

A. I. Nº. - 110120.0101/06-4
AUTUADO - BOULEVARD TREDE LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES DA PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0380-01/09

EMENTA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. DESENQUADRAMENTO DO SIMBAHIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Os fatos ensejadores do desenquadramento foram objeto de processo de investigação fiscal. Imputação comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 08/02/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$19.656,70, acrescido da multa de 60%, em razão de o sujeito passivo ter recolhido a menos o imposto em decorrência de erro na apuração dos valores correspondentes, nos meses de janeiro a março, maio a julho, setembro, outubro e dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a março de 2004 e janeiro de 2005.

No campo “Descrição dos Fatos” consta que a empresa faz parte do Grupo HOUSE & CO, alvo de investigação fiscal, conforme cópia anexa, quando ficou comprovada a prática de várias irregularidades, que implicaram em seu desenquadramento da condição de participante do regime simplificado do ICMS (SimBahia) para o regime normal, com base no art. 408-S do RICMS/97. Efetuada a fiscalização foram constatadas as diferenças do ICMS a recolher nos seguintes valores: R\$8.932,31 (exercício de 2002), R\$8.039,98 (2003), R\$2.219,00 (2004), e R\$465,40 (2005). A fiscalização teve por objetivo informar o processo de baixa nº 045.062/2005-7, protocolado em 09/10/2006.

O autuado apresentou impugnação às fls. 48 a 52, alegando, preliminarmente, que ocorreu o descumprimento do devido processo legal, tendo em vista que a repartição fazendária deixou de atender o disposto no art. 46 do RPAF/99, por não ter disponibilizado o acesso a todos os demonstrativos e documentos produzidos pela autuante, pelo período de 30 (trinta) dias, conforme esclarecimentos que apresentou em seguida:

- a) a intimação apresentada não se fez acompanhar da cópia reprográfica do processo de investigação fiscal mencionado pela autuante na descrição dos fatos, quando citou que o mesmo estaria anexado aos autos;
- b) considerando que esse documento deveria ter sido fornecido de forma simultânea à abertura do prazo de defesa, de modo a possibilitar o exercício pleno do contraditório, tal fato impossibilitou a ocorrência do devido processo legal, caracterizando irrefutável cerceamento de defesa;
- c) o cerceamento de defesa caracterizado pela limitação à ciência de todas as peças que compõem o processo, motivo de manifesta nulidade, acarreta a adoção das providências pertinentes pelo órgão julgador.

Em vista disso, pugna pela nulidade do Auto de Infração, com base nos princípios da segurança jurídica e da legalidade.

Ultrapassadas as preliminares citadas e apesar das limitações ao contraditório, passa a tecer as seguintes considerações, para que sejam apreciadas pelo CONSEF, tendo em vista a ocorrência de diversas falhas técnicas, tanto em seu aspecto formal quanto no mérito do procedimento:

1 – A infração, descrita como “erro na apuração dos valores do imposto” está amparada em considerações falsas, haja vista que se baseia na argumentação de que o autuado faria parte do grupo House & Co, alvo de investigação fiscal, que teria resultado na comprovação de diversas irregularidades pelo impugnante, o que determinou o desenquadramento do estabelecimento com base no art. 408-S do RICMS/BA;

2 – uma simples investigação fiscal, muitas vezes movida por abuso de autoridade, não pode determinar o desenquadramento de uma empresa, tendo em vista que somente pode resultar em falsas presunções, jamais confirmadas. Acrescenta existir carência administrativa para produzir o efeito alegado, pois o desenquadramento depende de ato formal da autoridade administrativa, que deve ser justificado e submetido ao contraditório;

3 – apesar de a autuante ter afirmado que o impugnante teria cometido diversas irregularidades, não cita nenhuma que pudesse dar respaldo à autuação. Salienta que o contraditório não pode ser exercido com base em simples assertivas, observando que a falta de caracterização é motivo bastante para gerar a nulidade do lançamento, como entende o CONSEF;

4 – jamais ultrapassou os limites previstos para a sua faixa de enquadramento no SimBahia, não existindo qualquer diferença a recolher, conforme se verifica nos próprios demonstrativos elaborados pela autuante. O resultado apurado pela fiscalização decorreu do desenquadramento retroativo, baseado em suposições e elementos meramente indiciários. Desse modo, entende que o procedimento aplicado não tem previsão legal, sendo incapaz de gerar qualquer efeito.

Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, sendo ultrapassadas as preliminares, que seja declarado improcedente.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 55, esclarecendo que o contribuinte solicitara a baixa de sua inscrição estadual através do processo nº 045.062/2005-7, em 16/03/2005, caso em que a ação fiscal objetivava, também, informar o referido processo. Observa que o levantamento fiscal realizado foi respaldado no relatório de investigação fiscal (fls. 17 a 33), que concluiu pelo desenquadramento da empresa do regime SimBahia para o regime normal, por ter infringido o art. 408-L, incisos II e IV do RICMS/97.

Esclarece que com base no desenquadramento elaborou os demonstrativos do cálculo do ICMS a recolher, considerando as saídas mensais com débito de 17% e crédito de 8%. Das diferenças apuradas foram deduzidos os valores do imposto recolhido pela condição da empresa como EPP, assim como o ICMS relativo à antecipação tributária (fls. 06, 10, 13 e 15). Salienta que os demonstrativos estão acostados aos autos, dos quais foram entregues cópias ao contribuinte.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Considerando as alegações do impugnante de que não recebera as cópias dos demonstrativos elaborados pela autuante e do Relatório de Investigação Fiscal citado no Auto de Infração e tendo em vista que no Termo de Intimação (fl. 44) consta apenas, de forma manuscrita, a informação referente à entrega de “cópias de documentos do Auto de Infração”; considerando que o processo administrativo fiscal deve se fazer acompanhar das provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos, sob pena de se configurar o cerceamento do direito de defesa do autuado: esta 1ª JF deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ Varejo (fl. 58), para que a Repartição Fazendária adotasse as seguintes providências:

1 – anexasse aos autos uma cópia completa do Relatório de Investigação Fiscal, visando fornecer subsídios a este órgão julgador, de modo a possibilitar segurança na decisão da lide;

2 – anexasse o comprovante de entrega ao efetivo proprietário do estabelecimento autuado da cópia do citado relatório. Caso este não tivesse sido entregue, procedesse à sua entrega, assim como as cópias reprográficas dos documentos anexados às fls. 06, 10, 13 e 15 devendo, no ato da intimação, ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

Havendo manifestação do autuado no prazo regulamentar, deveria ser dar ciência à autuante, para que prestasse nova informação fiscal.

Constam à fl. 61 despachos exarados pela autuante e por Supervisor da INFAZ Varejo, no sentido de que o processo fosse encaminhado à INFIP [Inspetoria de Investigação e Pesquisa], para que fosse anexado o relatório solicitado no termo de diligência.

Às fls. 62 a 64 Auditora Fiscal lotada na INFIP apresentou informação acerca do processo de investigação que ensejou o lavratura do presente Auto de Infração, esclarecendo que o autuado se encontra inserido num grupo de empresas denominado House & Co, desenquadradas do SimBahia em cumprimento a decisão judicial constante dos processos de Mandado de Segurança de nºs 679254-5/2005 e 1317440-6/2006, conforme publicação no DOJ de 25/05/2007.

Relaciona as empresas tratadas nos Mandados de Segurança, dentre as quais se inclui o autuado. Esclarece que este foi declarado inapto a partir de 21/06/2004, por não ter sido localizado em seu endereço, sendo que em 07/04/2004, 10/08/2004 e 04/10/2004 tentara a reativação de sua inscrição, sem êxito, em decorrência de divergências nos endereços fornecidos e incompatibilidade do capital social declarado.

Observa que na análise do pedido de reativação foram identificados indícios de que o estabelecimento pertencia ao grupo econômico “House & Co” e que praticava atos fraudulentos que consistia na simulação de atribuição de quotas de capital, nos contratos sociais e respectivas alterações, a interpostas pessoas que ocupavam ficticiamente a condição de sócias.

Como fora sugerido o desenquadramento das empresas do SimBahia, a PH Comércio de Roupas impetrou Mandado de Segurança, sob nº. 679254-5/2005, pleiteando a sua manutenção no SimBahia, tendo a Secretaria da Fazenda prestado nesse processo todos os esclarecimentos e informações relativos aos motivos do desenquadramento. A segurança pleiteada foi denegada em 18/05/2006, conforme consta do Ofício nº. 158/2006, encaminhado à SEFAZ pelo Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública (fls. 65 a 68).

O Agravo de Instrumento nº 54955-2/2006 foi interposto pelos interessados, ocorrendo a negação do seguimento do recurso, ante perda superveniente do seu objeto, haja vista que o Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública houvera negado a segurança pleiteada.

Com base nas condições narradas, a PROFIS recomendou a realização de procedimentos fiscalizatórios nas empresas pertencentes ao referido grupo, com base no Mandado de Segurança nº 1294748-5/2006, conforme correspondência anexada às fls. 69 a 72.

Após ciência da decisão judicial, na tentativa de administrativamente reverter a situação, foi protocolado no SIPRO, sob nº 107000/2006-2, documento assinado conjuntamente pelos Srs. Augusto Scantamburlo Costa, Maria Elza Scantamburlo Costa e Caio Scantamburlo.

Conclui, afirmando que o Relatório de Inteligência elaborado pela SEFAZ teve por finalidade a obtenção de elementos e informações para a instrução do Mandado de Segurança e de Notícia Crime.

Considerando que ao ser atendido o pedido de diligência anterior, não foram entregues ao sujeito passivo as cópias dos documentos que ele alegara não ter recebido anteriormente, arguindo ter ocorrido inobservância do devido processo legal, bem como ofensa ao seu direito à ampla defesa e tendo em vista que não existe nos autos a efetiva comprovação de que tais elementos tivessem sido entregues: esta 1ª JF deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ VAREJO (fl. 74), para que a Repartição Fazendária entregasse ao sujeito passivo, cópias reprográficas do Termo de Diligência, bem como do anterior (fl. 58), além dos demonstrativos anexados às fls. 06, 10, 13 e 15 e do Relatório de Investigação Fiscal (fls. 17 a 33), quando deveria ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência à autuante, para que prestasse informação fiscal.

Às fls. 79 a 90 constam documentos referentes à intimação ao contribuinte, quando lhe foi entregue toda a documentação determinada no pedido de diligência, ao tempo em que foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias. As diligências foram direcionadas ao estabelecimento da empresa, aos endereços das suas sócias e através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, entretanto não consta dos autos nenhuma manifestação a respeito.

VOTO

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa, nem aos princípios da segurança jurídica e da legalidade. Observo que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante levantamentos e documentos acostados aos autos. Ademais, tendo o contribuinte alegado que não havia recebido os demonstrativos elaborados pela fiscalização e o Relatório de Investigação Fiscal, a 1ª JJF converteu o processo em diligência, quando lhe foram entregues todos os elementos em questão e foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

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

De início, saliento que o Regime do SimBahia, que era aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante foi instituído pela Lei nº. 7.357/98, sendo sua adoção facultativa, porém condicionada ao atendimento de determinações e limites previstos nessa Lei. Deste modo, para fins de adoção do tratamento tributário em referência, considerava-se a receita bruta anual, para fins de cotejo com os limites nela previstos. Se a empresa mantivesse mais de um estabelecimento ou tivesse titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, levar-se-ia em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas.

Para tanto, o § 7º do artigo 2º da referida Lei estabelecia que o enquadramento no SimBahia era efetuado com base no CNPJ básico, ou seja, no caso de empresa com mais de um estabelecimento, todos deveriam se enquadrar na mesma condição, de forma que a microempresa poderia ter estabelecimentos com faixas distintas, porém considerando-se a receita bruta ou o volume de compras de todos eles.

O contribuinte interessado em adotar esse tratamento tributário teria de formalizar opção no ato de sua inscrição no cadastro de contribuintes, ou até mesmo em outro momento, desde quando se enquadrasse nas condições e limites fixados pela Lei que instituiu o benefício do SimBahia, entre eles o previsto no § 7º do artigo 2º, acima mencionado. Neste sentido, cabe trazer à colação uma vedação expressa contida no artigo 6º, inciso IV da Lei nº. 7.357/98:

“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.”

Analisando os elementos constantes dos autos, constato que a Inspetoria Fazendária de Varejo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia excluiu do SimBahia, de ofício, as empresas do Grupo denominado “HOUSE & CO”, conforme relatório identificado como “RELATÓRIO DE INVESTIGAÇÃO FISCAL DO GRUPO HOUSE & CO”, constante das fls. 17 a 33 dos autos.

Através de elucidativo parecer e de outros elementos juntados às fls. 62 a 72, a INFIP – Inspetoria de Investigação e Pesquisa apresentou informações acerca do processo de investigação que redundou na lavratura do presente Auto de Infração, esclarecendo que o autuado se encontra inserido no

mencionado grupo econômico, cujas empresas foram desenquadradas do SimBahia em cumprimento a decisão judicial atinente aos processos de Mandado de Segurança de nºs 679254-5/2005 e 1317440-6/2006.

É esclarecido que o autuado foi declarado inapto a partir de 21/06/2004, por não ter sido localizado em seu endereço, e que em 07/04/2004, 10/08/2004 e 04/10/2004 tentara a reativação de sua inscrição, sem lograr êxito, devido à existência de divergências nos endereços fornecidos e incompatibilidade do capital social declarado. Consta que na análise do pedido de reativação foram verificados indícios de que o estabelecimento pertencia ao mencionado grupo econômico, que praticava atos fraudulentos que consistia na simulação de atribuição de quotas de capital, nos contratos sociais e em suas alterações, e a inclusão de interpostas pessoas para ocuparem a condição de sócias de forma fictícia.

É acrescentado que apesar de uma das empresas do grupo ter impetrado Mandado de Segurança pleiteando a sua manutenção no SimBahia, a segurança pleiteada foi denegada em 18/05/2006, conforme Ofício nº 158/2006, encaminhado à SEFAZ pelo Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública. Foi negado o seguimento do recurso através do Agravo de Instrumento nº 54955-2/2006, interposto pelos interessados, ante a perda superveniente do seu objeto, haja vista que o Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública houvera negado a segurança pleiteada.

Vejo que tendo em vista as condições acima delineadas, a PROFIS recomendou a realização de procedimentos fiscalizatórios nas empresas pertencentes ao referido grupo, com base no Mandado de Segurança nº 1294748-5/2006.

A despeito da insurgência do autuado contra o desenquadramento efetivado pela Repartição Fazendária, ressalto que o procedimento fiscal em questão encontra-se amparado nos incisos II e IV do art. 15, combinado com o ar. 19 e com o inciso IV do art. 22, todos da Lei nº 7.357/98, que apresento em seguida:

“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;”

Ressalto que através de diligência o contribuinte recebeu cópias das planilhas elaboradas pela autuante bem como do Relatório de Investigação Fiscal, entretanto não mais se pronunciou a respeito, mesmo tendo sido reaberto o seu prazo de defesa.

Quanto aos cálculos efetivados pela fiscalização, verifico que estão consignados às fls. 06, 10, 13 e 15, através dos quais foi feito o cálculo do ICMS devido, considerando o desenquadramento do contribuinte do Regime SimBahia, quando foram apurados os valores correspondentes às saídas mensais com débito de 17%, com a concessão do crédito presumido de 8%, além da dedução dos valores do imposto recolhido pela condição da empresa como EPP, assim como o ICMS relativo à antecipação tributária.

Saliento que de acordo com o disposto no art. 123 do Dec. nº 7.629/99 (RPAF/99-BA), é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas referentes a suas alegações, entretanto como nada foi apresentado, constitui mera negativa de cometimento das infrações as argumentações oferecidas, o que à luz do art. 143 do mesmo diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Diante de todo o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110120.0101/06-4**, lavrado contra **BOULEVARD TREDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.656,70**, 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 novembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR