

A. I. Nº - 206925.0020/10-4
AUTUADO - VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 09. 06. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0155-01/11

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. Constatada a opção pela condição de empresa de pequeno porte com a interposição de pessoas na formação societária de diversas empresas, com o objetivo de burlar o Regime do SimBahia. Imposto apurado com base nos valores das operações consignadas no livro Registro de Saídas, mediante a aplicação da alíquota de 17%, deduzidos os valores recolhidos através do SimBahia, desde a ocorrência do fato que ensejou o desenquadramento, conforme determina a legislação. Infração caracterizada, com base em Boletim de Inteligência Fiscal que contém os requisitos essenciais para a validade do lançamento tributário, cujos números não foram contestados pelo sujeito passivo. Retificada, de ofício, a multa indicada para esta infração para aquela prevista no art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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 subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário que correspondeu ao ICMS no valor de R\$32.605,90, acrescido da multa de 70%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – efetuou o recolhimento do ICMS a menos, em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do imposto (SimBahia), porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares desse regime, fato comprovado mediante ação fiscal, ficando sujeito ao pagamento do tributo que seria devido sem o tratamento tributário daquele regime, tendo em vista que o contribuinte se inscreveu indevidamente como empresa de pequeno porte, no SimBahia, conforme documentos acostados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6, em relação aos meses de janeiro a abril, novembro e dezembro de 2005, exigindo-se o imposto no valor de R\$16.451,92;

02 - deixou de recolher o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos citados cartões, nos meses de janeiro, fevereiro, julho, agosto e setembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$16.153,98.

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 43 a 56, alegando que cabendo ao contribuinte o dever de apurar e antecipar o pagamento do ICMS, este tributo é classificado na modalidade de lançamento por homologação, na forma do art. 150 do CTN. Assim, o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário, através do Auto de Infração lavrado em 20/12/2010, cuja ciência ocorreu em 07/01/2011, não pode alcançar lançamentos anteriores a esta data, motivo pelo qual devem ser excluídos os fatos geradores ocorridos em 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 30/11/2005 e 31/12/2005.

Para embasar sua tese utiliza-se de julgados emanados do DRJ/PA, DRJ/Brasília e do STJ, realçando que tanto na instância administrativa, quanto na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, pois não se admite que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a cinco anos. Assim, espera, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados e referentes aos mencionados períodos, uma vez que já ultrapassaram aquele limite.

Salienta que se refere a uma empresa que se sujeita ao pagamento de diversos tributos previstos em lei, dentre eles o ICMS, sempre honrando os seus pagamentos, não apresentando qualquer débito tributário inscrito em Dívida Ativa.

Realça 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*”. Frisa que na intimação sequer constou qualquer número de regular processo administrativo precedente, apenas informando sobre o boletim de inteligência fiscal, ao qual lhe foi negado acesso, o que impossibilitou o perfeito conhecimento da acusação.

Assevera que a acusação, na forma como lançada, é completamente descabida, haja vista que o impugnante é constituído pelos seus legítimos sócios, todos possuidores de direitos e obrigações. Ressalta que em nenhum momento se fez qualquer produção de prova, pelo menos com a participação do impugnante, o que se mostra fundamental, já que sua exclusão do SimBahia lhe acarretaria um pesado ônus, a exemplo do presente Auto de Infração.

Consigna que a sua exclusão, com efeito retroativo, publicada no Diário Oficial do Estado, foi totalmente inesperada, além de injustificada. Transcrevendo o art. 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72, observa que a autoridade fiscal decretou a sua exclusão do SimBahia, informando 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, configurando-se em cerceamento de defesa, haja vista que o acesso a tais informações é de extrema importância para que o autuado possa produzir uma prova em contrário. Nesse sentido transcreve as ementas relativas aos processos Ac. 104-16.184 e Ac. 303-3083.

Registra 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 regime como forma indireta para cobrança de tributo, em ofensa a diversos precedentes jurisprudenciais, como a recente decisão exarada pelo Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF), onde autuação que alega ser semelhante ao presente caso foi julgada improcedente.

Salienta que tanto a legislação 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 a produção de prova robusta e inequívoca acerca do seu cometimento, para justificar a aplicação de tão dura penalidade, prova esta que deveria ter sido disponibilizada.

Após citar trecho da obra de Hugo de Brito Machado, onde é ressaltada a importância da fundamentação das decisões pela autoridade administrativa, aduz que a doutrina elabora a tese de que, em obediência aos princípios da legalidade e do devido processo legal, cabe a quem alega o ônus da prova. Traz à colação palavras proferidas por Paulo de Barros Carvalho e Paulo Celso B. Bonilha a respeito do assunto.

Diz que se fazia imprescindível que tivesse o perfeito conhecimento dos fatos imputados “de modo a propiciar a ampla defesa”, pois com exceção da presunção legalmente tipificada, meros indícios não têm valor probante para apoiar qualquer procedimento, especialmente quando se trata de ilícito tributário, em que não foi dado ao acusado qualquer oportunidade para defesa.

Conclui que o procedimento de exclusão, por meio da intimação, mostra-se, no mínimo, arbitrário, para não dizer um verdadeiro abuso de poder, uma vez que sua exclusão, com efeito retroativo, do sistema simplificado de apuração de ICMS, resultará em incomensuráveis prejuízos, sem que ao menos lhe fosse oportunizada a ampla defesa.

Ressalta que os dois sócios do impugnante são efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes a tal atividade, participando da empresa, como prevê o contrato social, na proporção de suas respectivas participações, em conformidade com o Código Civil de 2002, estando as cotas devidamente lançadas em suas declarações de imposto de renda.

Ressalta que, deste modo, não há qualquer cometimento de infração por parte do impugnante ou de seus sócios, que enseje a sua exclusão do referido regime, razão pela qual o termo de exclusão deve ser revisto, de imediato, com a devida preservação do contribuinte no regime. Ressalta que o pleito é urgente, haja vista que a retroação dos efeitos da exclusão trará danos imensuráveis.

Pelo princípio da eventualidade e por amor ao debate, caso não seja acolhido o pedido de reconsideração do termo de exclusão, solicita que se considere que os efeitos da exclusão não poderiam retroagir para prejudicar o contribuinte, conforme jurisprudência citada, conforme ementas que transcreveu, relativas aos processos AC 199934000071964 e REsp 996098/RS.

Frisa que a jurisprudência vem se posicionando no sentido de que o contribuinte não pode ser penalizado pela falta de atuação do Fisco, que ao aceitar a adesão ao sistema simplificado de pagamento de tributos, admite que o contribuinte possua todos os requisitos para permanecer no sistema. Alega que ao longo dos últimos anos sofreu modificações no seu quadro societário, porém a intimação sequer indicou qual ou quais dos sócios estaria sendo utilizado como “interposta pessoa” para, pelo menos, limitar a exclusão à ocorrência da situação excludente (ingresso da interposta pessoa no quadro societário).

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, pelo reconhecimento, em preliminar, de decadência total do débito, ou pela inexistência de causa comprovada de exclusão do SimBahia, na linha do apontado precedente deste CONSEF.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 68 a 76, esclarecendo, inicialmente, que o contribuinte foi excluído do SimBahia através do Processo nº 482215/2010-2, com base nos artigos 15 e 22, parágrafo único da Lei nº 7.357/98, bem como nos artigos 406-A, 408-L, 408-P, 408-Q e 408-S do RICMS/BA, sendo a exclusão motivada por irregularidades apontadas no Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, onde foi apurado que o estabelecimento, participando de um conglomerado de empresas, utilizou-se de interpostas pessoas na sua constituição.

Destaca que o referido processo seguiu todos os trâmites legais para a matéria em questão, sendo 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. O autuado apresentou Recurso Administrativo, entretanto o seu pedido de suspensão da exclusão foi indeferido, pois suas alegações não elidiram as provas apresentadas pelo Fisco de que foram utilizadas interpostas pessoas na constituição das empresas participantes do Grupo Básica Home, considerando que o

somatório das receitas desses estabelecimentos ultrapassou o limite legal de enquadramento no sistema, em todos os períodos analisados. Em seguida, foi emitida a Ordem de Serviço nº. 513427/10, determinando a apuração do imposto devido, de forma retroativa.

Observa que o autuado não contestou os dados constantes do Demonstrativo da Apuração do ICMS – Desenquadramento SimBahia (fl. 05), que foram apurados com base na diferença do ICMS entre o sistema de apuração normal e o sistema que foi efetivamente utilizado pelo contribuinte, ou seja, através do SimBahia. Tampouco rebateu os dados da Planilha Comparativa de Vendas Por Meio de Cartão de Crédito/Débito (fl. 06), que serviu de base para a infração 02.

Contesta a alegação de decadência, esclarecendo que o Auto de Infração foi registrado em 20/12/2010, não tendo o autuado tomado ciência antes do dia 07/01/2011 devido às dificuldades causadas pelo próprio contribuinte para assinar o Auto de Infração (fl. 30). Entende que o autuado está equivocado, pois a autuação não ultrapassou o limite legal de cinco anos, devendo-se atentar para o fato de que as infrações apuradas decorrem de fraude, dolo ou simulação praticada pelo contribuinte, sendo aplicado, portanto, o art. 150, § 4º combinado com o art. 173, inciso I, todos do CTN, como preconiza o item 2 da decisão proferida pela Ministra Eliana Calmon, citada pelo próprio autuado à fl. 47, isto é: “*2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.*”

Realça que, assim, 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, I do CTN), estando, pois, a exigência fiscal conforme o rigor legal, em decorrência dos mecanismos de fraude utilizados pelo autuado para auferir indevidamente os benefícios fiscais do SimBahia.

Ressalta que na sua defesa, o autuado insurgiu-se contra o Boletim de Inteligência Fiscal nº. 63/2010, que motivou a sua exclusão do regime SimBahia, relatando os mesmos motivos constantes do Processo nº 482215/2010-2, referente ao seu desenquadramento do regime, 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.

Entende ser o Termo de Exclusão do SimBahia o competente instrumento legal, necessário e suficiente, que autoriza a lavratura do Auto de Infração, tornando-o procedente, apesar das razões apresentadas na defesa, que versam sobre temas exauridos nas discussões anteriores.

Apesar de entender que não cabe aqui a apreciação adjetiva ou de mérito do citado boletim, pois eventuais esclarecimentos deverão ser encaminhados ao órgão que lhe deu origem, ou seja, a própria INFIP [Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa], discorre a respeito de alguns pontos que entende ser úteis ao julgamento da lide.

Frisa que a defesa não aborda todos os aspectos apontados no citado Boletim de Inteligência Fiscal, limitando-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 sua exclusão do regime simplificado, com efeito retroativo, o que configuraria cerceamento do direito de defesa.

Assevera que o referido Termo de Exclusão faz referência e está estribado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, não procedendo a alegação do autuado quanto à falta de fundamentação daquele instrumento administrativo, uma vez que as justificativas da exclusão do contribuinte estão devidamente arroladas e analisadas no referido Boletim, cuja cópia foi entregue ao autuado no momento da ciência do Auto de Infração, sendo-lhe, pois, dadas todas as oportunidades para apresentar a sua defesa quanto às acusações constantes do Auto de infraction.

Diz que de forma contrária à afirmada pelo autuado, os fatos que ocasionaram a sua exclusão 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, não existindo ilegalidade alguma na ação fiscal.

Argumenta que existem provas concretas e documentadas no 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 o imposto devido mensalmente. Para atingir tal objetivo, o grupo de empresários fracionou o negócio, constituindo empresas, mediante interposição de pessoas (a maior parte das próprias famílias), mantendo, o controle administrativo e econômico das empresas. E tais acusações não se baseiam em suposições, mas em provas oriundas da análise do conjunto de documentos de constituição de sociedades e alterações contratuais, arquivados na JUCEB.

Comenta que no direito existe a prova no sentido de fonte de prova, que se constitui na origem da prova, podendo se referir a coisas, pessoas, documentos, etc. Há a prova como meio de prova, que é a técnica de se extrair a prova de sua fonte e transplantá-la no processo, para proporcionar ao julgador o conhecimento da verdade dos fatos, para alicerçar o seu convencimento. E há prova como resultado, que se traduz na convicção do julgador, formada a partir das provas produzidas no curso do processo. Apresenta a definição do termo “prova judiciária”, extraída da obra de Moacyr Amaral Santos.

Realça que os documentos imprescindíveis à formação do convencimento, alicerçado na verdade real, estão anexados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6, referindo-se a documentos de fé pública, elaborados pelo próprio autuado, arquivados nos órgãos competentes, sendo incontestáveis.

Destaca que o CONSEF tem reiteradamente proferido decisões no sentido de declarar a procedência de Autos de Infração lavrados em questões da mesma natureza, conforme diversos julgados, cujas ementas e resoluções transcreveu.

Quanto ao pedido para que a apuração dos débitos não seja feita de forma retroativa, frisa que esse pleito se encontra em total descompasso com a realidade, primeiro porque a jurisprudência que utilizou refere-se aos contribuintes enquadrados no Simples e não no Simples Nacional e, tampouco, no SimBahia, tratando-se, portanto, de legislação diversa da aplicada neste processo. Mesmo porque, o Simples Nacional entrou em vigor a partir de 01/07/2007.

Consigna que o segundo Acórdão utilizado se refere a uma cobrança de diferença de tributo, ensejada por uma alteração de critério jurídico por parte da administração, não cabendo a retroatividade da exigência fiscal, situação diferente da fraude praticada no presente caso, que visou, de forma deliberada, reduzir o ICMS devido.

Alega que com base no Boletim de Inteligência Fiscal, durante a investigação de denúncia de que a empresa Básica Home Comércio de Móveis Ltda., Inscrição Estadual 54.376.726, havia vendido mercadorias sem emitir notas fiscais, foram identificados sócios comuns no quadro societário de outras empresas, com as quais a Básica Home mantinha vínculos econômicos e administrativos, todas elas registradas como empresas de pequeno porte no SimBahia e, depois, no Simples Nacional. Posteriormente, confirmou-se que as referidas empresas 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.

Em seguida, o relatório que originou o citado Boletim foi encaminhado à Procuradoria Geral do Estado (PGE) para emissão de parecer opinativo sobre o desenquadramento das empresas integrantes do Grupo Básica Home do SimBahia/Simples Nacional, para que se exigisse a diferença de ICMS, com base no regime normal de apuração. Destaca que a PGE concluiu que tais empresas, 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).

Salienta que são as seguintes as empresas que integram o referido grupo econômico (fls. 13/14): AB Acessórios de Banheiros Ltda., IE 057.419.798; Arte e Banho Artigos de Banheiros Ltda., IE 040.363.662; Básica Home Comércio de Móveis Ltda., IE 054.376.726; Designer's Artigos de Decoração Ltda., IE 048.217.549; Designer's Artigos de Decoração Ltda., IE 050.242.719; Via Metal Comércio de Ferragens Ltda., IE 044.984.795.

Observa que consta daquele Boletim o histórico da composição societária das empresas do grupo (fls. 15 a 17), ficando perfeitamente demonstrado o grau de parentesco ou de relacionamento, de Paulo Roberto Cunha e Roberta Meira Coelho, com todos os demais integrantes das sociedades.

Salienta que no caso do estabelecimento autuado, no período fiscalizado, constam como sócios, o próprio Paulo Roberto Cunha e seu filho menor Vítor Meira Pinto Coelho, CPF 026.870.315-83. Lembra que de acordo com o art. 15 e incisos da Lei nº 7.357/2008, perderá o direito ao tratamento tributário previsto no regime, a empresa que incorrer nas seguintes situações: efetue operações cujo somatório exceda aos limites estabelecidos no art. 2º da Lei; que optar pelo enquadramento no regime, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas; cuja administração seja exercida por titular ou sócio de empresa, mesmo já extinta, que tenha auferido receita bruta global superior ao limite de enquadramento; constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios; e que incorra na prática de infrações de natureza grave, a critério da autoridade competente.

Conclui que, segundo esses dispositivos, a vinculação entre empresas pode ocorrer na forma de participação do capital dos sócios, ou na forma de participação administrativa dos sócios. Assim, os sócios do autuado, ou participam diretamente do capital das demais empresas do grupo, ou têm ingerência na condição de administradores da sociedade ou representação em decorrência do pátrio poder, como está demonstrado no Boletim. Realça que as provas dessas situações, como Contrato Social e Alteração Contratual, estão anexados ao Processo nº 219275/2008-6.

Completa que Paulo Roberto Cunha participou, na condição de avalista, fiador e principal pagador de contratos de locação relativos às empresas do grupo, quando não integrava formalmente os seus quadros sociais. Chama a atenção para coincidências de endereços das empresas do grupo (fl. 17).

Apresenta as seguintes indagações: “*Como os menores impúberes Vítor Meira Pinto Coelho, Paulo Roberto Meira Pinto Coelho e Lucas Meira Pinto Coelho, integrantes do quadro social de empresas do grupo e filhos de Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho e Roberta Meira Pinto Coelho, poderiam ter todos os direitos e obrigações inerentes à atividade empresarial, como é afirmado pelos representantes da Autuada (fl. 53)? Sequer consta das 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 (fl. 23). Se isso não é interposição de pessoas, o que é então?*”

Realça ter ficado demonstrado, com base no Processo 219275/2008-6 e no Parecer da PGE/PROFIS (fls. 22 a 27), que houve irregularidades na constituição das empresas do Grupo Básica Home, devido ao uso de interpostas pessoas na composição dos quadros sociais, a fim de disfarçar os verdadeiros sócios, possibilitando o fracionamento do negócio, com redução da receita bruta declarada, e consequente enquadramento no regime simplificado de apuração do imposto. E como esse fato é motivo suficiente para exclusão de ofício do regime, conclui que a ação fiscal é inteiramente lícita.

Reprisa que o autuado não contestou o Demonstrativo de Débito (fl. 03), limitando-se a tentar desqualificar o Boletim de Inteligência Fiscal, que serviu de base ao processo de exclusão do SimBahia. Por outro lado, o débito apurado tem suporte em documentos da escrita fiscal do próprio contribuinte (fl. 09), ou da base de dados da SEFAZ (arrecadação), não havendo qualquer mácula na fundamentação técnica e jurídica dos levantamentos e documentos que compõem o processo.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade, sob a alegação de que teria ocorrido cerceamento do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, haja vista que o lançamento se encontra em conformidade com as diretrizes emanadas do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em especial o seu art. 39, não ocorrendo, ademais, ofensa a nenhum dos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

No que se refere à arguição de nulidade, com base na assertiva de que o procedimento fiscal embasado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, estaria carente de elementos probatórios, ressalto que o referido processo de investigação se encontra presente aos autos, sendo que a sua cópia foi entregue ao impugnante no momento da ciência do Auto de Infração, conforme atesta o Termo de Intimação à fl. 36, o que confirma que o contribuinte teve todas as oportunidades para apresentar a sua defesa quanto às acusações constantes do Auto de Infração, de modo que o resultado da investigação foi devidamente cientificado ao autuado, ao qual, inclusive, foi concedido prazo para se manifestar sobre os resultados apurados. Deste modo, não ocorreu a alegada insuficiência de provas ou qualquer tipo de limitação ao exercício do contraditório.

Acrescento, ademais, que a presente análise e o respectivo julgamento estão voltados exclusivamente para o lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração, que decorreu do desenquadramento do contribuinte da condição de empresa de pequeno porte, alteração que também lhe foi devidamente informada. Assim o lançamento encontra-se constituído de forma legítima, pois foram atendidos os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e da garantia da ampla defesa.

No que se refere à citação pelo impugnante de decisões procedentes de diversas esferas de julgamento, enfatizo que todos eles se reportam a situações diversas do objeto tratado na presente lide, sendo um exemplo aqueles que serviram para apoiar a afirmação de que os efeitos da exclusão efetivada pela Repartição Fazendária não poderiam retroagir para prejudicar o contribuinte. Isto, porque quem deu causa à situação aqui sob discussão foi o próprio contribuinte, que desde os procedimentos correspondentes à constituição das diversas empresas, com a utilização de interpostas pessoas, visando ao pagamento do tributo estadual com base em regime tributário simplificado, impediu, de início, que a Administração Tributária, naquele momento, constatasse a irregularidade procedural dos contribuintes.

Verifico que o impugnante suscitou, em caráter preliminar, que os valores exigidos por meio da presente autuação não são devidos, por já se encontrarem definitivamente extintos, em decorrência da decadência do direito de o Fisco lançar, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN). Deste modo, devo apreciar a arguição defensiva de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário já houvera decaído, conforme discorro em seguida.

As disposições contidas no artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97), prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Também o § 5º do artigo 107-B do COTEB, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 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. Deste modo, resta afastada a alegação de ilegalidade da legislação tributária do Estado da Bahia, pertinente à matéria.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, inciso I do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcançou o exercício de 2005, o que significa que a contagem

iniciou-se em 01/01/2006, com termo final em 31/12/2010. Como o contribuinte tomou conhecimento da ação fiscal em 04/10/2010, conforme Termo de Início de Fiscalização (fl. 10) e o Auto de Infração foi lavrado em 15/12/2010, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há o que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme sugerido pelo autuado.

Saliento que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05 e 0192-11-05, e mais recentemente o Acórdão CJF 0144-11/09, cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade reproduzo abaixo:

“VOTO”

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrita, in verbis:

“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.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data venia, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Ressalto que além da conclusão acima delineada, mesmo o dispositivo do CTN utilizado pelo autuado para alicerçar a sua tese, não lhe dá amparo, haja vista que no presente caso o fato que levou à apuração das diferenças do imposto lançadas no Auto de Infração, se originou da constatação de que o contribuinte simulação a constituição de empresas para burlar o Regime do SimBahia, o que se constitui em uma fraude, e nesta situação, o art. 150, § 4º do CTN, mencionado pelo impugnante, estabelece que o lançamento somente será considerado homologado e extinto o crédito, caso não reste “*comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*”

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário, por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

Verifico que o Auto de Infração contém duas imputações, que decorreram de ação fiscal recomendada como resultado de análise levada a efeito por meio de processo de investigação, que visava apurar denúncia quanto à formação de um grupo composto por cinco empresas, que abrangem oito estabelecimentos, que teriam sido reunidas para fraudar o sistema de apuração do imposto estabelecido através do Regime do SimBahia. Como resultado da investigação foi demonstrado que o grupo de empresas tinha como sócios o Sr. Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho, CPF 293.554.604-06, e sua esposa, a Sra. Roberta Meira Pinto Coelho, CPF 431.332.784-91, os quais se utilizaram de seus familiares, além de outras pessoas, na forma de "interpostas pessoas", objetivando não extrapolar o limite da receita bruta ajustada permitido pelo Regime do SimBahia, tudo em conformidade com o Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010.

Observo que a investigação conduzida pela INFIP (Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa), órgão da Secretaria da Fazenda, se desenvolveu através do Relatório de Investigação Fiscal nº 0022/2008. E, após a conclusão da referida investigação, tendo sido comprovada a prática do ilícito por parte do contribuinte, foi solicitada à Procuradoria Geral do Estado - PGE/PROFIS -, por meio do Processo de nº 219275/2008-6, que emitisse parecer atinente ao assunto em tela.

Vejo que ao emitir o respectivo Parecer PGE/PROFIS (fls. 22 a 25), a eminent Procuradora Dra. Leila Von Söhsten Ramalho mostrou, de forma cristalina, que os resultados apurados no processo de investigação conduziam, inevitavelmente, à apuração dos valores do tributo estadual devidos por cada uma das empresas constitutivas do referido grupo empresarial. Faço questão, assim, de transcrever trechos do referido Parecer, que se mostram bem elucidativos:

“... as empresas em questão, não apenas hoje, mas desde a sua constituição, foram capitaneadas por Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho e Roberta Meira Pinto Coelho, figurando os demais integrantes das sociedades como meros coadjuvantes, ali inseridos com vistas a escamotear os verdadeiros sócios.

(…)

... cuida-se, aqui, de **constituição fictícia** de empresas, pois que criadas separadas e independentes quando deveriam ter sido constituídas como uma única empresa ou como um grupo empresarial explícito, sujeitando-se, assim, à soma das suas receitas brutas para fins de verificação do seu regime de apuração do ICMS.

... uma vez detectado que as receitas brutas das empresas em questão, somadas, excedem o teto estabelecido para inserção no regime simplificado de apuração, ..., resta autorizado, tal como estabelecido pelos arts. 393-E e 408-L do RICMS/BA e 5º e 6º da resolução CGSN nº. 15/07, o desenquadramento dos aludidos contribuintes da sua condição de EPP, com a consequente cobrança do ICMS segundo o regime normal de apuração, conforme a regra constante dos arts. 408-P e 408-S do mesmo RICMS/BA.”

E no Despacho de fls. 26 e 27, o ilustre Procurador Assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior assim se expressou:

“Entretanto, em que pese anuir à remessa do feito ao Ministério Público, entendo imperioso o envio do feito à Inspetoria da Circunscrição Fiscal do contribuinte,

para efetivação do lançamento tributário referente ao débito devido pelo grupo econômico, uma vez que, tratando-se de crimes contra ordem tributária de crimes de resultado material, deve restar comprovado, após regular término do Processo Administrativo Fiscal, a redução ou supressão do imposto disposta no tipo penal.”

Em suma, do resultado de toda a análise dos eventos em questão, ficou estabelecido que o enquadramento do autuado naquele regime houvera se dado de forma ilícita, o que motivou o seu desenquadramento da condição de empresa de pequeno porte, de forma retroativa, com o subsequente cômputo dos valores concernentes ao tributo estadual, com base no regime normal de apuração.

Constatou, assim, que o Auto de Infração se encontra fundamentado na exclusão do contribuinte do Regime do SimBahia, conforme estabelecem os artigos 408-L, 408-P e 408-S do RICMS/BA, haja vista que restou evidenciado que sócios do estabelecimento autuado, tanto participam diretamente do capital das demais empresas que compõem o referido grupo econômico, como têm ingerência, na condição de administradores da sociedade ou representação em decorrência do próprio poder, informações estas fartamente demonstradas no citado processo de investigação, que, inclusive, esclarece que todos os documentos, tais como Contratos Sociais e Alterações Contratuais, que atestam essas situações, se encontram anexados ao Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, cuja ciência do autuado se encontra comprovada nos presentes autos.

Assim, conforme bem assinalou o autuante, e de forma diversa daquela aventada pelo contribuinte, o citado relatório se baseou em provas robustas e documentadas, as quais foram obtidas através de cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, e que comprovam que o autuado se utilizou de artifícios para burlar a legislação do SimBahia, objetivando seu enquadramento como empresa de pequeno porte, o que lhe possibilitou reduzir o ICMS decorrente das vendas realizadas, a recolher a cada período de apuração.

Enquanto isso, a presente ação fiscal está alicerçada tanto no Relatório de Investigação Fiscal nº 0022/2008, no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010 e no Termo de Exclusão do SimBahia, este devidamente publicado no Diário Oficial do Estado e de cujo teor foi dada ciência ao autuado, que inclusive o impugnou, de demonstrativos, levantamentos e documentos, elementos esses que se constituem em provas bastante, para caracterização das infrações imputadas ao contribuinte.

Uma análise de tais provas indica que a investigação teve como objetivo apurar denúncia originária da INFRAZ VAREJO, quanto à existência de um Grupo Econômico liderado pelos Srs. Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho e Roberta Meira Pinto Coelho, que se utilizaram de seus familiares e de outras pessoas na forma de "interpostas pessoas", para cadastrar várias empresas no mencionado regime tributário.

Verifico que com base na legislação que rege a matéria, o preposto fiscal designado para realizar a investigação, somou a receita bruta ajustada das empresas de pequeno porte que tinham como responsáveis efetivas as mencionadas pessoas, além das empresas que tinham em seu quadro societário familiares dos mesmos empresários e outras pessoas físicas, entretanto detinham participação efetiva, constatando que, realmente, não estavam sendo respeitados os limites estabelecidos para o Regime do Simbahia.

Vejo que no Boletim de Inteligência Fiscal constam fartos detalhes sobre o desenvolvimento da apuração dos fatos, que se iniciou em atenção à denúncia de que a empresa Básica Home Comércio de Móveis Ltda. efetuava vendas de mercadorias sem emissão dos respectivos documentos fiscais; é mostrada a análise do vínculo entre as empresas envolvidas no grupo Grupo Econômico Básica Home; é detalhado minuciosamente o histórico da composição societária das empresas ligadas ao referido grupo; são apontados todos os elementos indicíarios da fraude apurada; é apresentado um organograma dos vínculos por parentesco das pessoas envolvidas na composição societária de cada uma das empresas com os empresários acima nominados; é delineado o controle acionário das empresas; é apontado o enquadramento indevido no SimBahia/Simples Nacional; são indicados os

cálculos com base na receita bruta ajustada; e, por fim, são apresentadas as conclusões, informando que a fraude perpetrada objetivava ocultar a participação dos efetivos sócios, acima nominados, de modo a permitir o enquadramento indevido das empresas no SimBahia/Simples Nacional..

Constatou que o contribuinte foi notificado a respeito de sua exclusão do citado regime, por meio do Diário Oficial do Estado, tendo sido concedido o prazo de 30 (trinta) dias para impugnar a exclusão. Apesar de o autuado ter apresentado recurso administrativo, o seu pedido de suspensão da exclusão do SimBahia foi indeferido, uma vez que suas alegações não bastaram para elidir as provas de que se utilizara de interpostas pessoas na constituição das empresas. Acrescento que o aludido procedimento levado a efeito pela Repartição Fazendária encontra-se respaldado nos artigos 15, incisos II, IV e V e 22, inciso IV da Lei nº 7.357/98, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, que seguem abaixo reproduzidos:

“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

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

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

(...)

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

Concluo, desta forma, que ao lavrar o Auto de Infração em lide, o autuante apenas cumpriu a Ordem de Serviço oriunda da Inspetoria Fiscal, baseando-se nas conclusões obtidas por meio do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, para realizar a apuração dos valores efetivamente devidos pelo sujeito passivo. Isto quer dizer que na presente ação fiscal foi seguida, tão somente, a recomendação constante no mencionado Boletim, após o desenquadramento do autuado.

Observo que enquanto o impugnante não se insurgiu contra as duas infrações identificadas pela Fiscalização, o autuante carreou ao processo os elementos que apontam estarem corretos os valores exigidos. Na infração 01 a imposição fiscal tratou do recolhimento a menos do ICMS devido, tendo em vista a perda do direito aos benefícios do SimBahia, com o débito sendo apurado de forma retroativa, a partir do momento no qual ocorreu o desenquadramento, com base no regime normal de apuração do imposto.

Constatou que nessa infração os valores dos débitos se encontram apontados no demonstrativo de fl. 05, onde o autuante indicou os valores das saídas e respectivos débitos, das entradas e consequentes créditos, o ICMS devido, subtraíndo os valores recolhidos a título de antecipação parcial, os valores recolhidos através do Simbahia, e indicando, por fim, o saldo devedor, por período de ocorrência. Observo que o autuado não apontou a existência de quaisquer equívocos nessa apuração. Assim, a infração 01 resta plenamente caracterizada.

Verifico, entretanto, que o autuante se equivocou ao sugerir a multa de 70%, baseada na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, haja vista que a apuração do imposto decorreu do cometimento de infração de natureza grave, de modo que a multa a ser aplicada corresponde àquela

prevista no inciso IV, alínea “j” do mesmo dispositivo legal, pelo que retifico, de ofício, a multa aplicada para o percentual de 100%.

No que concerne à infração 02, a respeito da qual o sujeito passivo também não teceu nenhum comentário, constato, após analisar o demonstrativo de fl. 06, que se originou do fato de o autuante ter verificado que nos meses de janeiro, fevereiro e julho a setembro de 2005 os valores informados à Secretaria da Fazenda por parte das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e de débito, relativos às vendas realizadas por meio desses cartões foram superiores aos montantes consignados pelo contribuinte no seu livro Registro de Saídas.

Observo que nos meses em que houve concomitância de exigência das duas imputações, na infração 02 foram considerados na coluna “vendas declaradas” os montantes computados na infração 01 que geraram os respectivos débitos fiscais pelas saídas.

Assim, baseado na previsão contida no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos, que estabelecia que as saídas de mercadorias em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, foi exigido o ICMS atinente às divergências entre os referidos dados. Por tais razões, mantendo integralmente esta infração.

Dante do exposto, restando comprovado o ilícito correspondente às duas imputações, considero as infrações subsistentes e 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 **206925.0020/10-4**, lavrado contra **VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.605,90**, acrescido das multas de 100% sobre R\$16.451,92 e de 70% sobre R\$16.153,98, previstas nos incisos IV, alínea “j” e III do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR