

A. I. N° - 269114.0904/06-1
AUTUADO - ERA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTES - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 31.08.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0244-02/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Constatada a opção pelo regime SIMBAHIA com a interposição de pessoas que não seja efetiva sócia ou proprietária, sendo o imposto devido apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, desde a ocorrência do fato que ensejou o desenquadramento, conforme determina a legislação. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 21/09/2006, para exigir ICMS de R\$15.140,55, acrescido de multa de 60% pelo recolhimento a menos em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SimBahia, por infração cometida pelo contribuinte, sendo exigido o imposto com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao incorreto enquadramento, de acordo com o que determina o artigo 408-P, os incisos II, III, IV e VII do artigo 408-L e 408-S do RICMS/97. Consta ainda, que os fatos ensejadores do desenquadramento são objetos do processo de investigação fiscal do GRUPO CANAL JEANS anexo ao PAF.

O autuado, fls. 26 a 35, impugnou o lançamento tributário, inicialmente, esclarecendo que o Auto de Infração se refere a uma fiscalização efetuada pela Inteligência fiscal sobre o Grupo Canal Jeans e como o nome fantasia do autuado era Canal Jeans o que gerou a ação fiscal. Informa que é uma pequena empresa e com a fiscalização citada, foi desenquadrada do SIMBAHIA, passando para condição de normal, inviabilizando a continuidade da empresa, razão pela qual requer a reconsideração da autuação.

Na informação fiscal, folha 14, o autuante salienta que o conteúdo desse processo já é de amplo conhecimento do autuado, já tendo inclusive reconhecido o débito de todas as outras empresas do Grupo Canal Jeans.

Informa que todos os Autos de Infração das empresas restantes forma parcelados sem contestação.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência pela 5ª Junta de julgamento Fiscal para fosse entregue ao autuado o Relatório de Investigação Fiscal, folhas 15 a 97, acostado pelo autuante quando da Informação Fiscal.

Em nova manifestação defensiva, folhas 118/128, o representante do autuado informa que não foi informado do desenquadramento, cerceando seu direito de ampla defesa.

Observa que o Termo de Início de Fiscalização, anexo ao Auto de Infração, não possui qualquer ciência do contribuinte, violando seu direito à citação e a ampla defesa.

Aduz que não possui qualquer vínculo jurídico com a empresa Canal Jeans, configurando empresas autônomas, que comercializam produtos de segmentos diversos.

Prosseguindo, tece comentários sobre o Regime do SimBahia e observa que o autuado se enquadra no perfil necessário à empresa beneficiada com o regime simplificado, estando efetivamente inserida neste contexto, ainda vinha regularmente cumprindo com suas obrigações perante o fisco Estadual.

Tece comentários sobre o princípio da verdade material e argumente que o autuado recolheu o ICMS devido e se enquadrava no Regime do SimBahia.

Em seguida, tece comentários sobre os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade das multas fiscais e do não-confisco, citando doutrina, jurisprudência sobre o tema e o artigo 150, IV da Constituição Federal.

Ao finalizar, requer a improcedência da autuação, por entender que não merece acolhida a exclusão do autuado do Regime do SimBahia.

Em nova informação fiscal, folhas 159 a 161, o autuante reitera que o autuado faz parte do Grupo Canal Jeans, conforme descrição detalhada no dossiê acostado ao PAF.

Diz que durante o processo de investigação, várias foram as intimações para apresentação de documentação. Da mesma forma, diversas foram as reuniões com os representantes legais do grupo em busca de esclarecimentos sobre os fatos levantados. Várias foram às oportunidades de defender-se e de apresentar provas que contestassem os fatos apontados. Contudo, o reconhecimento das infrações cometidas e do débito tributário, resultou no parcelamento de grande parte do valor devido pelo Grupo Canal Jeans, convencidos da legalidade e da seriedade da condução do processo investigatório e dos resultados alcançados.

Frisa que com a descrição dos procedimentos adotados pela investigação, não há sentido em afirmar que o autuado não foi notificado sobre a mudança de sua Condição de EPP para Normal.

Argumenta que não há cabimento a alegação defensiva de que houve cerceamento do direito de defesa em decorrência da falta de assinatura do Termo de Início de Fiscalização, pois o autuado está apresentando sua defesa pela segunda vez, além do fato de conhecer o teor do relatório acostado aos autos. Além do mais, durante a fase de intimação para apresentação dos livros fiscais não existe contraditório, só apresentação dos documentos e livros fiscais ou contábeis, até porque não se sabe de antemão, se haverá crédito a ser buscado através da autuação. O momento de citação e exercício de ampla defesa é posterior à lavratura do Auto de Infração.

Quanto a não assinatura do Termo de Início de Fiscalização, diz que o autuado já havia participado por diversas vezes no processo de investigação, tendo incluído apresentado as planilhas. Ademais, apesar de claudicar entre a exigência de formalidade e o informalismo, demonstrando flagrante contradição de argumentos, a defesa não deve falar em não citação já que segundo o STJ- 4ª T., Resp. 173.299-SP, “a juntada aos autos de procuração com poderes para receber citação equivale ao comparecimento espontâneo do réu.”

Salienta que o autuado simplesmente nega que não faz parte do Grupo Canal Jeans sem apresentação de qualquer prova de sua alegação.

Quanto ao tratamento dispensado ao autuado, é o mesmo dispensado a todas as empresas do grupo discriminado no relatório e está regulamentado na legislação pertinente. O desenquadramento está configurado no artigo 408-L do RICMS/97, a carga tributária equivale-se a uma empresa na condição Normal.

Ao finalizar, opina pela manutenção da infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SimBahia.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o PAF foi baixado em diligência, para que fosse entregue cópia do Relatório de Investigação Fiscal, folhas 15 a 97, o qual embasou o Auto de Infração, sendo reaberto o prazo de defesa em 30 dias, fato que possibilitou ao autuado o pleno direito de defesa, não havendo nenhum cerceamento do direito de defesa, uma vez que foi reaberto o prazo para o autuado se manifestar, tendo neste período exercido plenamente de direito ao contraditório, sendo esse o momento próprio, uma vez que durante o período de fiscalização não existe na legislação previsão para defesa.

Na fase de fiscalização, o auditor designado pela Administração Tributária Estadual aplica os roteiros designados na Ordem de Serviço, objetivando apurar se o ICMS foi recolhido tempestivamente ou não, não se sabendo se existe crédito tributário a ser constituído. Somente com o resultado da aplicação dos roteiros de auditoria tributária é que se define se o contribuinte recolheu ou não o ICMS em conformidade com legislação pertinente.

Somente após a lavratura do Auto de Infração é que é concedido o prazo de trinta dias para que o autuado se manifestasse, reconhecendo ou impugnando o lançamento tributário, procedimento que foi observado na presente ação fiscal, sendo a falha existente na primeira intimação, corrigida pela diligência, a qual determinou a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

Ressalto ainda, que não se observa qualquer erro ou vício que possibilite a decretação de nulidade do lançamento.

No mérito, o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante foi instituído pela Lei 7357/98, sendo sua adoção facultativa e condicionada a determinações e limites previsto na citada lei.

Para fins de adoção do tratamento tributário previsto na referida Lei, considera-se 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 ou tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas inscritas em cadastros de contribuintes do ICMS, levar-se-á em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas.

De acordo § 7º, do artigo 2º, da Lei 7357/98, o enquadramento no SimBahia é efetuado com base no CNPJ básico, ou seja, no caso de empresa com mais de um estabelecimento, todos devem se enquadrar na mesma condição, sendo que a microempresa poderá ter estabelecimentos com faixas distintas, levando-se em consideração a receita bruta ou o volume de compras de cada um.

O contribuinte interessado em adotar o tratamento tributário ora instituído deverá formalizar

opção no ato de sua inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, ou em qualquer outro momento, desde que se enquadre nas condições e limites fixados na lei que instituiu o benefício do SimBahia, entre eles o previsto no § 7º, do artigo 2º, acima mencionado, existindo uma vedação expressa no artigo 6º, inciso IV, da Lei 7.357/98, *in verbis*:

“Art. 6º Não poderá optar pelo enquadramento na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte:

[...]

IV - a empresa cujo titular ou sócio tenha participação no capital social de outra ou outras empresas, se a receita bruta global conjunta das empresas ultrapassar o limite de enquadramento de que trata o art. 2º, da Lei do SimBahia.”

Ocorre que a Inspeção Fazendária de Varejo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia excluiu de ofício todas as empresas no denominado Grupo Canal Jeans, por ter apurado indícios de constituição de empresas com interposição de sócios fictícios, houve simulação de contrato de franquia e de locação com propósito de possibilitar o enquadramento indevido de empresas no SimBahia.

O procedimento da inspeção encontra amparo nos incisos II e IV do artigo 15, combinado com o artigo 19 e inciso IV do artigo 22, todos da Lei 7.357/98, *in verbis*:

“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

[...]

II - que optar pelo enquadramento no Regime, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas;

[...]

IV - constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;

[...]

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

[...]

Art. 22. A exclusão dar-se-á de ofício:

[...]

IV - nas situações mencionadas nos incisos II, III e IV do art. 15;”

Como se pode observar da leitura acima, na legislação do ICMS em sua parte específica que trata do SimBahia prevê duas situações diferentes para os contribuintes enquadrado nos benefícios fiscais do regido regime que praticarem infrações definidas como de natureza grave, especificadas na própria legislação, de forma objetiva.

Na primeira, artigo 15 acima, de forma objetiva, a legislação do SimBahia, determina que “Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa”, estando o auditor, nesta situação obrigar a apurar o imposto levantado na ação fiscal pelo regime normal de apuração, ou seja, aplicando a alíquota de 17%, entretanto concedendo um crédito de 8%, procedimento que foi observado na presente ação fiscal, não sendo necessário nenhuma autorização do Inspetor, pois a autorização já se encontra no próprio artigo 15 acima transcrito.

Na segunda, artigo 22, que trata da exclusão de ofício, requer a autorização do Inspetor, uma vez que, mesmo praticando as infrações definidas na legislação de natureza grave, sendo a infração

apurada pelo regime normal, o Inspetor Fazendário pode entender que é mais conveniente para Administração Tributária que o contribuinte continue no regime do SimBahia.

Assim, o contribuinte enquadrado no SimBahia que praticar infrações definidas na legislação como de natureza grave, automaticamente ter o imposto devido, dessa infração específica, apurada com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, sendo que todas as demais operações do autuado continuarão sendo apurado pelo regime do SimBahia. Entretanto, a critério do Inspetor, este mesmo contribuinte poderá ser excluído do SimBahia, nessa situação além do imposto devido na infração específica, ser apurado pelo regime normal de fiscalização, ao ser excluído do regime, todas as operações realizadas pelo contribuinte será apurado pelo regime normal, inclusive o imposto mensal recolhido relativos as vendas do estabelecimento, o qual será apurado pelo regime de conta corrente fiscal, débito e crédito do ICMS.

O autuado nega qualquer vinculação com o GRUPO CANAL JEANS, entretanto, apesar de ter recebido cópia do Relatório de Investigação Fiscal, não apresentou nenhuma prova para descaracterizar as ligações com o referido grupo apontadas no relatório de Investigação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269114.0904/06-1**, lavrado contra **ERA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 15.140,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR