

A. I. Nº - 206925.0002/11-4  
AUTUADO - BASICA HOME COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.  
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET 13.10.2011

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0258-05/11**

**EMENTA:** ICMS. 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 societárias de diversas empresas, 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 Lei nº 7.357/98. Infração caracterizada, com base em Relatório de Investigação Fiscal (RIF) que contém os requisitos essenciais para a validade do lançamento tributário. Infração procedente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/06/2011, exige ICMS no valor de R\$ 37.743,73, tendo em vista a constatação de recolhimento de ICMS a menos 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 demonstrativos anexos, no valor histórico de R\$ 37.743,73, multa de 70%, nos meses de setembro/outubro 2006 e janeiro de 2007.

O representante da empresa, com procuração à fl. 52, apresenta defesa, fl. 37 a 51, inicialmente narra a ocorrência dos fatos e se diz surpreso com a exclusão do contribuinte do SimBahia para efeito da cobrança retroativa do ICMS. Completa que a exclusão é injustificada e o ato se limitou a afirmar que o motivo se deu pela constituição da empresa por interposta pessoa, sem fundamentar ou esclarecer tal conclusão, configurando, verdadeiro cerceamento de defesa.

Alega nulidade por cerceamento de defesa, art. 59, II da lei de Processo Administrativo Fiscal (Lei 70.235/72), 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 assim concluiu 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, em situação semelhante.

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 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 trechos de doutrinas dos professores Paulo de Barros Carvalho e Celso B. Bonilha discorrendo sobre o ônus prova como competência fazendária, mesmo naqueles casos em que o fato tributável decorre de presunção legal, sob pena das acusações cairem no campo subjetivo.

Argui que é imprescindível ao autuado 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, oportunidade de defesa.

Assim, o procedimento de exclusão, levado a efeito pela intimação, mostra-se, no mínimo, arbitrário, um verdadeiro abuso de poder, 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, constitucionalmente assegurada.

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. Afirma que, caso não acolhido o pedido de reconsideração do termo de exclusão do SimBahia, 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 sua adesão ao sistema simplificado de pagamento de tributos, está admitindo que este possui todos os requisitos para permanecer no referido sistema.

Diz ainda 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 da empresa).

Lembra a necessidade de suspensão do presente processo que se limita a cobrar a diferença entre o valor recolhido no SimBahia e o valor que deveria ser recolhido, caso a empresa não fosse optante pelo regime, posto que levou o assunto para exame do Poder Judiciário.

Insiste que já houve liminar e sentença no referido Mandado de Segurança, em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública. Assim, nos termos do art. 151, CTN a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa.

Pede a Improcedência do lançamento tributário ou sua suspensão até a definição no Judiciário.

O autuante em sua informação fiscal de fls. 72/81, ressalta que o aludido 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 (Fls. 28), 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 506080/11, 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 do SimBahia (fls. 05/06), 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.

Salienta 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.

Entende que o TERMO DE EXCLUSÃO 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 os temas exauridos nas discussões anteriores.

Afirma 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.

Esclarece que o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMBAHIA (fls. 28) 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. 41), 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.

Frisa 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 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 das empresas. Diz que as acusações não se fundam em suposições, como alega o autuado, mas, em provas inferidas a partir da análise de um conjunto formado por documentos de constituição de sociedades e alterações posteriores, todos arquivados na JUCEB.

Cita Moacyr Amaral Santos para enfatizar que documentos imprescindíveis à formação do convencimento estão anexados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6. Foram elaborados pelo próprio autuado, têm fé pública e arquivados nos órgãos competentes.

Colaciona 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.

Diz que a argüição contra a retroatividade da cobrança, no item 17 da sua defesa (fls. 46 a 48), está completamente em descompasso com a realidade, pois a jurisprudência transcrita se refere aos contribuintes enquadrados no SIMPLES, e não no SIMPLES NACIONAL, tampouco, no SimBahia. Trata-se, portanto, de legislação diversa da aplicada ao processo em pauta. O SIMPLES NACIONAL entrou em vigor a partir de 01/07/2007.

O segundo acórdão trazido pelo autuado refere-se à 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 investigação oriunda de 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 de outras empresas com as quais a empresa Básica Home mantinha vínculos econômicos e administrativos; todas elas registradas no cadastro estadual como empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia e, posteriormente, no SIMPLES NACIONAL.

Ressalta que, no 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, o que, posteriormente originou o Boletim de Inteligência Fiscal. 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, 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 esconder os verdadeiros sócios (fls. 21 a 24).

Empresas que integram o GRUPO BÁSICA HOME estão discriminadas nas fls. 12 e 13.

Assevera constar no Boletim de Inteligência Fiscal, o histórico da composição societária das empresas do grupo (fls. 14 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. No caso específico da empresa BASIC HOME COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA., IE 54.376.726, no período fiscalizado, constam como sócia Cláudia Meira de Vasconcelos Brito (CPF 070.655.154-00), cunhada de Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho.

Salienta que a o art. 15 da Lei nº 7.357, de 4 de novembro de 2008 (SIC!), que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante, estabelece a perda do direito à adoção de tal tratamento tributário quem incorrer nas práticas ali descritas. A vinculação entre as empresas pode ocorrer na forma de participação do capital dos sócios, ou mesmo na forma de participação administrativa dos sócios.

Conclui 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. 16).

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. 22).

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 esconder 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.

Aduz que ao pleitear amparo em processo judicial, deveria ser aplicada a regra do art. 167, RPAF, que diz não incluir na competência dos órgãos julgadores, tal situação.

Observa que o mandado de segurança determina que a Fazenda Estadual deixe de fiscalizar fatos pretéritos. A determinação é para reintegração ao SIMPLES NACIONAL.

## VOTO

A acusação fiscal consignada no lançamento de ofício é de que o autuado cometeu a seguinte infração: “*Recolheu o ICMS a menor em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração – SIMBAHIA*”, e infringiu o disposto no art. 116, 124, I, “a”, art. 406-A, 408-L e 408-P do RICMS-BA e aplicada à multa capitulada no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

O ICMS, assim, está sendo exigido de forma retroativa, face ao enquadramento indevido do estabelecimento no SimBahia, como empresa de pequeno porte, conforme documentos acostados no Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Cumpre antes examinar a preliminar de nulidade argüida pelo autuado sob o pretexto da falta de fundamentação na exclusão do SimBahia, configurando cerceamento do direito de defesa. O direito não socorre as pretensões defensivas. Não se observa, nos presentes autos, quaisquer hipóteses de cerceamento de defesa. Todo o procedimento que culminou com a saída do autuado do regime de apuração simplificada de ICMS foi acompanhado pelo contribuinte, que teve acesso e ciência das provas que embasaram a decisão.

O Termo de Exclusão do SimBahia, de 09.06.2010 (fl. 28), além da publicação no Diário Oficial do Estado, foram atos que culminaram a própria exclusão, mas as provas que serviram à decisão foram colhidas ao longo de vários procedimentos.

Denúncia fiscal registrada na SEFAZ sob nº 4.964, de 08.07.2004, de venda de mercadorias sem a emissão do documento fiscal pela empresa BÁSICA HOME originou o procedimento. Para apurar a denúncia foi elaborado relatório nº 0022/2008. No curso das investigações foram identificados sócios comuns no quadro societário de várias empresas, o que levantou suspeita de vínculos

entre as mesmas. O relatório conclui os indícios de interposição ficta de pessoas na constituição das empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial, cujo desmembramento tinha o objetivo de possibilitar o enquadramento indevido no SimBahia, posteriormente SIMPLES NACIONAL.

Encaminhado o relatório para a Procuradoria Geral do Estado – PGE, a fim de emitir parecer sobre o caso e o consequente desenquadramento das empresas do SimBahia, visando à exigência do imposto com base no regime normal de apuração. O parecer nesse sentido da Procuradora não somente foi integralmente acolhido, em 25.02.2010, mais ainda, da remessa do expediente ao Ministério Público Estadual e o Federal para fins de apuração da ocorrência de crime contra a ordem tributária (fls. 22/26).

Nessa quadra, não há falar em cerceamento de direito de defesa, na exclusão da empresa no SimBahia, posto que o próprio autuado recebeu o competente TERMO DE EXCLUSÃO, com explicitação do motivo: “*constituição da empresa por interposta pessoa*”, além da abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação, constando naquela intimação o número do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063, de 05.04.2010 (fls. 11/19).

Em atendimento ao devido processo legal (ampla defesa e contraditório), foi dada oportunidade de recurso ao contribuinte, visando suspender a sua mencionada exclusão. Suas alegações não foram suficientes para elidir as provas apresentadas pelo fisco, da utilização de interpostas pessoas, na constituição das empresas participantes do GRUPO BÁSICA HOME.

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.

Observo ainda que o autuado, a seu tempo, após investigação exaustiva dos fatos que originaram a sua exclusão do Regime Simplificado de Apuração do ICMS e cobrança retroativa do ICMS (Termo de Exclusão, fl. 28), ingressou em juízo e impetrava Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de suspender os efeitos da exclusão, promovendo a reinclusão no SIMPLES (fls. 65/70). Na concessão da segurança foi confirmada a decisão liminar para que se promova a reinclusão definitiva no SIMPLES NACIONAL (fl. 70).

Não entendemos, no presente caso, que a escolha da via judicial (Processo nº. 0077975-37.2010/M), implique desistência da defesa e cause a extinção do processo administrativo fiscal, nos termos dos artigos 117 e 122, inciso IV, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, restando PREJUDICADA a defesa apresentada. O débito, ora exigido, alcança tão somente o período em que a empresa estava enquadrada no SimBahia. Na concessão da segurança foi confirmada a decisão liminar para que se promova a reinclusão definitiva no SIMPLES NACIONAL (fl. 70).

Não há falar, no presente caso, em exigências ou exclusões do SIMPLES NACIONAL, vigente somente a partir de 01.07.2007 (LC 123/06).

Em decorrência, passaremos a examinar a exigência. No mérito, o auto de infração aponta o cometimento do 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), nos meses de setembro, outubro 2006 e janeiro 2007, no total de R\$ 37.743,73, conforme demonstrativos, fls. 05 e 06. A exigência do ICMS se dá retroativamente por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, inscrita no SIMBAHIA.

Constatou que o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMBAHIA (fls. 28) 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.

Por sua vez, o Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, relata provas incontestáveis, 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 próprio 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.

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, 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 do seu desenquadrado, a pedido ou de ofício, conforme o caso.

O 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, Lei nº 7.357/98). Consta no Boletim de Inteligência Fiscal o histórico da composição societária das empresas do grupo, ficando demonstrado, de modo inequívoco, o grau de parentesco ou de relacionamento, dos sócios com todas as demais pessoas integrantes das sociedades.

Restou confirmado, enfim, 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 do ICMS. A Procuradoria Geral do Estado (PGE) opinou pelo desenquadramento das empresas integrantes do GRUPO BÁSICA HOME do sistema SimBahia, visando à cobrança da diferença de ICMS com base no regime normal de apuração.

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, enfim, 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. Dessa forma, conclui a PGE que as empresas compõem um grupo capitaneadas por Paulo Roberto e Roberta Meira Pinto Coelho, figurando os demais integrantes das sociedades como meros coadjuvantes, inseridos com objetivo de escamotear os verdadeiros sócios.

Observa-se, na realidade, a constituição fictícia de empresas, pois que, criadas separadas e, na aparência, independentes, quando deveriam ter sido constituídas com única empresa ou mesmo com um grupo empresarial explícito, sujeitando-se à soma das suas receitas para fins de verificação do correto regime de apuração do ICMS.

Em assim não agindo, constatando-se que as somas das receitas brutas das empresas em questão excedem o teto estabelecido no regime simplificado, resta autorizado o desenquadramento das aludidas empresas da sua condição de EPP e a consequente exigência do ICMS segundo o regime normal de apuração, nos termos da legislação aplicável à espécie.

Diante de tal conclusão, lavrado o competente Termo de Exclusão do SimBahia, oportunizando a defesa do excluído e 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 BA.

O preposto fiscal, lavrando o presente auto de infração, apenas deu cumprimento à Ordem de Serviço nº 506080/11, 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.

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.

Em face ao 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 **206925.0002/11-4**, lavrado contra **BASICA HOME COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.743,73**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR