

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0002/11-0
RECORRENTE - RADICAL MOTOBIKE COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0293-04/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 27/02/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0061-13/13

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. b) RECOLHIMENTO A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. c) RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. d) MULTA PERCENTUAL SOBRE PARCELA DO IMPOSTO QUE DEIXOU DE SER PAGA POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Restou comprovado que a empresa foi constituída por interposição de pessoas que não eram efetivos sócios e foi desenquadrada do regime SIMPLIFICADO por utilizar declaração falsa na sua constituição. O imposto foi apurado corretamente pelo regime Normal com dedução do imposto recolhido em inadequada condição. Infrações caracterizadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVRO FISCAL QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DMA. Infrações não contestadas. Rejeitada preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração que exige o valor de R\$56.476,47, em razão de seis infrações, sendo objeto da lide as cinco primeiras:

INFRAÇÃO 1: Recolhimento a menos do imposto 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. Valor: R\$ 197,30. Período: junho/2007;

INFRAÇÃO 2: Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Valor: R\$ 51.215,55. Período: outubro e dezembro 2007, janeiro, abril, maio, agosto a dezembro 2008, janeiro, fevereiro, maio a dezembro 2009. Consta na descrição que o contribuinte recolheu o ICMS como Simples Nacional sem ter optado por este tipo de tributação simplificada;

INFRAÇÃO 3: Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor: R\$ 1.164,79. Período: janeiro, junho e outubro 2007;

INFRAÇÃO 4: Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor: R\$ 2.518,83. Período: dezembro 2007, março a dezembro 2008, janeiro a outubro e dezembro 2009.

INFRAÇÃO 5: Deixou de apresentar Livro(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Multa de R\$ 920,00;

Em Primeira Instância, os julgadores da 4ª JJF afastaram as preliminares de nulidade suscitadas na defesa, quanto à infração 1, com base no seguinte:

Cumpra antes examinar a preliminar de nulidade argüida pelo autuado sob o pretexto da falta de fundamentação na exclusão do SimBahia, configurando cerceamento do direito de defesa.

Neste caso, o direito não socorre as pretensões do impugnante, pois nos presentes autos não se observa qualquer hipótese de cerceamento de defesa. Todo o procedimento que culminou com a saída do autuado do regime de apuração simplificada de ICMS foi acompanhado pelo contribuinte, que teve acesso e ciência das provas que embasaram a Decisão, tendo ele exercido o direito de ampla defesa no processo quando toda sua argumentação contrária à exclusão que agora repete foi oportunamente apreciada no curso do procedimento do desenquadramento.

O Termo de Exclusão do SimBahia, de 19.11.2010 (fl. 38), além da publicação no Diário Oficial do Estado, foi ato que culminou a exclusão, mas as provas que serviram à Decisão foram colhidas ao longo de vários procedimentos e estão relatados em documentos autuados, como: Relatório de Investigação Fiscal (fls. 17 a 31), Boletim de Análise e Informação Fiscal (fls. 32 a 34), Mandado Judicial de Busca e Apreensão (fls. 35 a 37).

Nessa quadra, não há falar em cerceamento de direito de defesa, na exclusão da empresa no SimBahia, posto que o próprio autuado recebeu o competente TERMO DE EXCLUSÃO, com explicitação do motivo: “constituição da empresa por interposta pessoa”, e, oportunamente, impugnou o ato de exclusão (fls. 3618 a 3622), tendo a pretensão indeferida pela autoridade competente, conforme Decisão de fls. 3629/3630.

Desta forma, o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima, pois, o procedimento fiscal atendeu aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e foi efetuado conforme o disposto nos art. 38, 39 e 41 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. O Auto de Infração foi lavrado com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição específica dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos). O PAF se desenvolve dentro do devido processo legal obedecendo ao princípio da ampla defesa e contraditório. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que inquinem o procedimento fiscal de nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal.

Observe que na defesa apresentada o autuado não objetou os valores autuados, nem seus dados, limitando a fundamentá-la na inexistência de interposição de pessoas e que mesmo que esta houvesse, o imposto não poderia ser exigido de forma retroativa.

Quanto ao primeiro argumento verifico que conforme o Relatório de Investigação Fiscal (fls. 17 a 31), Boletim de Análise e Informação Fiscal (fls. 32 a 34), Mandado Judicial de Busca e Apreensão (fls. 35 a 37), a empresa inscrita no SIMBAHIA foi desenquadrada deste regime de apuração do ICMS, em decorrência da constatação de interposição fictícia de pessoas em grupo de empresas que, além do autuado, se compõe pelas seguintes: Carlos Marcos Belém de Oliveira (IE 30.933.651), Campinas Bike Ltda-ME (IE 65.401.880), Salvador Bicletas Ltda (IE 58.154.638), Ailton Araújo dos Santos (IE 45.981.454) e Ailton Araújo dos Santos (IE 52.762.990).

Da análise dos elementos constantes do processo, verifico que na cópia do procedimento de investigação, que culminou com o desenquadramento do SIMBAHIA, foi apurado que:

- a) A empresa foi constituída em 27/12/2006 tendo como sócios a Sr^a Maria Rosa de Araújo Ferreira e o Sr. Leilson Nascimento Alves;*
- b) No Relatório de Investigação Fiscal (fls. 17 a 31), constam diversos vínculos, tais como: de endereço, parentesco, empregatício, por contrato de locação e por capacidade econômica, que implicam os sócios das distintas empresas nos empreendimentos, em especial o Sr. Ailton Araújo dos Santos, de modo a que, de fato, funcionem em comum objeto empresarial;*
- c) O Boletim de Análise e Informação Fiscal (fls. 32-34) conclui que as empresas Salvador Bicicleta Ltda e o autuado foram constituídas por interpostas pessoas no intuito de se beneficiarem da condição de microempresa e que o Sr. Ailton Araújo dos Santos é, de fato, o proprietário destas e das demais empresas citadas;*
- d) O grande estoque de mercadorias encontradas no estabelecimento evidenciou a condição de atacadista e distribuidor do estabelecimento autuado;*

- e) *O contrato de locação do imóvel em que funciona o estabelecimento autuado tem como fiador e principal pagador, responsabilizando-se, inclusive, pelos reajustes do aluguel e pelos encargos de locação, o Sr. AILTON ARAÚJO DOS SANTOS.*

Tendo as constatações acima e verificado que o sócio da empresa autuado Leilson Nascimento Alves está registrado na função de vendedor na empresa AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (CNPJ 041.644.750/0002-40), foi considerado que o montante de receitas do grupo econômico superou ao limite estabelecido para enquadramento no regime de apuração simplificado do ICMS SimBahia no período compreendido pela ação fiscal (art. 384-A, I e II do RICMS/BA). Logo, não foi acolhido o argumento defensivo de que não houve interposição de pessoas na constituição das empresas que integravam o grupo econômico no processo administrativo em que culminou com a exclusão do autuado do SimBahia por configurar contrariedade às regras estabelecidas para usufruir os benefícios concedidos às empresas integrantes do SIMBAHIA. Ressalto que esse argumento defensivo nem pode ser agora reapreciado por inoportuno.

De todo modo, restou comprovado que no momento em que optou pelo enquadramento da empresa no regime SIMBAHIA, foi utilizada declaração falsa, visto que as empresas foram constituídas com interposição de pessoas que não eram sócios efetivos ou proprietários, estando, portanto, correta a exigência do ICMS apurado pelo regime normal, em conformidade com o disposto nos arts. 406-A, 408-L, 408-P e 408-S do RICMS/BA.

Quanto ao argumento de que uma vez desenquadradas do Regime Simplificado a fiscalização não poderia apurar e exigir o imposto pelo Regime Normal verifico que a adoção deste procedimento é prevista nos artigos 15 a 22 da Lei 7.357/98 quando a empresa incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, não cabendo ao caso, a consideração da regra contida no art. 146 do CTN, como estima o impugnante.

Por sua vez, a fiscalização, com base nas disposições regulamentares que amparam a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SIMBAHIA, previstas nos artigos 15, II e IV e 22, IV da Lei 7.357/98, conforme demonstrativos que se acham autuados, e indicados no índice de fls. 08/09, deduziu os valores pagos como se fora contribuinte do SimBahia.

No mérito, também restaram afastadas as alegações defensivas.

Quanto ao mérito das infrações 01, 02 e 03, em que o contribuinte alega serem derivadas de informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização, conforme rebatido pelos autuantes na informação fiscal, examinando os autos atesto que os valores exigidos resultam do refazimento da conta corrente fiscal do contribuinte autuado (fls. 40, 832 e 1697) a partir das notas fiscais de entradas e saídas apreendidas e somadas às apresentadas à fiscalização pelo próprio contribuinte autuado, documentos juntados aos autos (fls. 41 a 831, 833 a 1696 e 1698 a 3603), aplicando-se a proporcionalidade das operações com mercadorias tributáveis.

Com relação à infração 01, que resulta do desenquadramento do contribuinte do SimBahia, apurou-se o valor devido de R\$ 197,30, conforme demonstrativo de fl. 40. Infração procedente.

Cumprir observar que no tocante à multa pelo descumprimento da obrigação principal da infração 01, o autuante incorreu em equívoco ao propor a aplicação da multa prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96. Levando-se em consideração que se trata de infração de natureza grave, a infração se enquadra no inciso IV, alínea “j”, do citado dispositivo legal, pelo que retifico e aplico a multa de 100%, prevista para a infração em tela.

Com relação à infração 02, o contribuinte apurou e recolheu o ICMS com base no regime do Simples Nacional sem que estivesse escrito nesse regime de apuração do imposto. Portanto, o imposto apurado refere-se à diferença entre o imposto devido pelo regime normal de apuração e o recolhido pelo autuado como se fora contribuinte do Simples Nacional. Infração procedente.

As infrações 03 e 04 que cuidam de ICMS por antecipação parcial, também se fundam nos documentos fiscais, conforme demonstrativo de fls. 3604 a 3612. Considerando que o autuado podendo, não trouxe aos autos provas de recolhimento do valor exigido, mantenho as infrações.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Alega a nulidade das infrações 1 e 2, pois, entende que os demonstrativos elaborados pelos fiscais não estão claros, o que dificultou, por consequência, a elaboração da sua defesa. Suscita que os demonstrativos juntados ao Auto de Infração não clarificam se os fiscais consideraram o valor do ICMS pago sob o regime especial (cobrando a diferença) ou se o imposto está sendo cobrado de forma integral.

Pede também a nulidade do lançamento de ofício, sob o fundamento de que o seu desenquadramento do SimBahia foi feito indevidamente. Alega que a investigação penal

constatou que as empresas Ailton Araújo dos Santos e Salvador Bike 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 e de outras é o Sr. Ailton Araújo dos Santos. Alega que tal alegação não é verdadeira, pois o Sr. Ailton desassociou-se das outras empresas que deu origem, para que outros membros de sua família assumissem o empreendimento, tendo ele apenas como um orientador. Diante de sua experiência comercial, o Sr. Ailton investe *Know How* em prol de seus familiares, criando novos empreendimentos e repassa-os, desvinculando-se da organização empresarial dos novos empreendimentos, pelo que as empresas de propriedade do Sr. Ailton não têm relação com os demais estabelecimentos de que seus familiares são sócios.

Afirma que cada uma dessas sociedades empresariais possui autonomia patrimonial, econômica, bem como detém seu estabelecimento empresarial que são utilizados no exercício da atividade econômica organizada, de modo que a congregação realizada pela Fazenda se configura indevida. Portanto, a situação em tela não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exclusão do regime SimBahia previstas no art. 408-L do RICMS-BA.

Suscita que a Receita Federal, após a exclusão da empresa do SimBahia, excluiu a mesma do Super Simples, no entanto, depois voltou atrás e reenquadrou a empresa no Super Simples.

No pertinente à infração 3, aduz que a autuação enquadrou o contribuinte no art. 61, inciso IX; art. 125, inciso II, parágrafos 7º e 8º e art. 352-A do RICMS/BA, sem citar qual fora o artigo de lei que efetivamente fora infringido pelo autuado. Requer a nulidade desta infração com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF.

Alega que a multa aplicada na infração 4 é confiscatória e abusiva e requer que esta seja cancelada ou reduzida com base no art. 158, do RPAF.

Quanto ao mérito, suscita que as infrações 1, 2 e 3 tratam de exigência fiscal sob o regime normal de apuração, bem como a cobrança do ICMS por antecipação e por antecipação parcial, todas elas efetuadas através das informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização.

Defende que o método utilizado para apurar o débito, 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 houve o confronto entre o cupom do ECF (fluxo de caixa de compras pagas com vendas efetivas) e essas informações, mas essas informações retiradas do computador não correspondem com o fluxo de vendas realizadas, pois o computador não era utilizado apenas como banco de dados para notas fiscais de venda, uma vez que também existiam dados de controle interno como orçamentos realizados pelos vendedores e não concretizados, sendo meio inadequado para o levantamento de venda da empresa.

Alega que a forma correta para apurar o suposto débito deveria advir de uma base de cálculo composta em auditoria de caixa, aduzindo que o método aplicado pelo preposto fiscal não tem amparo na legislação. Trata-se, portanto, de tributação indevida, porquanto, sendo a base de cálculo aspecto que materializa o fato gerador, uma vez desnaturada a primeira, termina-se por desfigurar a competência tributária do ente político para cobrar a exação.

Quanto à infração 5, aduz que deve ser exigida a cobrança única relativa ao cometimento da infração continuada decorrente da falta de apresentação de livro fiscal, uma vez que, tais infrações revestem-se, indubitavelmente, pelo instituto do crime continuado, cabendo, portanto, seria cabível a aplicação de uma única pena no valor de R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais).

Em parecer (fl. 3720/3721), a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário. Frisa que a autuação é resultado de ação conjunta da SEFAZ com a Secretaria de Segurança Pública, tendo sido legalmente apreendidos documentos e equipamentos a partir dos quais a INFIP/SEFAZ levantou dados que

levaram à conclusão de faturamento acima do permitido pela legislação, o que conduziu à exclusão do contribuinte do SimBahia e conseqüente apuração do ICMS pelo regime normal.

Afirma que não há contestação objetiva pelo recorrente em relação à base de cálculo, apesar de ter recebido todos os documentos que embasaram a autuação fiscal. Entende que a alegação de que os computadores não armazenavam apenas vendas, mas também pedidos de orçamentos na concretizados não é suficiente para a retificação dos cálculos.

Por fim, frisa que as multas aplicadas são previstas na legislação vigente e as alegações de inconstitucionalidade não podem ser apreciadas por vedação expressa prevista no art. 167 do RPAF.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade por cerceamento de defesa suscitada, em razão dos demonstrativos supostamente não estarem claros, vejo que não assiste razão ao Recorrente. Não merece reforma a Decisão recorrida, que deixou claro que *“a fiscalização, com base nas disposições regulamentares que amparam a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SIMBAHIA, previstas nos artigos 15, II e IV e 22, IV da Lei 7.357/98, conforme demonstrativos que se acham autuados, e indicados no índice de fls. 08/09, deduziu os valores pagos como se fora contribuinte do SimBahia”*.

Quanto à pretensa nulidade sob o fundamento de que o seu desenquadramento do SimBahia foi feito indevidamente, verifico que o recorrente quer utilizar este processo administrativo para rediscutir o que já foi decidido no âmbito de outro processo administrativo, onde ele teve a oportunidade de se defender e restou comprovado que ele não tinha direito ao regime beneficiado do SimBahia. O presente Auto de Infração é apenas consequência desta exclusão, não cabendo a reanálise dos motivos que levaram o contribuinte a ser excluído.

Quanto ao mérito, entendo que também não merecem prosperar as alegações recursais. Veja-se que o recorrente alega que *“o método utilizado para apurar o débito, além de deixar falhas, não corresponde à realidade dos fatos”*, pois, foram utilizadas informações retiradas do computador que não se referiam a vendas, tais como dados de controle interno, orçamentos realizados pelos vendedores e não concretizados, sendo meio inadequado para o levantamento de venda da empresa.

Por sua vez, na informação fiscal, resta claro o procedimento realizado na fiscalização:

[...] os auditores refizeram o conta corrente do contribuinte (ver fls. 40, 832 e 1697) através das notas fiscais de entradas e de saídas apreendidas na “Operação Bike” e de outras (julho a dezembro/2009) por ele apresentadas nesta fiscalização (fls. 41 a 831, 833 a 1696 e 1698 a 3603), aplicando a proporcionalidade e incluindo os pagamentos de ICMS, mesmo irregulares, efetuados como Simples Nacional.

Quanto à antecipação parcial recolhida a menor (infrações 03 e 04), os demonstrativos às fls. 3604 a 3612 foram elaborados com base nas notas fiscais de entrada do próprio contribuinte e de outras obtidas no CFAMT. Logo, não houve utilização de nenhuma informação extraída de computadores para o cálculo das infrações.

Logo, conclui-se que não há que se falar em utilização de informações equivocadas pela fiscalização, haja vista que a atuação refez a conta corrente se utilizando das notas fiscais de entrada e de saída abatendo os recolhimentos realizados pelo contribuinte (consta coluna denominada “Recolhido Simples Nacional” no demonstrativo de fl. 40, que comprova o abatimento dos valores recolhidos pelo regime do Simples Nacional), e exigiu a diferença entre o imposto que foi recolhido pelo sistema beneficiado e o imposto devido pela apuração normal.

Quanto à infração 3 (recolhimento a menor da antecipação parcial), a cobrança foi fundamentada em notas fiscais de entrada do Recorrente e outras notas obtidas no CFAMT, referentes a mercadorias adquiridas pelo contribuinte. Ou seja, da mesma forma, o que foi feito na apuração do imposto também não têm qualquer relação com as alegações recursais, as quais não merecem ser acolhidas.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa da infração 4, observo que esta matéria representa uma discussão a respeito da inconstitucionalidade da lei estadual, a qual não está pacificada no âmbito do judiciário, haja vista que são várias as decisões que mantêm o percentual das multas previstas em 100%.

Destarte, não é da competência deste Conselho de Fazenda analisar a constitucionalidade do percentual de multa previsto na legislação, ademais, porque não há nem mesmo uniformidade no entendimento dos Tribunais Superiores a respeito da matéria.

Também não é o caso de aplicação do art. 158 do RPAF, pois a infração 4 trata de falta de recolhimento do tributo. Face ao exposto, mantenho a multa aplicada.

Por fim, quanto à infração 5, entendo que multa de R\$ 920,00 decorre da conduta repetida de não entregar ao Fisco os documentos solicitados, não havendo que se falar na aplicação da teoria do crime continuado, pois, como o intuito da multa é pedagógico, ela deve ser aplicada de forma progressiva quando há reiteradas condutas desobedientes do contribuinte, o qual, registre-se, tem dever de cooperação com o Fisco. Ademais, a multa está prevista dessa forma na lei estadual e não caberia a este Órgão Julgador afastar a aplicação de uma lei estadual sem ao menos existir uma jurisprudência pacificada no âmbito dos Tribunais Superiores a respeito.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta 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 **299430.0002/11-0**, lavrado contra **RADICAL MOTOBIKE COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$52.577,64**, acrescido das multas de 100% sobre R\$197,30 e 60% sobre R\$52.380,34, previstas no art. 42, incisos IV, “j” e II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual de 60% no valor de **R\$2.518,83**, 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, incisos XX e XV, da Lei citada, ambas com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS