

A. I. N° - 206925.0016/10-7
AUTUADO - ARTE E BANHO ARTIGOS DE BANHEIROS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET 03.06.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0135-05/11

EMENTA: ICMS. 1. 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 na formação societária de diversas empresas, com o objetivo de burlar o Regime do SimBahia, o imposto devido foi 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, com base em Relatório de Investigação Fiscal (RIF) que contém os requisitos essenciais para a validade do lançamento tributário. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração procedente. Rejeitadas a preliminar de decadência e as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2010, exige ICMS no valor de R\$8.088,86, através das seguintes infrações:

1. Recolheu o ICMS a menor 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. Cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, segundo documentos acostados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6. Cálculo da diferença devida efetuado conforme demonstrativo anexo. Valor Histórico: R\$1.905,12 – Multa de 70%;
2. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Levantamento efetuado conforme planilha anexa, ressaltando-se que, no período, o estabelecimento estava enquadrado indevidamente como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, segundo documentos acostados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6. Valor Histórico: R\$ 6.183,74 – Multa de 60%;

O representante da empresa apresenta defesa, fl. 39 a 52, inicialmente suscita a decadência, pois o autuado tomou ciência do Auto de Infração em 23/12/2010, ficando, naquela data, constituído o crédito tributário do Estado da Bahia, que envolve lançamentos dos meses de 31/01/2005, 28/02/2005; 31/05/2005 e 30/09/2005. Assim, comprovará que os fatos tidos como geradores da obrigação tributária ocorridos nas citadas datas encontram-se decaídos, e precisam ser agora excluídos da autuação fiscal, pois cabe ao contribuinte o dever de apurar e antecipar o pagamento do ICMS, sem prévio exame da autoridade administrativa. Há que se classificar o referido tributo na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150 do CTN.

Assim, o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário, através do Auto de Infração ora impugnado, cuja lavratura ocorreu em 15/12/2010, e que o contribuinte tomou ciência em 23/12/2010, não pode alcançar lançamentos anteriores a 23/12/2005, motivo pelo qual devem ser excluídos os fatos geradores supostamente ocorridos em 31/01/2005, 28/02/2005; 31/05/2005 e 30/09/2005, precedentes do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Junta também ementa do acórdão proferido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça através de Embargos de Divergência do Poder Judiciário (nº 101.407-SP (98.88733-4), em que foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Ari Pagendler) que por sua vez, não se afasta da linha de decadência.

Transcreveu julgado (REsp nº 180879-SP), ainda mais recente, da lavra da ilustre Ministra ELIANA CALMON, este entendimento restou definitivamente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo vencida a Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Entende que, assim, seja na instância administrativa, seja na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a 05 anos. Por esta razão, espera, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados e referentes a 31/01/2005, 28/02/2005; 31/05/2005 e 30/09/2005, uma vez que os mesmos já ultrapassaram o limite de 05 anos.

Disse que se encontra devidamente identificado em seu contrato social, sujeitando-se ao pagamento de diversos tributos previstos em lei, dentre eles o ICMS. Ressaltou que sempre honrou com seus pagamentos, não apresentando qualquer débito tributário inscrito em Dívida Ativa.

Diz, ainda, que, em 09/07/2010, foi surpreendido com o recebimento do Termo de Exclusão do SIMBAHIA para efeito de cobrança retroativa de ICMS, sob a alegação de “*constituição de empresas com interposição fictícia de pessoas no quadro societário conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010*”. Frisou que, em tal intimação, sequer constou qualquer número de REGULAR processo administrativo precedente, limitando-se a informar o número do boletim de inteligência fiscal, o qual foi negado acesso ao contribuinte, registre-se, o que impossibilitou o perfeito conhecimento da acusação.

Esclareceu que tal acusação, na forma como lançada, mostrou-se completamente descabida, *data maxima venia*, haja vista que a Impugnante é constituída pelos seus legítimos sócios, todos possuidores de direitos e obrigações, conforme aqui restará demonstrado. Ressaltou que em nenhum momento se fez qualquer produção de prova, pelo menos com a participação da ora Impugnante, o que era fundamental, registre-se, já que sua exclusão do SIMBAHIA lhe acarretaria um pesado ônus, a exemplo do auto de infração ora impugnado.

Ressaltou que o fato da exclusão do SimBahia com efeito retroativo, publicada no Diário Oficial do Estado, foi totalmente inesperada, e, com a ressalva do devido respeito, injustificada. Note-se que o próprio ato de exclusão se limitou em afirmar que o motivo da infração foi que a constituição da empresa se deu por interposta pessoa, sem esclarecer e fundamentar tal conclusão, configurando, então, um verdadeiro cerceamento de defesa.

Alega nulidade por cerceamento de defesa, art. 59, II da lei de Processo Administrativo Fiscal, afirma que a autoridade fiscal decretou a exclusão da empresa autuada do SIMBAHIA, informando apenas e tão-somente que o motivo da infração foi a constituição da empresa por interpostas pessoas, sem demonstrar como chegou a essa conclusão ou quais provas serviram de

embasamento para sua decisão. Assevera que o acesso a tais informações era e é de extrema importância para o autuado, pois, só assim seria capaz de produzir uma prova em contrário.

Registrhou que, em nenhum momento, restou configurada a hipótese de exclusão apontada pela Autoridade Administrativa (art. 5º, IV da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007), ou seja, a suposta ilicitude não passou do campo subjetivo, figurando o desenquadramento do citado Regime como forma indireta para cobrança de tributo, em frontal ofensa a diversos precedentes jurisprudenciais, como a recente decisão exarada pelo Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF) – órgão administrativo encarregado de julgar as defesas dos contribuintes, com situação semelhante resolvida, juntou o entendimento.

Salientou que a legislação, tanto a federal como a estadual, não prevê a possibilidade de presunção da ocorrência de tal infração (constituição de empresa com interposição fictícia de pessoas), sendo indispensável, portanto, a produção de prova robusta e inequívoca acerca do seu cometimento, a fim de justificar e embasar a aplicação de tão dura penalidade, prova esta que deveria ter sido disponibilizada. Junta ensinamentos do Professor Hugo de Brito Machado, em seu artigo Mandado de Segurança em Direito Tributário, que ressalta a importância da fundamentação das decisões pela autoridade administrativa.

Transcreve trecho do Prof. Paulo Celso B. Bonilha (1997, p. 105), para evidenciar o entendimento de que os indícios se enquadraram como ilícitos e, por essa razão deveriam ter restado sobejamente investigados e comprovados pelas autoridades fazendárias, sob pena das acusações caírem no campo subjetivo.

Argui que é imprescindível, portanto, que o autuado tivesse o perfeito conhecimento dos fatos imputados “de modo a propiciar a ampla defesa” (S.T.J., 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp 141.516/SC, DJ de 30.11.98, p.55). Com exceção da presunção legalmente tipificada, meros indícios não têm valor probante para arrimar qualquer procedimento, especialmente quando se trata de um pretenso ilícito tributário, em que não foi dado ao acusado qualquer oportunidade para defesa.

Assim, o procedimento de exclusão, levado a efeito pela intimação, mostra-se, no mínimo, arbitrário, para não dizer um verdadeiro abuso de poder, *data maxima venia*, isto porque sua exclusão, com efeito retroativo do Sistema Simplificado de Apuração de ICMS, resultará invariavelmente em incomensuráveis prejuízos, sem que, ao menos lhe fosse oportunizada a ampla-defesa, direito este que é constitucionalmente assegurado.

Alega a inexistência de interposta pessoa, pois ambos os sócios do autuado são sócios efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes a tal atividade, como prevê o contrato social, os sócios participam da empresa na proporção de suas respectivas participações, tudo em conformidade com a legislação (Código Civil de 2002), estando as cotas devidamente lançadas em suas declarações de imposto de renda.

Verificou que não há qualquer cometimento de infração por parte da Impugnante ou de seus sócios que enseje a sua exclusão do regime tributário SimBahia, razão pela qual o termo de exclusão deve ser revisto, de imediato, com a devida preservação do contribuinte em tal sistema, sob pena de graves danos.

Alega, também, a impossibilidade de aplicação retroativa, pois pelo princípio da eventualidade, e por puro amor ao debate, caso não seja acolhido o pedido de reconsideração do termo de exclusão do SimBahia, há que se considerar, que os efeitos da combatida exclusão não poderiam retroagir para prejudicar o contribuinte, sendo esse o entendimento manifestado pela jurisprudência, que vem, acertadamente, se posicionando no sentido de que não pode o Contribuinte ser apenado pela falta de fiscalização do Fisco, que, em aceitando a adesão do Contribuinte ao sistema simplificado de pagamento de tributos, está admitindo que este possui todos os requisitos para permanecer no referido sistema. De mais a mais, vale notar que, ao longo desses últimos anos, o autuado sofreu modificações no seu quadro societário, pelo que a intimação recebida sequer indicou qual ou quais dos sócios porventura estaria(m) sendo

utilizados como uma “interposta pessoa” para pelo menos limitar a exclusão à ocorrência da situação excludente (ingresso da suposta interposta pessoa no quadro societário da empresa).

Pede a Improcedência da autuação.

O autuante em sua informação fiscal de fls. 74/82, ressalta que o aludido processo seguiu todos os trâmites legais para a matéria em questão, sendo lavrado o TERMO DE EXLUSÃO DO SIMBAHIA PARA EFEITO DE COBRANÇA RETROATIVA DE ICMS (Fls. 29), com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação.

Diz que o autuado apresentou Recurso Administrativo, visando suspender a sua exclusão do SimBahia, que teve o seu pedido INDEFERIDO, pois as suas alegações não foram capazes de elidir as provas apresentadas pelo Fisco, em relação à situação que gerou a exclusão, ou seja, a utilização de interpostas pessoas, na constituição das empresas participantes do GRUPO BÁSICA HOME, considerando que o somatório da receita desses estabelecimentos ultrapassou o limite legal de enquadramento no sistema, em todos os períodos analisados. Assim, superada essa etapa recursal, foi emitida a Ordem de Serviço nº 513422/10, determinando a apuração do imposto devido, de forma retroativa, em função da exclusão da empresa do Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, pelos motivos apontados no processo original.

Informou que o autuado não contestou, de modo algum, os dados apresentados no Demonstrativo da Apuração do ICMS – Desenquadramento SimBahia (fls. 05), levantamento elaborado no trabalho fiscal, tendo como método a apuração da diferença de ICMS entre o sistema de apuração normal e o sistema que foi efetivamente utilizado por ela, ou seja, o SimBahia. Tampouco, contestou os dados da Planilha Comparativa de Vendas Por Meio de Cartão de Crédito / Débito (fls. 06), que serve de base para a INFRAÇÃO 2.

Esclareceu que o pedido preliminar na defesa (fls. 40 e seguintes), alegando decadência do exercício fiscalizado (2005), pois teria o autuado tomado ciência do Auto de Infração em 23/12/2010 e a partir daí estaria constituído o crédito tributário em favor do Estado da Bahia, no entanto o referido Auto de Infração foi registrado em 20/12/2010, conforme comprovante de registro constante das fls. 33, e o autuado não tomou ciência antes, devido às dificuldades causadas por ele próprio, para assinar o Auto de Infração (fls. 32).

Quanto à questão do lançamento por homologação entendem que está completamente equivocada a conclusão, ao solicitar a exclusão do exercício fiscalizado do Auto de Infração, pois o mesmo não ultrapassou o limite legal de 05 anos, assim, há que se atentar para o fato preponderante de que as infrações apuradas decorrem de fraude, dolo ou simulação praticada pelo contribuinte, sendo aplicado, portanto, o artigo 150, § 4º combinado com o artigo 173, Inc. I, todos do CTN, como preconiza o item 2 da decisão proferida pela Ministra Eliana Calmon, citado pelo próprio autuado às fls. 43, volta a transcrevê-lo.

Pelo exposto, o prazo decadencial deve ter a contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (Art. 173, Inc. I, do CTN).

Salientam que a defesa discorreu longamente, sem apontar nenhum fato ou fundamento de direito novo, que pudesse anular a acusação de formação de grupo econômico e interposição de pessoas na constituição das sociedades, a fim de diminuir o pagamento de imposto.

Entendem que o TERMO DE EXLUSÃO DO SIMBAHIA PARA EFEITO DE COBRANÇA RETROATIVA DE ICMS é o competente instrumento legal, necessário e suficiente, que autoriza a lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO, tornando-o procedente, apesar das “razões” apresentadas pelo autuado, que versam sobre temas exauridos nas discussões anteriores.

Afirmam que a contestação do autuado não abrange todos os aspectos apontados no Boletim de Inteligência Fiscal, mas limita-se a dizer que o Termo de Exclusão do SimBahia, publicado no Diário Oficial do Estado, não apresenta provas que fundamentem o motivo que levou à exclusão

do contribuinte do regime simplificado, com efeito retroativo, o que configuraria cerceamento do direito de defesa.

Esclarecem que o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMBAHIA (fls. 29) faz referência e está estribado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010. Portanto, não procede a alegação dos patronos do autuado quanto à falta de fundamentação daquele instrumento administrativo, visto que as justificativas da exclusão do contribuinte do SimBahia estão devidamente arroladas e analisadas no referido boletim. Ressalte-se que a cópia do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010 foi entregue à Autuada, no momento da ciência do Auto de Infração, sendo-lhe, pois, dada todas as oportunidades para apresentar a sua defesa, a em relação às acusações constantes dessa peça processual.

Contrariando o afirmado pelos representantes do autuado (fls. 46), os fatos que ocasionaram a exclusão da empresa do SimBahia estão devidamente comprovados no Processo Administrativo nº 219275/2008-6, configurando a constituição da empresa com interposição de pessoas, que é motivo suficiente para exclusão de ofício do regime, portanto, não existe ilegalidade alguma na ação fiscal.

Frisam que existem provas concretas e documentadas, constantes do Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, obtidas mediante cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que o autuado utilizou artifícios para burlar a legislação do SimBahia, solicitando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo, assim, o seu imposto devido mensalmente, em razão das suas operações de vendas. Para atingir tal objetivo, o grupo dos citados empresários fracionou o seu negócio, constituindo empresas, mediante interposição de pessoas (a maior parte das suas próprias famílias), mantendo, contudo, o controle administrativo e econômico dessas empresas. E, ainda, que as acusações não são baseadas em suposições, como alega o autuado, mas, em provas inferidas a partir da análise de um conjunto, formado por documentos de constituições de sociedades e alterações contratuais posteriores, todos arquivados na JUCEB.

Lembram que para Moacyr Amaral Santos, na sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 4, página 11, prova judiciária "é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios", pois os documentos imprescindíveis à formação do convencimento, alicerçado na verdade trazida à tona, como já foi dito, estão anexados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6. São documentos de fé pública, elaborados pela própria Autuada e arquivados nos órgãos competentes, portanto, incontestáveis.

Colacionam julgados do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF – que tem reiteradamente proferido decisões no sentido de declarar a procedência de Auto de Infração, lavrado em questões da mesma natureza.

Afirmam que o pleiteado pelos representantes do autuado, no item 23 da sua defesa (fls. 50 a 52), está completamente em descompasso com a realidade, pois a jurisprudência transcrita se refere aos contribuintes enquadrados no SIMPLES, e não no SIMPLES NACIONAL, e, tampouco, no SimBahia. Trata-se, portanto, de uma legislação diversa da aplicada ao processo em pauta. Como sabemos, o SIMPLES NACIONAL entrou em vigor a partir de 01/07/2007.

Quanto ao segundo acórdão, refere-se a uma cobrança de diferença de tributo, ensejada por uma alteração de critério jurídico por parte da administração, não sendo possível, neste caso, a retroatividade da exigência fiscal, o que é inteiramente diferente da fraude praticada pelo autuado, com o escopo deliberado de reduzir o seu ICMS devido.

Ademais, segundo o referido Boletim de Inteligência Fiscal, no decurso de uma investigação originada de uma denúncia de que a empresa Básica Home Comércio de Móveis Ltda., IE 054.376.726, havia efetuado venda de mercadorias sem a emissão do respectivo documento fiscal, foram identificados sócios comuns no quadro societário com outras empresas com as quais a empresa Básica Home mantinha vínculos econômicos e administrativos, sendo que todas elas

estavam registradas no cadastro estadual como empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia e, posteriormente, no SIMPLES NACIONAL.

Ressaltam que, com o prosseguimento da investigação, confirmou-se que as empresas integrantes do grupo utilizaram interposição fictícia de pessoas na sua constituição, promovendo o fracionamento do negócio com o objetivo de possibilitar o enquadramento indevido no regime simplificado de apuração de tributos e que, posteriormente, o relatório que originou o Boletim de Inteligência Fiscal foi encaminhado a Procuradoria Geral do Estado (PGE) para emissão de parecer opinativo sobre o desenquadramento das empresas integrantes do GRUPO BÁSICA HOME do sistema SIMBAHIA / SIMPLES NACIONAL, visando à cobrança da diferença de ICMS com base no regime normal de apuração, no qual a PGE concluiu que as empresas em análise, desde a sua constituição, foram capitaneadas por Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho, CPF 293.554.604-06, e sua esposa Roberta Meira Pinto Coelho, CPF 431.332.784-91, figurando os demais sócios das empresas como meros coadjuvantes, com vistas a escamotear os verdadeiros sócios (fls. 22 a 25). Relacionaram as empresas que integram o GRUPO BÁSICA HOME (fls. 13 e 14).

Asseveram que consta no Boletim de Inteligência Fiscal, o histórico da composição societária das empresas do grupo (fls. 15 a 17), ficando demonstrado, de modo inequívoco, o grau de parentesco, ou de relacionamento, de Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho e sua esposa Roberta Meira Pinto Coelho, com todas as demais pessoas integrantes das sociedades e que, no caso específico da empresa Arte e Banho Artigos de Banheiros Ltda., IE 40.363.662, no período fiscalizado, constam como sócios, Roberta Meira Pinto Coelho, esposa de Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho e detentora majoritária das cotas sociais, e o filho menor do casal, Lucas Meira Pinto Coelho, CPF 026.870.345-09.

Salientam que a Lei nº 7.357, de 4 de novembro de 2008, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, é aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante, e depreende-se da leitura dos dispositivos, que a vinculação entre empresas pode ocorrer na forma de participação do capital dos sócios, ou mesmo na forma de participação administrativa dos sócios.

Entendem então, que os sócios do autuado, ou participam diretamente do capital das demais empresas que compõem o grupo, ou têm ingerência, na condição de administrador da sociedade ou representação em decorrência do *pátrio poder*, como está demonstrado no Boletim de Inteligência Fiscal. Todos os documentos, tais como Contrato Social e Alteração Contratual, que comprovam essas situações estão anexados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Observam que Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho participou, na condição de avalista, fiador e principal pagador de contratos de locação, relativos às empresas do grupo, nos períodos em que o mesmo não integrava formalmente os seus respectivos quadros sociais. Note-se, também, a constatação de coincidências de endereços entre empresas do grupo (fls. 17).

Esclarecem que os menores impúberes não possuem em suas Declarações de Imposto de Renda a existência de qualquer recurso capaz de lastrear o aporte financeiro necessário à integralização das suas respectivas cotas, quando de seus ingressos nas sociedades das quais são sócios majoritários (fls. 23).

Conforme o exposto, ficou amplamente demonstrado, com base no Processo Administrativo nº 219275/2008-6, bem como, no Parecer da PGE / PROFIS (fls. 22 a 27) que houve irregularidades na constituição das empresas do GRUPO BÁSICA HOME, utilizando-se as mesmas de interpostas pessoas na composição do seu quadro social, a fim de escamotear os verdadeiros sócios, possibilitando, assim, o fracionamento do negócio, com redução da receita bruta declarada, e consequente, enquadramento no regime simplificado de apuração do imposto. Tal fato é motivo mais que suficiente para exclusão de ofício do regime, portanto, a ação fiscal está inteiramente lícita.

Como foi dito anteriormente, na inicial da informação fiscal, o autuado não contestou o Demonstrativo de Débito apresentado (fls. 03), limitando a sua defesa na tentativa de

desqualificar o Boletim de Inteligência Fiscal, que serviu de base ao processo de exclusão da empresa do SimBahia. Por outro lado, o débito apontado no Auto de Infração está estribado em documentos obtidos da escrita fiscal do próprio contribuinte (fls. 09), ou da base de dados da SEFAZ (dados da arrecadação). Pedem a procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, aprecio a preliminar de mérito de decadência, sob o argumento de que o autuado foi cientificado do lançamento em 23/12/2010, data que teria sido constituído o crédito tributário, que envolve fatos geradores ocorridos em 31/01/2005, 28/02/2005, 31/05/2005 e 30/09/2005, que se encontrariam fulminados pela decadência, segundo o defensor, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 15/12/2010 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

...
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

*Art. 107-B
§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2005, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2011. Friso que este é o posicionamento que tem sido adotado por este Conselho de Fazenda Estadual, até o presente momento.

Rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado, sob o pretexto da ocorrência de cerceamento de direito de defesa, na exclusão da empresa no Simbahia, posto que como o próprio autuado afirmou na defesa, em 09/07/2010, recebeu o Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS, sob a alegação de “constituição de empresas com interposição fictícia de pessoas no quadro societário conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010”, constando naquela intimação o número do boletim de inteligência fiscal. Além do que, a exclusão do SimBahia, foi publicada no Diário Oficial do Estado, com o motivo explícito de “constituição da empresa por interposta pessoa”. Ademais, o processo de exclusão seguiu todos os trâmites legais, e foi lavrado o Termo de Exclusão do Simbahia para Efeito de Cobrança Retroativa de ICMS, fl. 29, com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação. Em atendimento ao devido processo legal, e ao contraditório, foi dada oportunidade de recurso ao contribuinte, visando suspender a sua exclusão do SimBahia, mas suas interpostas alegações não foram suficientes para elidir as provas apresentadas pelo fisco, em relação à situação que gerou a exclusão, ou seja a utilização de interpostas pessoas, na constituição das empresas participantes do GRUPO BÁSICA HOME.

Quanto à preliminar de nulidade a pretexto de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação Fiscal - RIF

nº 0063/2010, por se tratar de matéria relacionada com a prova da acusação fiscal, deixo para apreciar tal preliminar por ocasião do exame do mérito.

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 da garantia da ampla defesa.

No mérito, o auto de infração aponta o cometimento de duas infrações. A primeira, relativa ao recolhimento a menor de ICMS, em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia). Está sendo exigido ICMS retroativo, por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, inscrita no SimBahia, segundo documentos acostados no Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Constatou que o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMBAHIA (fls. 29) faz referência e está estribado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, e os fatos que ocasionaram a exclusão da empresa do SimBahia estão devidamente comprovados no Processo Administrativo nº 219275/2008-6, configurando a constituição da empresa com interposição de pessoas, que é motivo suficiente para exclusão de ofício do regime, portanto, não existe ilegalidade alguma na ação fiscal.

Outrossim, o Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, relata provas incontestes, obtidas mediante o cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que o autuado utilizou-se de artifícios para burlar a legislação do SimBahia, solicitando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo, assim, o seu imposto devido mensalmente, em razão das suas operações de vendas. Para atingir tal objetivo, o grupo dos citados empresários fracionou o seu negócio, constituindo empresas, mediante interposição de pessoas (a maior parte das suas próprias famílias), mantendo, contudo, o controle administrativo e econômico dessas empresas, provas inferidas a partir da análise de um conjunto formado por documentos de constituições de sociedades e alterações contratuais posteriores, todos arquivados na JUCEB.

Desta forma, o débito foi apurado, de forma retroativa, por motivo de enquadramento indevido no SimBahia, pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, na forma prevista no artigo 408-S do RICMS/97, por se tratar de contribuinte que se utilizou da dedução do ICMS recolhido pelo Regime do SimBahia.

O lançamento fiscal está fundamentado nos artigos abaixo:

Lei 7.357/98:

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

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.”

RICMS/97:

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

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

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.”

Portanto, pelo que se vê, para um contribuinte se enquadrar no Regime do SIMBAHIA, instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, é necessário que ele atenda às condições e limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e simplificado dado pelo citado Regime é um benefício

fiscal condicionado, sob pena de ser desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso.

Esse desenquadramento será feito de ofício e com efeitos retroativos, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interpostas pessoas, para efetuar a sua opção pelo Regime do SimBahia (art. 22, IV, combinado com o art. 15, II e IV, tudo da Lei nº 7.357/98). Dessa forma, vê-se que o desenquadramento de ofício tem respaldo legal.

No presente caso, como dito acima, a ação fiscal está baseada no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 0063/2010 subscrito pela Inspetoria da INFIP – Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, demonstrativos, documentos de fls. 11 a 20 do PAF.

No decorrer da investigação, confirmou-se que as empresas integrantes do grupo utilizaram interposição fictícia de pessoas na sua constituição, promovendo o fracionamento do negócio com o objetivo de possibilitar o enquadramento indevido no regime simplificado de apuração de tributos e que, posteriormente, o relatório que originou o Boletim de Inteligência Fiscal foi encaminhado à Procuradoria Geral do Estado (PGE) para emissão de parecer opinativo sobre o desenquadramento das empresas integrantes do GRUPO BÁSICA HOME do sistema SIMBAHIA / SIMPLES NACIONAL, visando à cobrança da diferença de ICMS com base no regime normal de apuração, no qual a PGE concluiu que as empresas em análise, desde a sua constituição, foram capitaneadas por Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho, CPF 293.554.604-06, e sua esposa Roberta Meira Pinto Coelho, CPF 431.332.784-91, figurando os demais sócios das empresas como meros coadjuvantes, com vistas a escamotear os verdadeiros sócios (fls. 22 a 25). Relacionaram as empresas que integram o GRUPO BÁSICA HOME (fls. 13 e 14).

Também consta no Boletim de Inteligência Fiscal o histórico da composição societária das empresas do grupo (fls. 15 a 17), ficando demonstrado, de modo inequívoco, o grau de parentesco ou de relacionamento, dos sócios com todas as demais pessoas integrantes das sociedades.

Nos termos da Lei nº 7.357, de 4 de novembro de 2008, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante, a vinculação entre empresas pode ocorrer na forma de participação do capital dos sócios, ou mesmo na forma de participação administrativa dos sócios.

Na presente situação, os sócios do autuado, ou participam diretamente do capital das demais empresas que compõem o grupo, ou têm ingerência, na condição de administrador da sociedade ou representação em decorrência do *pátrio poder*, como está demonstrado no Boletim de Inteligência Fiscal. Todos os documentos, tais como Contrato Social e Alteração Contratual, que comprovam essas situações estão anexados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Constata-se, também, que o Sr. Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho participou, na condição de avalista, fiador e principal pagador de contratos de locação relativos às empresas do grupo, nos períodos em o mesmo não integrava formalmente os seus respectivos quadros sociais. Note-se também a constatação de coincidências de endereços entre empresas do grupo (fls. 17).

Diante de tal conclusão, a Infaz de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl.29), com fundamento nos artigos 15, II, III e IV, e 22, parágrafo único, da Lei nº 7.357/98, e nos artigos 406-A, 407-A, 408-P, 408-Q, 408-S, combinado com o artigo 915, III, IV e V, “a” e “c”, do RICMS/97, e cientificou o autuado, para no prazo de 30 (trinta) dias impugnar a exclusão a que se refere o citado Termo.

Logo, o preposto fiscal que lavrou o auto de infração objeto deste PAF, apenas deu cumprimento à Ordem de Serviço nº 513422/10, tomando por base para sua ação fiscal as conclusões obtidas por meio do Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 0063/2010, datado de 05 de abril de 2010.

Portanto, o autuante deu estrito cumprimento à recomendação constante no RIF, desenquadrandoo o autuado, com base no artigo 408-P, do RICMS/97, fato comprovado por meio de farta documentação e provas anexadas aos autos, destacando-se que o Relatório de Investigação Fiscal nº 063/2010 da SEFAZ/INFIP (fls.12 a 20) demonstra que houve a interposição de pessoas na

formação societária de diversas empresas com o objetivo de burlar o Regime do SimBahia. Nessa situação, a legislação estabelece que o imposto deve ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, conforme art. 408-S, do RICMS/97.

O débito do exercício de 2005 está demonstrado na planilha de fl. 05, e corresponde à diferença entre o valor do imposto recolhido pelo Regime do SimBahia e o devido pelos critérios e alíquotas do regime normal de apuração, cujos números o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco.

Cumpre observar, no tocante à multa pelo descumprimento da obrigação principal, que o autuante incorreu em equívoco ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo 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 fica retificado o percentual da multa para 100%.

Portanto, a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal é prevista no artigo 42, inciso IV, “j” da Lei nº 7.014/96. Infração procedente.

Quanto ao mérito da infração 2, as considerações acima também são pertinentes, além do que a presunção legal estabelecida no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 não foi contestada especificamente, e “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

As planilhas comparativas de vendas, por meio de cartão de crédito/débito, estão anexas, bem como o Relatório TEF Diário, recebido em 15/12/2010, fl.08.

Saliento que o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco no levantamento efetuado pelo autuante, na fl. 06, “Planilha Comparativa de Vendas” por meio de cartão de crédito/débito. Infração não elidida.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206925.0016/10-7, lavrado contra **ARTE E BANHO ARTIGOS DE BANHEIROS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$8.088,86, acrescido da multa de 100% sobre R\$1.905,12 e de 70% sobre R\$6.183,74 previstas no art. 42, IV, “j”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR