

A. I. Nº - 206925.0018/10-0
AUTUADO - DESIGNER'S ARTIGOS DE DECORAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 27.10.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0269-05/11

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. Relatório de Investigação Fiscal comprova interposição de pessoas na composição societária, de modo que a receita total permanecesse nos limites aplicados ao SIMBAHIA. ICMS apurado com alíquota aplicada às operações normais, desde a ocorrência do fato que ensejou o desenquadramento, conforme determina Lei nº 7.357/98. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 15/12/2010, com lançamento de ICMS, pela infração adiante descrita, acrescido da multa de 70%:

“Omitiu saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda por meio de cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartões, conforme planilha anexa ao Auto de Infração, ressaltando-se que no período o estabelecimento estava enquadrado indevidamente como empresa de pequeno porte e inscrito no SimBahia, sendo documentos acostados ao processo administrativo nº 219275/2008-6. A infração totaliza o valor de R\$10.386,86.”

A ação fiscal foi deflagrada a partir da exclusão do autuado do SimBahia, conforme termo à fl. 28, em atendimento à orientação do Diretor da DAT Metro, que baseado no parecer da PGE/PROFIS, fls. 21/26, e no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, às fls. 11/19, que constatou irregularidades na constituição de empresas do grupo BASICA HOME, no qual se insere o autuado, ao utilizar-se pessoas interpostas no quadro societário, de modo a ocultar a participação de Paulo Roberto Cunha Pinto Coelho e Roberta Meira Pinto Coelho, de forma que pudessem usufruir indevidamente do enquadramento desta e de diversas outras empresas no SimBahia.

O impugnante apresentou defesa administrativa, (fls. 38/53). Inicialmente argui preliminar de decadência pelo fato do crédito constituído se reportar a fevereiro e março de 2005, e ter tomado ciência da autuação em 21/01/2010, sendo que na forma do Art. 150 do CTN, tais créditos já teriam sido extintos pelo instituto da decadência, e apresenta decisões de tribunais em situações similares; contesta os fatos apurados no Boletim de Inteligência Fiscal, e alega nulidade por cerceamento de defesa, com base no Art. 59, II da lei de Processo Administrativo Fiscal (Lei nº 70.235/72), pelo fato da autoridade fiscal haver decretado a exclusão da empresa autuado do SimBahia, informando apenas e tão-somente o motivo da infração, como sendo 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 e que tal exclusão se baseou em critérios subjetivos e que não há previsão legal tanto na legislação estadual como na federal, para ocorrência de tal infração, sendo indispensável prova inequívoca

acerca do seu cometimento. 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.

Alega, também, a impossibilidade de aplicação retroativa da alíquota normal do ICMS. Afirma que, caso não acolhido o pedido de reconsideração do termo de exclusão do regime simplificado de tributação, 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 regime tributário.

O impugnante aduz finalmente que foi movido processo judicial pelo autuado e obtida uma medida liminar em mandado de segurança, que reintegra todas as empresas no regime simplificado nacional (SIMPLES), que sucedeu ao SimBahia. Apresenta cópia da concessão de liminar às fls. 67/69, onde o Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, reintegra o autuado no enquadramento do regime do SIMPLES NACIONAL. Em decorrência disto, invoca o Art. 151, inc. IV, do CTN, que suspende a exigibilidade do crédito tributário em razão de concessão de medida liminar em mandado de segurança. Termina sua impugnação sem questionar a correção dos cálculos do lançamento tributário.

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.

Informou que o autuado não contestou, de modo algum, os dados apresentados no Demonstrativo da Apuração do ICMS – desenquadramento do SimBahia, em anexo, e o 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. Saliencia 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; 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.

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.

Que o processo de exclusão se baseou no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010. Portanto, não procede à 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.

Que 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, o que é motivo suficiente para exclusão de ofício.

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, familiares), 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.

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 arguição 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.

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 de Cunha Pinto Coelho.

Salienta que a o art. 15 da lei, 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.

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. 21).

Conforme o exposto ficou amplamente demonstrado, com base no Processo Administrativo nº 219275/2008-6, bem como, no Parecer da PGE/PROFIS (fls. 20 a 25) 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 por consequência, 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 apenas para reintegração ao SIMPLES NACIONAL. Assim, pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Cumpra antes examinar as preliminares de decadência e nulidade arguidas pelo autuado. Quanto à decadência, o Art. 167 do RPAF veda aos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade, e o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, em seu Art. 28, estabelece a contagem do prazo de decadência de 5 (cinco) anos, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente da efetivação do lançamento, e sendo assim, rejeito essa preliminar. Quanto à nulidade, aduz que a falta de fundamentação na exclusão do SimBahia, configura cerceamento do direito de defesa, porém não se observam, 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. 27), 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.

O relatório conclui os indícios de interposição 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.

Foi 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, como fez remessa do expediente ao Ministério Público Estadual e o Federal para fins de apuração da ocorrência de crime contra a ordem tributária (fls.24).

Em sendo assim, não há de falar-se em cerceamento de direito de defesa, na exclusão da empresa do 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. 10/19).

Foi cumprido o rito do devido processo legal, com ampla defesa, mas 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 inerentes ao processo administrativo fiscal.

Observe ainda que o autuado há 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. 27), ingressou em juízo e impetra Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de suspender os efeitos da exclusão, promovendo a reinclusão no

SIMPLES (fls. 67/69). 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, 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, em que restaria PREJUDICADA a defesa apresentada. O débito, ora exigido, alcança tão somente o período em que a empresa estava enquadrada no SimBahia. Na concessão da liminar, foi promovida a reinclusão no SIMPLES NACIONAL, cujo advento ocorreu em momento posterior ao da lide. Mas, ainda que no curso do andamento deste processo fiscal, venha a empresa apresentar embargos declaratórios em que se confirme que a medida liminar alcança o período do SimBahia, apenas a exigência do crédito tributário ficaria suspensa, obstando ação de cobrança judicial, de acordo com o CTN, e assim, nada impede que o processo siga seu rumo, nos termos do parágrafo 1º do Art. 117 do RPAF, pela qual a defesa estaria prejudicada e inscrever-se-ia o Auto de Infração em dívida ativa, de modo a se esperar a decisão de mérito da justiça.

No entanto, por hora, não estamos a falar de exclusão do SIMPLES NACIONAL, vigente somente a partir de 01.07.2007 (LC 123/06).

Em decorrência, passaremos a examinar a exigência. A exigência do ICMS se dá retroativamente por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, inscrita no SimBahia.

Constato que o todo o procedimento de exclusão obedeceu aos trâmites legais, mediante processo onde foi dada à ampla defesa (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.

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.”

Constatando-se que as somas das receitas brutas das empresas em questão excedem o teto estabelecido no regime simplificado, restam 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. Os artigos supracitados também autorizam expressamente o lançamento do crédito tributário a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento e não a partir da data do desenquadramento

Cumprindo 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.

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 **206925.0018/10-0**, lavrado contra **DESIGNER’S ARTIGOS DE DECORAÇÃO LTDA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.386,86**, 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, 20 de outubro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR