

PROCESSO - A. I. Nº 299130.0010/12-7
RECORRENTE - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBike)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0211-03/13
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 16/05/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0122-11/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Auto de Infração revestido de todas as formalidades legais. Prejudicial afastada. INFRAÇÃO 1. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONTA CORRENTE FISCAL. Contribuinte excluído do Simples Nacional. Edital de Notificação nº 04/2011 não impugnado. Ato Administrativo de natureza declaratória. Efeitos retroativos à data da situação excludente. Reconstituição da conta corrente fiscal. Débito apurado com base na escrita fiscal do contribuinte. Créditos decorrentes das operações anteriores devidamente considerados na recomposição. Lançamento de ofício mantido. INFRAÇÕES 2 e 3. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE VENDA SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL. Lançamento efetuado com base nos documentos financeiros do estabelecimento. Situação fática não contestada de forma específica pelo sujeito passivo. Lançamentos mantidos. MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO. 145,§ 1 e 150, IV DA CF. Incidência do artigo 167 do RPAF/BA. Impossibilidade de apreciação de matéria constitucional pelo órgão julgador administrativo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JF que julgou, à unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2012, com o objetivo de exigir da ora Recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 318.434,44 em decorrência da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação regência:

Item 01 – Falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operações regularmente escrituradas em livros fiscais próprios. Valor da exigência R\$ 122.684,52;

Item 02 – Falta de recolhimento do ICMS constatada através do cotejo entre valores recebidos mediante boletos bancários e as respectivas notas fiscais de venda emitidas no período compreendido entre os meses de fevereiro de 2008 a dezembro de 2009. Valor da exigência: R\$ 22.212,74;

Item 03 – Falta de recolhimento do ICMS decorrente da não emissão de notas fiscais em relação a operações de vendas formalizadas através de documentos internos denominados Notas de Vendas, emitidas no período compreendido entre os meses de janeiro de 2008 a julho de 2009. Valor da exigência R\$ 173.537,44;

Após a apresentação da defesa, informações fiscais e realização de procedimento de diligência saneadora, a fase instrutória foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação por parte da 3ª JF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 03/09/2013:

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

O defendente alegou que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto exigido, por isso, entende que ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa. Destacou a falta de entrega de cópia dos demonstrativos e documentos, inclusive, das notas fiscais obtidas no CFAMT, que amparam a autuação pelo fiscal.

A alegada falha processual foi devidamente saneada, haja vista que em atendimento à diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuado foi intimado, conforme fl. 1818, constando na própria intimação recibo comprovando a entrega do levantamento fiscal e das notas fiscais (fls. 45 a 550 e 1519 a 1648), com a concessão do prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido o defendente não se manifestou.

O defendente alegou que houve “descrição genérica do enquadramento legal”, afirmando que o autuante enquadrou a irregularidade apurada no art. 116 e inciso e art. 124, inciso I do RICMS/BA, sem citar qual fora o artigo de lei que efetivamente fora infringido pelo autuado. Que o fato ocorrido não está em perfeita sintonia com a hipótese de incidência. Que houve erro de direito, porque o fato descrito pelo autuante não está em perfeita harmonia com a norma jurídica.

Não acato a alegação defensiva, tendo em vista que o texto e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS, sendo indicados os dispositivos do RICMS/BA. O autuado entendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, contestando o método de apuração do imposto exigido, apresentando o entendimento de que a forma correta para apurar o débito deveria advir de uma base de cálculo apurada através de uma auditoria de caixa. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. O defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência e, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, nos meses de janeiro, agosto a dezembro de 2008; janeiro a abril e setembro a dezembro de 2009.

O autuado foi excluído do Simples Nacional, conforme Edital de Notificação de nº 04/2011, publicado no DOE de 18/05/2011 (fl. 44 do PAF), surtindo os efeitos a partir de 01/07/2007. Por conta disto, foi apurado o ICMS, considerando as entradas e saídas registradas nos livros fiscais, através de elaboração de conta corrente, resultando nesta infração, conforme demonstrativos às fls. 45 e 293 do PAF, além de cópias dos livros de entradas e saídas e de notas fiscais anexadas às fls. 46 a 550 e 1519 a 1648.

Na descrição dos fatos, também foi informado que foram apreendidos no estabelecimento autuado os seguintes documentos: notas fiscais de entradas e de saídas, fechamento de caixa, juntamente com Notas de Vendas (VNs), boletos bancários e arquivos magnéticos em computadores do contribuinte.

No Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 12/2008 (fls. 24 a 35 do presente processo), foi apresentada a conclusão de que “as empresas SALVADOR BICICLETA LTDA E RADICAL MOTOBike COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA foram constituídas com interpostas pessoas no intuito de se beneficiarem da condição de microempresa e que o Sr. AILTON ARAÚJO DOS SANTOS é o proprietário destas empresas, assim como das demais empresas aqui investigadas”. Foi sugerido que todos os estabelecimentos fossem desenhados do Simples Nacional, “pelo fato de haver evidências de utilização de meios fraudulentos para usufruir desse regime simplificado de apuração do ICMS”.

Constato que o autuado foi excluído do Simples Nacional, conforme cópia do Edital publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia à fl. 44 do PAF, e foi concedido o prazo de trinta dias para o autuado impugnar a exclusão.

Observe que estes fatos não foram questionados pelo autuado nas razões de defesa, e os dados numéricos do levantamento fiscal também não foram contestados, haja vista que na impugnação apresentada, o defendente alegou que a forma correta para apurar o débito deveria advir de uma base de cálculo apurada através de uma

auditoria de caixa. Também entende que o autuante, através do levantamento entre as Notas Fiscais de venda e a contabilidade empresarial, deveria utilizar o extrato bancário, que comprovaria as saídas, arbitrando, assim, a base de cálculo correta para calcular a suposta exação.

Como foi realizada uma auditoria de conta corrente fiscal, neste caso, entendo que não haveria necessidade de apurar o fluxo de caixa, nem utilizar os extratos bancários para comprovar as saídas de mercadorias.

A auditoria do conta-corrente do ICMS compreende a verificação de todos os débitos e todos os créditos fiscais lançados pelo próprio contribuinte em sua escrita fiscal, bem como a regularidade do pagamento do imposto. Efetua-se a conferência dos documentos relativos às entradas, saídas e de arrecadação, verificando-se as possíveis divergências entre os dados constantes nos documentos fiscais e a escrita fiscal.

O defendente também alegou que ao ser desenquadrado, 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. Quanto a esta alegação, foram considerados os créditos fiscais relativos ao período fiscalizado, conforme demonstrativos do autuante às fls. 45 e 293 do PAF.

O cálculo do imposto devido no período fiscalizado foi efetuado mediante apuração mês a mês, considerando as aquisições de mercadorias e as vendas comprovadas através de notas fiscais. Foram apurados os débitos em relação às operações de saídas, e os créditos fiscais calculados com as notas fiscais de entrada.

Como já foi dito anteriormente, o motivo da exclusão foi a constatação de que houve interposição de pessoas, apurado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF, sendo este um dos motivos elencados na legislação para exclusão do Simples Nacional. Foi efetuada reconstituição do conta-corrente do ICMS, apurando-se os valores exigidos no presente lançamento. Por isso, não há necessidade da diligência requerida pelo autuado, haja vista que não foi trazido na impugnação, qualquer elemento que levantasse dúvida quanto aos dados numéricos do levantamento fiscal. Assim, concluo pela procedência deste item da autuação fiscal.

As infrações 02 e 03 serão analisadas conjuntamente, considerando que tratam da mesma irregularidade.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de fevereiro de 2008 a setembro de 2009.

Consta, ainda, que “foi apurado, por amostragem, que o contribuinte realizava vendas de mercadorias através de Notas de Vendas (VNs), porém o boleto bancário emitido e cobrado de seu cliente era sempre pelo dobro do valor dessas VNs. Para algumas destas vendas o contribuinte emitia as correspondentes notas fiscais, para outras, não”.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro de 2008 a julho de 2009.

Consta a informação de que “Além das infrações anteriores, foi identificado que o contribuinte efetuou outras vendas através das VNs, porém não emitiu as notas fiscais correspondentes. Isto foi apurado através dos arquivos magnéticos apreendidos pela INFIP e autenticado pela SSP-BA, relativos ao período de janeiro a junho de 2008, bem como comparando-se seu livro registro de saídas de mercadorias com as VNs emitidas entre julho de 2008 a julho de 2009. As VNs incluídas na infração nº 02 foram retiradas desta infração”.

O autuado não apresentou alegação específica quanto a estas infrações, haja vista que nas razões de defesa alegou, apenas, que a forma correta para apurar o suposto débito deveria advir de uma base de cálculo composta através de uma auditoria de caixa. Que o autuante, através do levantamento entre as Notas Fiscais de venda e a contabilidade empresarial, e do extrato bancário, poderia comprovar as saídas, arbitrando, assim, a base de cálculo correta para calcular a suposta exação.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que não é ilegal emitir notas de vendas, mas deve ser comprovada a emissão dos correspondentes documentos fiscais pelas operações realizadas. No presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em documentos emitidos pelo autuado (Notas de Vendas sem as correspondentes Notas Fiscais de Saídas), fato não elidido pelo defendente. Neste caso, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, como alegou o autuado.

Nas razões de defesa o autuado também alegou que foram efetuadas operações fora do campo de incidência do ICMS. Entretanto, não apresentou qualquer comprovação neste sentido, conforme prevê o art. 123 do RPAF/BA.

Quanto ao argumento defensivo de que em seus controles constavam orçamentos realizados por vendedores a pedido de clientes, e que posteriormente as vendas não se concretizavam. Entretanto, não houve qualquer comprovação pelo defendente, e o levantamento fiscal foi efetuado em relação às vendas realizadas por meio de “Notas de Vendas”, caracterizando que foram efetuadas as operações de vendas.

Concluo pela subsistência destas infrações, haja vista que os documentos fiscais não emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por

isso, é devido o tributo exigido.

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

Como se pode inferir da leitura do voto condutor do acórdão acima reproduzido, o órgão julgador *a quo* afastou as nulidades suscitadas por entender que o lançamento encontra-se revestido de todas as formalidades legais não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa.

No mérito, a Decisão de piso ratificou na íntegra o lançamento de ofício com fulcro nos fundamentos a seguir expostos em apertada síntese:

Quanto à ao item 1 afastou as alegações do então impugnante no sentido de que o procedimento de auditoria adequado à sua situação seria o exame de sua conta Caixa, extratos bancários e contabilidade empresarial, esclarecendo que a apuração da base de cálculo se deu mediante reconstituição da conta corrente fiscal, procedimento que tomou por base os dados escriturados nos seus livros de Registro de Entradas e Saídas fornecidos à fiscalização mediante intimação, bem como as notas fiscais de aquisições do período.

Ainda quanto a este item, explicitou a Decisão de piso que na recomposição da conta corrente foram considerados todos os créditos fiscais decorrente das aquisições de mercadorias realizadas no período fiscalizado, sendo, portanto, improcedentes as alegações atinentes à inobservância do princípio da não cumulatividade.

As exigências consubstanciadas nos item 2 e 3 do Auto de Infração foram apreciadas de forma e integralmente mantidas, em razão de o sujeito passivo não ter apresentado impugnação específica para tais itens, restringindo a sustentar que a apuração da base de cálculo do imposto objeto de lançamento deveria ser apurada através de auditoria de caixa.

Expôs o Nobre Relator que a emissão de Notas de Vendas não é um procedimento vedado pela legislação, contudo, estas devem estar acompanhadas pelas notas fiscais correspondentes o que não se verificou no presente caso. Esclareceu ainda que a situação fática que ensejou o lançamento – falta de emissão de notas fiscais – não foi elidida pelo então defendente mediante a apresentação de documentos comprobatórios que atestassem a regularidade das operações.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário se insurgindo contra os termos da Decisão que lhe foi desfavorável.

Em suas razões de apelo suscita preliminarmente a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa. Aduz neste sentido que a capitulação legal constante do Auto de Infração – artigos 116 e 124 do RICMS/BA – é genérica e abstrata não lhe permitindo identificar com a devida precisão a infração cometida, conduta que afronta o quanto previsto no artigo 39 do RPAF.

No mérito, aduz inicialmente que, contrariamente ao afirmado pela 3ª JF, o seu estabelecimento fora excluído do Simples Nacional através do Edital de Comunicação de Exclusão de nº 01/2008, emitido pela SEFAZ/BA, com efeitos a partir de 01/01/2009. Nestes termos, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/01/2009.

Reproduzindo as razões de defesa outrora apresentadas, alega que o método de apuração da base de cálculo do ICMS lançado de ofício não está em consonância com a legislação de regência.

Afirma que o lançamento consubstanciado em dados extraídos dos computadores apreendidos em seu estabelecimento além de apresentar falhas, não corresponde à realidade dos fatos.

Diz que os computadores não eram utilizados tão somente como banco de dados de suas notas fiscais de vendas, mas também guardavam informações relativas a orçamentos realizados para seus clientes que não tinham correspondência com notas fiscais, sendo, portanto, meio inadequado ao levantamento fiscal.

No seu entender, deveria a fiscalização proceder ao cotejo entre as notas fiscais de vendas e a sua contabilidade empresarial, notadamente as informações constantes do seu extrato bancário, a fim

de identificar o real volume de saídas e então apurar de forma adequada a base de cálculo da exação. Em sustentação à sua tese colaciona trechos da doutrina especializada acerca do aspecto material da regra matriz de incidência tributária.

Alega ainda que, ao recompor o seu conta corrente fiscal pelo Regime Normal de apuração, a fiscalização deixou de observar o princípio da não cumulatividade na medida em que não considerou os créditos do imposto destacados nas notas fiscais de aquisições realizadas no período autuado, a que faria jus se não estivesse recolhendo os tributos no âmbito do Simples Nacional.

Por fim, questiona o percentual da multa de ofício cominada sustentando ter ela caráter confiscatório, procedimento não admitido à luz dos comandos emanados dos artigos 145, § 1º e 150, IV da Constituição Federal, conforme já reconhecido pelo Poder Judiciário nos autos da ADI 551/RJ, cuja ementa reproduz.

A PGE/PROFIS em seu Parecer de fls. 1871 a 1872 opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário.

No entender do Procurador representante, o sujeito passivo foi excluído do Simples Nacional através do Edital de Notificação de nº 04/2011 cujos efeitos retroagiram a julho de 2007. Nestes termos, tendo o referido ato natureza meramente declaratória a reconstituição da conta corrente do contribuinte tem respaldo jurídico devendo ser convalidada.

Quanto às demais razões apresentadas opina no sentido de que são elas desprovidas de amparo fático ou jurídico, cingindo-se a uma contestação genérica e vazia.

VOTO

Início a apreciação das razões de apelo pela preliminar de nulidade suscitada, para, mantendo em todos os seus termos a Decisão de piso, rejeitá-la.

Com efeito, não vislumbro quaisquer dos vícios apontados no Recurso. O Auto de Infração encontra-se instruído com demonstrativos específicos para cada infração apontada que evidenciam de forma clara os critérios de apuração do imposto objeto da exigência.

Os dispositivos legais citados como infringidos referem-se à sistemática de apuração pelo Regime Normal – conta corrente fiscal – a que o contribuinte está sujeito em razão de ter sido excluído do Simples Nacional, bem assim os prazos de que este dispunha para proceder ao recolhimento do imposto assim apurado.

Na descrição dos fatos de cada item do Auto de Infração constam as circunstâncias fáticas que ensejaram cada exigência e a especificação dos critérios adotados para fins de quantificação da base de cálculo, como também os documentos fiscais e de controle interno, utilizados pela fiscalização.

Relevante destacar que, especificamente quanto às exigências consubstanciadas nos itens 2 e 3, a 3ª JF determinou a conversão do presente PAF em diligência saneadora, a fim de que fossem entregues ao ora Recorrente cópia dos respectivos demonstrativos analíticos e das notas fiscais utilizadas na sua confecção, devolvendo-lhe, na mesma oportunidade, o prazo para apresentação da defesa.

Tal procedimento teve como objetivo atender ao pleito do contribuinte que alegou em sua peça defensiva não haver recebido os referidos documentos, sendo-lhe garantido, a partir de então, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Intimado, conforme atesta o documento de fl. 1818, o ora Recorrente ficou em silêncio.

Ante ao exposto, não vislumbro como cogitar do cerceamento do direito de defesa alegado, diante do que afastou a nulidade suscitada.

No mérito, quanto ao pleito de afastamento da exigência relativamente ao exercício de 2008 em vista da publicação do Edital de Notificação de Exclusão de nº 01/2008, tenho as seguintes considerações a fazer:

De fato, o Edital de nº 01/2008 da lavra da Superintendência de Administração Tributária – SAT, acostado à fl. 1865 dos autos, informa a exclusão do Recorrente do Simples Nacional, cujos efeitos, na hipótese de não haver impugnação do ato, deveriam ser produzidos a partir de 01 de janeiro de 2009.

No mesmo edital consta ainda a informação de que a exclusão decorre da existência de débito sem exigibilidade suspensa junto à Secretaria da Fazenda do Estado.

Com efeito, a partir de 01.07.2007, o Simples deixou de um sistema unificado de pagamento de tributos da União e passou a se constituir num sistema unificado de pagamento de tributos da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nos termos da legislação que regula a aplicação do sistema de recolhimento unificado de que aqui se trata, as microempresas e empresas de pequeno porte deveriam ser automaticamente migradas do Simples Federal para o Simples Nacional. Aquelas que não o fossem, em razão de estar incursas nas causas impeditivas previstas na lei, deveriam regularizar sua situação e solicitar formalmente a inclusão no Programa até 20 de fevereiro de 2009.

No presente caso, tendo a SAT, identificado que o Recorrente estava em débito com a Fazenda Estadual, procedeu à sua exclusão de ofício, oportunizando-lhe, contudo, proceder à regularização de sua situação e impugnar o ato pleiteado o seu retorno ao programa, procedimento que, ao que tudo indica, não foi adotado.

Noutro giro, em decorrência do procedimento de investigação de codinome *Operação Bikeo* Diretor da DAT METRO concluiu que o Recorrente interpôs pessoas de seu relacionamento na constituição de várias empresas no intuito de mantê-las na condição de microempresa e empresas de pequeno porte, beneficiando-as com o regime simplificado previsto pelo Simples Nacional, pelo que encaminhou os autos do processo investigatório à Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP, a fim de que esta tomasse as providências no sentido de que os estabelecimentos envolvidos fossem excluídos do Programa nos termos do artigo 5º, inciso IV da Resolução CGSN nº 15/2007.

Neste contexto é que, em 18/04/2011, foi publicado o Edital de Notificação de nº 04/2011 através do qual o inspetor Fazendário da INFAZ ATACADO notificou o Recorrente acerca da sua exclusão do Simples Nacional, retroativamente a 01/07/2007.

A exclusão retroativa à 01/07/2007 tem fulcro no quanto disposto no inciso VI do artigo 6º da Resolução CGSN nº 15/2007, *in verbis*:

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

.....

VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X 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;

Contra o ato de exclusão de que aqui se trata caberia impugnação no prazo de trinta dias. Ocorre que, mais uma vez, o Recorrente permaneceu silente, aquiescendo, por conseguinte, com os termos da Decisão proferida pela Inspetoria Fazendária.

Conforme já consolidado pela doutrina e jurisprudência pátrias, o ato de exclusão do Simples Nacional possui natureza declaratória e, com tal, retroage seus efeitos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente.

No presente caso, como a conclusão do processo investigatório foi no sentido da existência de conduta tendente a fragmentação da atividade comercial em diversas pessoas jurídicas constituídas por pessoas interpostas pelo proprietário do Recorrente, com o objetivo de obter

indevidamente os benefícios do regime simplificado destinados às ME'S e EPP'S, a Inspeção Fazendária considerou que a circunstância excludente – constituição mediante interpostas pessoas – preexistia à data da entrada em vigor do regime aplicável às ME'S e EPP'S de que trata a Lei Complementar nº 123/06, vale dizer: 01.01.2007.

Nestes termos, me alinhando ao entendimento externado pelo Representante da PGE/PROFIS, afastando as alegações do Recorrente para me posicionar no sentido de que os termos do segundo ato de exclusão – Edital de nº 04/2001 – se sobrepõem aos do primeiro - Edital nº 01/2008, - sendo legítimo o lançamento de ofício relativo aos períodos de apuração do período compreendido entre os meses de janeiro a dezembro de 2008.

Quanto às alegações relativas aos aspectos materiais das exigências – formação da base de cálculo e inobservância da não cumulatividade – entendo não merecer serem acolhidas as razões de Recurso apresentadas.

Como bem asseverou a Decisão de piso, o levantamento que originou o lançamento consubstanciado no item 01 do Auto de Infração consistiu na recomposição da conta corrente fiscal no período fiscalizado, o qual foi realizado a partir dos livros escriturados pelo próprio contribuinte, bem como dos documentos fiscais correlatos, não havendo, portanto, qualquer necessidade de análise do fluxo de caixa e extratos bancários do estabelecimento para comprovar a realização das operações de saídas.

Também não procede a alegação no sentido de que a fiscalização deixou de observar a não cumulatividade. Isto porque, conforme se infere da análise dos demonstrativos e documentos de fls. 45 a 293, os prepostos autuantes apuraram, nota a nota, o valor do crédito do imposto a que o Recorrente faz jus em decorrência da aquisição de mercadorias tributadas no período fiscalizado, bem como levaram na devida conta todo o valor que foi por ele recolhido a título de antecipação parcial.

Quanto às infrações 2 e 3, o Recorrente se escusou de apresentar impugnação específica, aplicando a elas de forma imprópria as mesmas razões defensivas apresentadas em relação ao item 1.

Conforme se constata da análise dos autos, as infrações 02 e 03 referem-se a falta de emissão de notas fiscais por parte do estabelecimento.

Através dos demonstrativos que instruem o item 02 foram apurados os valores relativos aos recebimentos, comprovados através dos dados de cobrança bancária, para os quais não houve emissão do documento fiscal correspondente. Já nos demonstrativos que subsidiam o item 03 foram listadas todas as Notas de Venda emitidas no período fiscalizado, coletadas dos arquivos magnéticos extraídos do HDS apreendidos, em relação às quais os fiscais autuantes não localizaram as notas fiscais correlatas.

Quanto a este item vale ressaltar que o contribuinte foi pessoalmente intimado a apresentar as notas fiscais correspondentes às mencionadas Notas de Vendas (fl. 1649), tendo se limitado a afirmar que tais documentos foram extraviados (fl. 1650).

Ante ao exposto, considerando que o lançamento de ofício encontra-se lastreado em documentos e livros fiscais e financeiros do próprio contribuinte, fornecidos por este ou extraídos dos equipamentos apreendidos no decorrer do processo investigatório ao qual foi submetido, bem assim que nas oportunidades em que se manifestou nos autos o ora Recorrente não apresentou razões de fato ou fundamentos de direito capazes de elidir a acusação que teve contra si perpetrada, Nego Provimento ao Recurso Voluntário para manter em todos os termos a Decisão proferida em primeira instância que julgou Procedente o Auto de Infração.

Finalmente, me abstenho de apreciar o pleito de reconhecimento do caráter confiscatório da multa de ofício cominada em vista de faltar competência a este órgão julgador para tal expediente nos termos do que dispõe o artigo 167 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento 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 **299130.0010/12-7**, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBike)**, devendo ser intimado o Recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$318.434,70**, acrescido da multa de 50% sobre R\$122.684,52 e 60% sobre R\$195.750,18, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS