

A. I. Nº - 110120.0005/10-3
AUTUADO - FILARMÔNICA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 12.08.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0225-04/11

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Restou comprovado que a empresa foi constituída por interposição de pessoa que não era efetivo sócio e foi desenquadrada do regime SIMPLIFICADO por utilizar declaração falsa na sua constituição. O imposto foi apurado corretamente pelo regime Normal com dedução do imposto recolhido no regime que foi desenquadrado. Infração caracterizada. Não acatada a tese defensiva de decadência do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 28/09/10 e exige ICMS no valor de R\$22.528,82, acrescido da multa de 70%, em razão do recolhimento a menos do imposto. Consta, na descrição dos fatos que o imposto foi recolhido a menos, em razão do desenquadramento de ofício da condição de participante do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) para o regime NORMAL.

Após diversas intimações por meio dos Correios e Diário Oficial (fls. 51/67) a sócia Carmem Lúcia Ribeiro Cerqueira por meio de advogados apresenta defesa (fls. 69/80), inicialmente esclarece que o desenquadramento do SimBahia está amparado no Boletim de Inteligência Fiscal (BIF) nº 027/210 o qual foi produzido unilateralmente pelo fisco sem a sua participação.

Afirma que inexiste qualquer ilícito fiscal e que tendo sido notificada em 10/02/11 da exigência de créditos cujos fatos geradores ocorreram entre janeiro a agosto de 2005, tendo sido atingido pelo instituto da decadência nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN).

Transcreve ementas dos REsp 101.407-SP (98.88733-4; RESp 180879-SP do Superior Tribunal de Justiça para reforçar o posicionamento de que em se tratando de tributo sujeito ao regime de lançamento por homologação, o termo inicial do prazo decadencial para o Fisco efetivar o lançamento tributário é contado a partir de cinco anos da ocorrência do fato gerador. Salienta que a regra do art. 173 do CTN aplica-se aos tributos cujo lançamento é feito por declaração, que começa a contar no primeiro dia do exercício seguinte àquele que poderia ter sido efetuado.

No mérito, informa que tomou conhecimento do desenquadramento retroativo do SimBahia com base no Boletim de Inteligência Fiscal 027/10, resumindo que o mesmo acusa que com base em publicação de jornal de 13/06/06 ocorria importação de produtos provenientes de Miami sem pagar tributo ou pagando em valor inferior ao real devido por empresas do Grupo Norberto Som pertencente a Norberto Martins Garrido, Norberto Martins Garrido Filho e Luiz Felipe Badaró Garrido (pai, filho e neto), a despeito de não constar nenhum membro da família no quadro social das empresas Filarmônica e Talk do Brasil constituídas em nome de empregados do grupo, concluindo que os sócios foram constituídos com interposições de pessoas.

Discorre sobre o conceito da “interposta pessoa” na legislação federal e estadual (Regulamento Aduaneiro e art. 408-L do RICMS/BA), pessoa alheia na mediação e consecução de objetivos ilícitos vulgarmente denominados “laranja” ou “testa de ferro”, ou seja, que tem nome e registro

legais usados em transações em benefício de terceiros cuja identidade fica oculta, normalmente de pouca cultura, manipulada ou coagida pelo real beneficiário (caseiro, motorista, empregada doméstica) tendo como requisitos: a) utilização de nome e registro legais de pessoa alheia; b) como meio para obtenção de objetivos ilícitos; c) em favor de um terceiro, que apesar de oculto, mantém o controle e a direção de toda a situação.

Questiona que na situação presente a fiscalização não carreou ao processo qualquer prova de que os sócios da impugnante foram controlados ou coagidos pelos ocultos interessados, tendo em vista que não consta qualquer ato executado pelo sócio oculto demonstrando que exercia o poder gerencial da empresa e o simples fato de haver “registro de sócio como funcionário de outra empresa não pode ser levado como elemento conclusivo da infração apontada”. Ressalta que num país em que um ex-torneiro mecânico se tornou Presidente da República não pode se admitir conclusões apressadas, sem provas de que os sócios eram coagidos ou controlados.

Alega que também não poderia com base em indício de interposição de pessoas exigirem o imposto retroativamente com base no regime normal de apuração do ICMS, o que no seu entendimento constitui procedimento injusto e arbitrário. Contesta a aplicação do disposto no art. 408-P do RICMS/BA fundamentando que o Poder Judiciário adota posição de que ao imprimir sanção ao contribuinte não pode ser aplicada retroativamente, pois viola os princípios da irretroatividade, da confiança e da segurança jurídica. Cita decisões de Tribunais Superiores acerca do desenquadramento retroativo do Simples (Lei 9.317/96) para prejudicar a microempresa.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

A autuante na informação fiscal prestada (fl. 97) comenta os argumentos apresentados na defesa e afirma que no tocante à decadência do Auto de Infração, ressalta que o mesmo foi lavrado em 28/09/10 quando o exercício de 2005 ainda não tinha decaído.

Quanto ao mérito afirma que o desenquadramento do SimBahia tem como suporte os fatos apurados constantes do Boletim de Inteligência Fiscal elaborado pela Inspetoria de Investigação e Pesquisa (INFIP) face à constatação de interposição de pessoas o que conduziu a exigência do ICMS em caráter retroativo com base de cálculo apurado através das vendas declaradas no relatório de detalhamento da Receita Bruta anexado à fl. 8.

VOTO

O autuado na defesa apresentada invocou a decadência do crédito tributário relativo ao exercício de 2005, 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. Observo que o citado dispositivo legal estabelece que “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”.

Por sua vez 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 § 5º dispõe que “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 argüida 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 relativos aos fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/05 a 31/08/05 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/11, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 28/09/10, motivo pelo qual não acolho a decadência suscitada.

Quanto à alegação de que só foi notificada em 10/02/11 e que nesta data já teria se operado a decadência, verifico que de acordo com o art. 142 do CTN, o lançamento tributário é ato administrativo vinculado e obrigatório que objetiva verificar os elementos do fato gerador, calcular o valor do crédito tributário e identificar o sujeito passivo, caracterizando-se como um direito potestativo, do qual o Estado é o titular. O sujeito passivo submete-se aos seus efeitos independente de sua vontade e a exigência do crédito tributário só ocorre após a fluência de prazo para interposição do recurso administrativo sem sua manifestação ou caso interponha recurso, ocorra constituição definitiva do crédito tributário. A partir do momento que foi formalizado o primeiro ato para cobrança do crédito tributário, encerra o prazo decadencial. Concluo que os procedimentos da efetivação do lançamento no âmbito administrativo não condiciona ou depende da adesão da vontade do sujeito passivo, circunstância essa que afasta a necessidade de aposição do ciente no auto de infração para que o lançamento seja considerado existente. Conforme se pode verificar na peça inaugural do processo, o Auto de Infração foi lavrado em 28/09/10, portanto, dentro do quinquênio previsto para que a administração formalizasse a exigência do tributo.

No mérito o Auto de Infração trata da exigência do ICMS apurado pelo regime NORMAL, em decorrência do desenquadramento do contribuinte do regime simplificado (SimBahia).

Observo que na defesa apresentada o autuado não questionou a base de cálculo e o valor do débito apurado pela fiscalização, tendo fundamentado que não ocorreu interposição de pessoas e que mesmo que tivesse o imposto não poderia ser exigido de forma retroativa.

Quanto ao primeiro argumento verifico que conforme consta no Boletim de Inteligência Fiscal em processo de investigação em parceria com a Receita Federal (fls. 25 a 49), a empresa inscrita no SIMBAHIA foi desenquadrada deste regime de apuração do ICMS, em decorrência da constatação de interposição de pessoas no grupo de empresas denominado NORBERTO SOM.

No quadro à fl. 26 foram relacionadas nove empresas vinculadas ao grupo que entre estabelecimentos matrizes e filiais totalizam dezenas de inscrições, sendo que a maior parte encontra-se com situação cadastral baixadas de ofício, inaptos ou suspensos por processo de baixa, inclusive do estabelecimento autuado (Inap/bx/Ind.) cujos débitos com a Secretaria da Fazenda em 27/01/10 perfazem R\$2.714.486,65.

No quadro à fl. 27 foram relacionados por Razão Social e Nome Fantasia (NORBERTO SOM, RACK PLAY e N. GARRIDO) a composição do quadro societário no qual figura como sócios do estabelecimento autuado (Filarmônica Comércio de Equipamentos Eletrônicos Ltda) a Srª Carmem Lúcia Ribeiro de Cerqueira, Ednaldo dos Santos Santana e Telma do Carmo Santos.

Da análise dos elementos constantes do processo, verifico que na cópia do procedimento de investigação, que culminou com o desenquadramento do SIMBAHIA, cujas cópias foram juntadas pela autuante às fls. 25 a 49, foi apurado que:

- a) A empresa foi constituída em novembro/1997 tendo como sócios a Srª Carmen Lúcia Ribeiro de Cerqueira e o Sr. Ednaldo dos Santos Santana, ambos comerciantes conforme contrato social juntado pelo defendant (fls. 84/85), em seguida saída do segundo e entrada da sócia Telma do Carmo Santos (fls. 86/88), também comerciante.
- b) No documento juntado à fl. 28, consta que as Srªs. Carmen Lúcia Ribeiro de Cerqueira (CPF 294.807.285-91) e Telma do Carmo Santos Reis (CPF 328.557.375-91) possuíam vínculos empregatícios com as empresas Som vídeo Comércio de Equipamentos Eletrônicos Ltda, LFBG – Serviços e Comércio de Equipamentos Eletrônicos e Talk do Brasil Comércio e Serviços Ltda., todas elas integrantes do grupo NORBERTO SOM conforme documento à fl. 27;
- c) Em atendimento à solicitação da INFIP no documento às fls. 32/35, a Assessoria de Pesquisa Estratégica e de Gerenciamento de Riscos da Secretaria Executiva da Previdência Social no Ofício 1422/09 confirmou que a Srª Carmen Lúcia com inscrição Principal: 1.209.779.238-5 possuía vínculo empregatício com a empresa Som Video (integrante do grupo NORBERTO

SOM) no período de set/03 a mar/06 e a Srª. Telma do Carmo Santos, vínculo empregatício com a Som Vídeo e Talk do Brasil no período de dez/02 a mai/08.

d) Conforme documento da INFIP à fl. 28, foi informado que a Srª. Telma do Carmo Santos, titular da empresa autuada, declarou que “exercia o cargo de gerente” na citada empresa, situação esta que indicou como “cargo: gerente” em atendimento a intimação de 25/07/06. Esta situação também foi manifestada pelo Sr. Sandro Borges no documento à fl. 39 que afirmou ser “ex-funcionário – vendedor” da empresa Talk do Brasil, também integrante do grupo NORBERTO SOM (vide documentos às fls. 28, 34/35 e 39).

Tendo a fiscalização apurado que as pessoas constantes do Contrato Social como sócios declararam que exerciam atividades de gerente ou vendedor, foi considerado que o montante de receitas do grupo econômico (NORBERTO SOM) superou ao limite estabelecido para as Empresas de Pequeno Porte (EPP) do regime simplificado (SIMBAHIA) no exercício de 2005 (art. 384-A, II do RICMS/BA). Logo, não pode ser acatado o argumento defensivo de não houve interposição de pessoas na constituição das empresas que integravam o grupo econômico, contrariando as regras estabelecidas para usufruir dos benefícios concedidos às empresas integrantes do SIMBAHIA.

Pelo exposto, restou comprovado que no momento que optou pelo enquadramento da empresa no regime SIMBAHIA, foi utilizada declaração falsa, visto que as empresas foram constituídas com interposição de pessoas que não eram sócios efetivos ou proprietários, e é correta a exigência do ICMS apurado pelo regime normal, em conformidade com o disposto nos art. 408-P e 408-S do RICMS/BA.

Quanto ao argumento de que uma vez desenquadradas do Regime Simplificado a fiscalização não poderia apurar e exigir o imposto pelo Regime Normal, verifico que a adoção deste procedimento é prevista nos artigos 15 a 22 da Lei 7.357/98 quando a empresa incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento. Apesar de o impugnante ter citado jurisprudências com outros entendimentos, o procedimento adotado pela fiscalização é legal e deve ser mantido.

Por sua vez, a fiscalização, com base nas disposições regulamentares que amparam a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SIMBAHIA, previstas nos artigos 15, II e IV e 22, IV da Lei 7.357/98, concedeu o crédito de 8% no cálculo do imposto a recolher (sendo assegurada a utilização de crédito em valor diferente, caso o contribuinte comprove a existência de crédito fiscal superior ao previsto de 8%, no art. 19, §§1º e 2º) na aplicação do cálculo do imposto a recolher, tendo deduzido também os valores recolhidos como EPP e ICMS antecipação parcial. Concluo que o procedimento adotado pela fiscalização para a apuração do imposto exigido obedeceu ao que determina a legislação do ICMS.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **110120.0005/10-3**, lavrado contra **FILARMÔNICA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.528,82**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR