorrente alega que estamos diante de um lançamento nulo ou improcedente. Vejamos.

Como já mencionado no relatório acima, o Contribuinte estava enquadrado no regime de tributação SIMPLES NACIONAL, e não SimBahia, e fora desenquadrado por falta de emissão de nota fiscais de venda nos anos de 2007 e 2008, consoante o art. 26 e 29 da LC 123/2006 e resoluções do comitê gestor do SIMPLES NACIONAL.

Assevera que o desenquadramento e o lançamento tributário são atos administrativos distintos, o que é correto. Entretanto, não é certo dizer que tais atos são totalmente independente, pois, por lei, existe reflexos tributários por conta do desenquadramento administrativo.

O art. 29 da LC 123/2006 assim determina:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

Por sua vez, o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe:

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes. (grifo nosso)

Com essas bases jurídicas, entendo estar correta a cobrança retroativa dos impostos a partir do mês em que foi incorrida a infração de forma reiterada, que no caso dos autos, vem de 2007. Ademais, como bem explanou o Relator de primeiro grau, não há afronta ao art. 146 do CTN, pois, ante ao princípio da especificidade das normas jurídicas, a LC 123/06, mais específica, afasta a aplicação do CTN, norma geral.

Tenho por certo, que a opção do legislador foi de preservar a livre concorrência e a igualdade de oportunidades na iniciativa privada, empresas que na maioria das vezes são pequenas e hipossuficientes, como disse a própria recorrente. Também tenho por certo o acerto da retroatividade da cobrança do tributo, uma vez que, durante muito tempo, o recorrente foi beneficiada com o não recolhimento de tributos em dia, mas agora lançados e cobrados, fazendo com que concorresse com empresas que pagavam impostos corretamente.

Desse modo, não merece acolhida o argumento da ilegalidade da irretroatividade da cobrança do tributo.

Também é levantado pelo Contribuinte questão sobre a correção da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL. Em que pese a argumentação defensiva, entendo correto o posicionamento da JJF ao mencionar que este Conselho de Fazenda não tem competência para julgar ou revisar o mérito desse ato administrativo. Não cabe a este Colegiado analisar o resultado do processo instaurado pela INFIP, órgão competente para realizar o procedimento administrativo cabível para o desenquadramento do SIMPLES NACIONAL. Sendo assim, não adentro ao debate do acerto quanto ao ato do desenquadramento.

Quanto às indagações de inconstitucionalidade, por afronta a princípio insculpidos no CF/88, como a falta de tratamento favorecido as pequenas empresas, em que pese as embasada argumentação recursal, por força do art. 167, I, falece competência a essa Câmara a declaração de inconstitucionalidade de normas estaduais ou apreciação de constitucionalidade. Assim, não me manifesto quanto à alegada inconstitucionalidade do desenquadramento e do próprio Auto de Infração.

Assim, afasto as questões preliminares de nulidade aventadas no Recurso de Voluntário.

No mérito, o Recorrente alegou que houve incorreção na base de cálculo das exações lançadas. Entretanto, vejo que as assertivas do contribuinte não vieram lastreadas de qualquer demonstrativo ou apontamento que apontasse concretamente o desacerto nos cálculos elaborados pela administração. Aliás, não procede a alegação de que as exigências se baseiam em informações constantes nos computadores apreendidos, vez que, compulsando os autos, noto que a base de cálculo das exações vieram das cópias das notas fiscais de vendas extraídas junto ao CFAMT, consoante fls. 108 a 178 e anexos de fls. 308 a 345 do presente PAF.

Vislumbro que não há um apontamento específico quanto aos erros da fiscalização ou quais foram as ditas irregularidades insanáveis cometidas, mas tão somente a alegação genérica de que não fora cometidas as infrações.

Assim sendo, vejo que novamente não merece guarida as teses recursais quanto a impropriedade da base de cálculo e não realização do fato gerador do imposto, com base no art. 143 do RPAF, pois a mera alegação do não cometimento da infração não tem o condão de suprimir a presunção de veracidade da exação.

Por fim cabe analisar as multas aplicadas e o argumento do recorrente de que as multas originalmente lançadas não são aquelas previstas para o cometimento de ilícitos tributários, o que atestaria o não cometimento de qualquer ataque as normas tributárias.

Primeiramente, devemos lembrar que, conforme o art. 142 do CTN, o Fiscal Autuante somente propõe a multa a ser aplicada, podendo esta proposição ser discutida pelo sujeito passivo e mesmo alterada pelo órgão julgador.

Eis a redação do citado art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Em segundo lugar, impende mencionar que a multa originalmente proposta, constante do art. 42, II, 'a' da Lei nº 7.014/96, foi acertadamente revisada e alterada pelos Julgadores de primeira instância, ante aos fatos constantes nos autos, para àquela prevista no inciso IV, 'I' da mesma lei, que assim dispõe:

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

(...)

j) quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei;"

Nestes termos, não merecem guarida as manifestações recusas de que as multas originalmente aplicadas refletem que não houve desacerto ou infrigência da legislação tributária.

Diante do todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de primeiro grau que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

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 **299430.0005/11-0**, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBike)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$78.176,31**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.027,15 e 100% sobre R\$74.149,16, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "d" e "f" e IV, "j", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa específica por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$34,96**, prevista no inciso II, "d", do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

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