

A. I. Nº - 269114.0903/06-5
AUTUADO - ERA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 10/08/2007

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0253-03/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. COBRANÇA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL. A legislação determina a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais ao estabelecimento inscrito no regime SIMBAHIA, quando incorrer na prática de infração capaz de ensejar o cancelamento de benefícios. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/09/2006, refere-se à exigência de R\$41.521,18 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatado recolhimento do imposto efetuado a menos em decorrência de erro nos valores apurados. Consta, na descrição dos fatos, que o imposto exigido foi calculado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir dos fatos que deram causa ao desenquadramento, conforme demonstrativos acostados aos autos.

O autuado apresentou impugnação à fl. 11, pedindo para que seja desconsiderado o presente Auto de Infração, tendo em vista que se refere a uma fiscalização efetuada pela inteligência fiscal sobre o grupo de empresas com a bandeira Canal Jeans, e como o nome fantasia do estabelecimento autuado era Canal Júnior, também foi intimado pela fiscalização, resultando na lavratura do Auto de Infração. Salienta que é uma pequena empresa, e com a fiscalização efetuada, foi desenquadrado, passando para a condição de normal, com apuração do imposto através de conta corrente fiscal, o que inviabiliza a continuidade da empresa.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 15 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que a alegação do autuado de que houve engano do Fisco na lavratura do Auto de Infração não é corroborada pelos fatos e argumentos apresentados no processo de investigação fiscal, que resultou no desenquadramento de todo o Grupo Canal Jeans. Diz que o conteúdo do presente processo é de conhecimento amplo do autuado, que reconheceu como devido o imposto apurado em outras lojas da empresa. Por fim, o autuante pede a procedência do Auto de Infração em lide.

Foi acostado aos autos um Relatório Cadastral do Grupo Canal Jeans (fls. 16 a 99) constando na relação das empresas participantes do mencionado Grupo, o estabelecimento autuado. Foi informado à fl. 50 que as empresas do citado grupo ultrapassaram o limite estabelecido para usufruir os benefícios do SIMBAHIA, desde o exercício de 2001, tendo em vista que o somatório da Receita Bruta Ajustada do Grupo como um todo ultrapassa o limite definido pelos §§ 1º e 5º do art. 384-A, do RICMS-BA, conforme quadros demonstrativos (fls. 54 a 60), sendo constatado, pela análise dos documentos de identidade dos sócios das empresas a existência de vínculos de parentesco entre vários sócios (demonstrativos às fls. 64/73); empresas estabelecidas no mesmo endereço (fls. 66/67). Nas considerações finais do Relatório consta a informação de que, “diante das provas indiciárias e documentais, de ter havido interposição de sócios fictícios para a constituição das empresas sob análise com base na simulação do seu enquadramento como

franqueadora/franqueadas com o propósito usufruir indevidamente, os benefícios do SIMBAHIA e, consequentemente, obter redução da carga tributária do ICMS”.

Considerando que não consta assinatura do contribuinte no recibo à fl. 08, comprovando que o mesmo recebeu as cópias das planilhas de desenquadramento (fls. 06/07), esta JJF, mediante pauta suplementar, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 103), para intimar o autuado e lhe fornecer cópias de todos os demonstrativos que embasaram a lavratura do presente Auto de Infração, devendo entregar, também, cópia da informação fiscal e demais elementos que foram acostados aos autos pelo autuante (fls. 15 a 99), mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, reabrindo o prazo de defesa.

O contribuinte foi intimado (fl. 118), e apresentou, por meio de advogado, manifestação às fls. 121 a 131, aduzindo que em nenhum momento foi notificado a se manifestar quanto ao seu desenquadramento, inexistindo o regular processo administrativo, numa verdadeira violação ao seu direito de defesa. Transcreve ensinamentos de José Frederico Marques, e afirma que se a lei permitisse ao julgador compor o litígio inquisitorialmente, sem a participação do contribuinte, não haveria tutela jurisdicional, e sim, atos unilaterais do Estado. Comenta sobre o julgador e a jurisdição; o princípio do devido processo legal, salientando que o Termo de Início de Fiscalização não possui qualquer ciência ao contribuinte, alegando que essa omissão viola o seu direito à citação e ampla defesa, e que tal fato ganha maior gravidade na medida em que o autuado não possui qualquer vínculo com a empresa Canal Jeans. Em relação ao princípio da ampla defesa, alega que não configura generosidade, mas um interesse público, e no art. 2º do RPAF/99, tais princípios encontram-se insculpidos. Assim, entende o defendente que não deve ser exigido o recolhimento do ICMS em moldes diversos daquele ao qual se encontra realmente obrigado a observar, ou seja, nos moldes do SIMBAHIA, considerando a inexistência de qualquer processo administrativo regularmente instaurado que justificasse a sua exclusão do mencionado regime. Comenta sobre o citado regime SIMBAHIA, inclusive em relação à previsão constitucional determinando tratamento diferenciado para as pequenas empresas, reduzindo substancialmente os controles burocráticos e a carga tributária. O autuado afirma que além de se enquadrar no perfil necessário à empresa beneficiada com o regime simplificado, estando inserida neste contexto, vinha cumprindo com suas obrigações perante o Fisco Estadual, por isso, entende que não há que se falar em autuação porque a empresa sempre cumpriu com as suas obrigações principal e acessórias perante a Secretaria da Fazenda. Argumenta que os recolhimentos efetuados, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 126 do PAF, devem ser analisados e aliados ao histórico de recolhimento da empresa. Comenta sobre o princípio da verdade material e diz que a busca da verdade material em contraponto ao apego ao formalismo encontra guarida na doutrina pátria, a exemplo de ensinamentos de Aurélio Pitanga Seixas Filho, que transcreveu a fl. 127. Assim, o defendente afirma que restou comprovado o recolhimento do ICMS devido no período fiscalizado, bem como a incoerência de imputar penalidade em virtude de práticas de irregularidades adotadas por outras empresas. Prosseguindo, o defensente fala sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e das multas fiscais; apresenta o entendimento sobre o princípio da razoabilidade aceito na doutrina, conforme ensinamento de José Carlos Graça Wagner, reproduzido à fl. 128, e o entendimento de Gilmar Mendes. Quanto às multas e ao princípio do não-confisco em matéria tributária, o defendente transcreve ensinamento de Vittorio Cassone, e diz que o entendimento de Douglas Yamashita é no sentido de que “As penalidades também podem ser confiscatórias sempre que forem desproporcionais ao seu objetivo punitivo”. Portanto, o autuado alega que a não proporcionalidade das multas fiscais enseja a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por violação expressa ao art. 150, inciso IV da Constituição Federal. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 148/149 dos autos, inicialmente salientando que o autuado faz parte do grupo Canal Jeans, e durante o processo de investigação, várias foram as intimações para apresentação de documentos, e também houve reuniões com os

representantes do grupo em busca de esclarecimentos sobre os fatos levantados. Diz que o reconhecimento das infrações cometidas e do débito apurado resultou no parcelamento de grande parte do valor devido pelo Grupo Canal Jeans. Quanto aos argumentos apresentados pelo defensor, o autuante informa que a alegação de falta de assinatura no Termo de Início de Fiscalização, não deve prosperar, tendo em vista que o contribuinte apresentou impugnação ao presente lançamento, pela segunda vez, não podendo alegar falta de ampla defesa. O autuante esclarece que a intimação fiscal tem como principal objetivo a proteção ao Fisco, por comunicar ao contribuinte a suspensão temporária de denunciar espontaneamente débitos relativos ao período fiscalizado, e argumenta que nesta fase processual não se pode falar em falta de citação ou ampla defesa. Diz que além dos vários contatos com o autuado por meio das intimações, todas as planilhas foram fornecidas ao fisco pela empresa, e já apresentavam valores a serem reconhecidos, e como não se buscou a prova documental, entende que seria oportuno a oitiva dos representantes do autuado, e tudo isso vai ao encontro das citações constantes nas razões de defesa sobre os princípios da verdade material, do informalismo e da ampla defesa. O autuante assegura que apesar de o autuado afirmar que não possui qualquer vínculo com o grupo Canal Jeans, não apresentou qualquer prova desta alegação. Diz que o tratamento dispensado ao autuado é o mesmo para todas as empresas do grupo discriminado no relatório, e é previsto na legislação pertinente. Portanto, assegura que o desenquadramento está de acordo com o art. 408-L do RICMS/97, a carga tributária equivale a empresa na condição de contribuinte do regime normal de apuração e as multas aplicadas encontram-se delineadas na Lei 7.014/96. Concluindo, o autuante roga pela produção de todos os meios de prova em relação aos fatos narrados, e solicita a procedência do presente lançamento.

VOTO

Inicialmente, apreciando a preliminar nulidade apresentada pelo autuado sob a alegação de que não consta a sua assinatura no Termo de Início de Fiscalização, observo que, de acordo com o art. 26 do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização; da intimação ao contribuinte para prestar esclarecimentos ou exibir documentos solicitados pela fiscalização. No caso em exame, além de constar o Termo de Início de Fiscalização à fl. 05, o autuante esclareceu na informação fiscal que o autuado foi intimado para apresentar livros e documentos quando da investigação que resultou no desenquadramento, e lavratura do presente Auto de Infração.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, considerando que estão determinados o contribuinte, o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF. Por isso, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, calculado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, tendo em vista que foi realizado o desenquadramento do contribuinte no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA.

Observo que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA, foi instituído pela Lei 7.357, de 04/11/98, regime que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado aplicado a categorias de contribuintes do ICMS, como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, sendo exigido que os interessados em adotar este tratamento tributário, se enquadrem nas condições e limites fixados na lei, implicando renúncia expressa à utilização de quaisquer créditos fiscais.

O desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA pode ocorrer em consequência dos seguintes fatores:

- a) opção manifesta do contribuinte, retornando à sistemática anterior de apuração do imposto;
- b) em decorrência de inclusão indevida do contribuinte no regime;

- c) quando o contribuinte extrapola os limites de faturamento fixados na lei, que garantem a fruição do tratamento tributário diferenciado;
- d) constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;
- e) quando o contribuinte comete infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

Quanto aos fatos que levaram à conclusão de existência de irregularidades, foi acostado aos autos, um Relatório Cadastral do Grupo Canal Jeans, constando na relação das empresas participantes do mencionado Grupo, o estabelecimento autuado, e que ficou comprovado ter havido interposição de sócios fictícios para a constituição das empresas do Grupo, com base na simulação do seu enquadramento como franqueadora/franqueadas, com o propósito usufruir indevidamente, os benefícios do Simbahia e, consequentemente, obter redução da carga tributária do ICMS.

Como já foi comentando anteriormente, a Lei 7.357/98 (vigente à época) estabelecia: o contribuinte perde o direito à adoção do tratamento simplificado quando incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento. Neste caso, o contribuinte fica sujeito ao desenquadramento do regime SIMBAHIA, e o imposto é calculado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, conforme determina o art. 408-L do RICMS/97:

Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA) a empresa:

(...)

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

III - cuja administração ou gerência seja exercida por titular ou sócio de empresa, mesmo já extinta, que tenha auferido, no mesmo exercício ou no exercício anterior, receita bruta global superior ao limite de enquadramento de que trata o artigo 384-A;

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

Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

Quanto ao levantamento fiscal, o defendantte não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pelo autuante; não houve contestação aos cálculos, e a exigência fiscal está amparada na legislação em vigor. Assim, entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado às fls. 6/7, haja vista que foram considerados os créditos fiscais e o imposto recolhido no período fiscalizado.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou no presente lançamento, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, tendo em vista que, em caso de desenquadramento de contribuinte no Regime Simplificado de Apuração - SIMBAHIA, a legislação determina a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais ao estabelecimento inscrito no regime SIMBAHIA quando incorrer na prática de infração capaz de ensejar o cancelamento de benefícios.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº269114.0903/06-5, lavrado contra **ERA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$41.521,18**, 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, 06 de agosto de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR