

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0020/10-4
RECORRENTE - VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0155-01/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 17/12/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0377-11/12

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. ARGUMENTAÇÃO RECURSAL VOLTADA CONTRA O ATO DE EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NO ÂMBITO DESTES CONSELHO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Compete ao Inspetor Fazendário ou ao Coordenador de Processos no âmbito da DAT/Metro apreciar a impugnação contra o ato de exclusão de um determinado contribuinte do regime de apuração do Simples Nacional. O mérito do ato administrativo alvejado não pode ser revisto pelo Conselho de Fazenda, mas apenas os aspectos formais do procedimento que culminou com a exclusão do contribuinte do Simples Nacional. 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 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. Preliminar de decadência rejeitada. Vencido o voto relator. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado por VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA. contra a Decisão da 1ª JJF, a qual, através do Acórdão nº 0155-01/11, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS, no valor de R\$32.605,90, acrescido de multa de 100% decorrente de duas infrações, assim descritas:

INFRAÇÃO 1 - efetuar 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), por não preencher seus requisitos regulamentares, 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;

INFRAÇÃO 2 - deixar 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.

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte, através de advogado, apresentou impugnação tempestiva (fls. 43 a 56) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe (fls. 68 a 76).

Prosseguindo a tramitação processual, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração, proferindo Decisão de teor adiante reproduzido:

“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, constataste a irregularidade procedimental 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 Nºs 0102/12-05 e 0192-11-05, e mais recentemente o Acórdão CJF Nº 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 transcrito, 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 DOE 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 vênua, 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 simulou 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.

Observe 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 eminente 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 Inspeção 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.

Constato, 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 pátrio 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 INFAZ 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 indiciários 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..

Constato 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 Inspeção 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 Constato 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, subtraindo 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.

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 carrou 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.

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, mantenho integralmente esta infração.

Diante do exposto, restando comprovado o ilícito correspondente às duas imputações, considero as infrações subsistentes e voto pela procedência do Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário (fls. 102 a 123), concentrando as suas razões para reforma do acórdão de primeira instância, na tese da decadência do direito do Fisco de promover a lavratura do Auto de Infração em discussão e na nulidade do ato de desenquadramento do SimBahia, por cerceamento do direito de defesa.

Asseverou ter tomado ciência do Auto de Infração ora impugnado em 07/01/2011, data em que se constituiu o crédito tributário do Estado da Bahia, envolvendo lançamentos ocorridos em 31/01/2005, 28/02/2005, 31/05/2005 e 30/09/2005, e que tais fatos, tidos como geradores da obrigação tributária nas citadas datas, encontravam-se decaídos, devendo ser excluídos da autuação fiscal.

Assim, aduziu que, por caber ao contribuinte o dever de apurar e antecipar o pagamento do ICMS, este tributo se classificaria na modalidade de lançamento por homologação, na forma do art. 150 do CTN e 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 poderia alcançar lançamentos anteriores a tal 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.

Como reforço para sua tese trouxe aos autos julgados emanados do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e do STJ, enfatizando 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, portanto, espera, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados e referentes aos mencionados períodos.

Sequenciando, destacou que, em 09/07/2010, foi surpreendido com o recebimento do Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS, sob a alegação de “*constituição de empresas com interposição fictícia de pessoas no quadro societário conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010*”.

Frisou que 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.

Suscitou a nulidade do ato, por cerceamento do direito de defesa, destacando que a acusação, na forma como lançada, se apresentava completamente descabida, porquanto a impugnante é constituída pelos seus legítimos sócios, todos possuidores de direitos e obrigações e que, em nenhum momento, se fez qualquer produção de prova, pelo menos com a participação do recorrente, o que se mostra indispensável, já que sua exclusão do SimBahia lhe acarretaria um pesado ônus, a exemplo do presente Auto de Infração.

Consignou que a sua exclusão, com efeito retroativo, publicada no Diário Oficial do Estado, foi totalmente inesperada, além de injustificada e reproduziu o art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, como suporte para a nulidade, por preterição do direito de defesa, observando 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

tal conclusão ou quais provas serviram de embasamento para sua Decisão, configurando indisfarçável cerceamento de defesa, haja vista que o acesso a tais informações seria extrema importância para que pudesse produzir se contrapor.

Nesse sentido, transcreveu ementas relativas aos processos Ac. 104-16.184 e Ac. 303-3083, do Conselho de Contribuintes.

Registrou que em nenhuma oportunidade 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), com autuação que disse ser semelhante ao caso presente, a qual foi julgada improcedente.

De outra parte, salientou que nem a legislação federal nem a estadual preveem 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.

Citou trecho do doutrinador Hugo de Brito Machado, onde é ressaltada a importância da fundamentação das decisões pela autoridade administrativa, aduzindo que a doutrina defende 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.

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

Disso resulta, segundo o autuado, que o procedimento de exclusão, como se efetivou (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, resultaria em incommensuráveis prejuízos, sem que ao menos lhe fosse oportunizada a ampla defesa, direito esse constitucionalmente assegurado.

Ressaltou a inexistência de interposta pessoa já que os dois sócios do recorrente são efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes a tal atividade, participando da empresa, como disposto no 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.

Em conclusão, asseverou que não havia qualquer cometimento de infração por parte do recorrente ou de seus sócios, capaz de ensejar 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 sistema, advertindo que o pleito se configura urgente, porquanto a retroação dos efeitos da exclusão traria danos incommensuráveis.

Em seguida, o sujeito passivo, alegou a impossibilidade de retificação do Auto de Infração, na ocorrência de erro de direito.

Disse que o autuante, no que tange à infração 01, aplicou, de forma equivocada, a multa prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, acerca da qual a ora recorrente formulou a sua defesa, impugnando o que estava devidamente previsto no Auto de Infração, que possui fé pública e rigidez de forma, para preservar a segurança jurídica.

Aduziu que, surpreendentemente, no Acórdão ora recorrido os ilustres Julgadores da 1ª JF

retificaram de ofício o Auto de Infração alterando a multa prevista na infração 01 – da constante no inciso III, do art. 42, para a da alínea “j”, do inciso IV, ambos da Lei nº 7.014/96.

Arguiu que os Julgadores da 1ª JJF extrapolaram suas atribuições, posto que impossível tal retificação de ofício quando houver erro de direito presente no Auto de Infração nesse sentido; e segundo por violar o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e da segurança jurídica, uma vez que a oro recorrente se defendeu de uma infração e foi condenada a outra mais gravosa.

Prosseguiu analisando a diferença entre Erro de Fato e Erro de Direito, citando entendimentos de juristas como Rubens Gomes de Souza, Gilberto Ulhôa Canto e De Plácido e Silva, concluindo pela impossibilidade de a 1ª JJF retificar, de ofício, erro de direito presente no Auto de Infração, em que a própria administração deu causa.

Para robustecer o seu entendimento, reproduziu trechos de decisões do STF e STJ sobre a inadmissibilidade de revisão de lançamento “ex ofício”, por erro de direito da administração, e, ao fim, pugnou pela nulidade da multa, por não possuir compatibilidade com a situação descrita na infração 01 e não ser possível a alteração da multa, de ofício, pela 1ª JJF.

Em conclusão, requereu o provimento do Recurso para que fosse julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, uma vez que restou demonstrado: a) a decadência total do débito, nos moldes do § 4º, do art. 150, do CTN; b) a inexistência de prova que acarretasse a exclusão, do recorrente, no SIMBAHIA; e, por fim, a impossibilidade de alteração, por parte da 1ª JJF, da multa prevista na infração 01.

Encaminhado o processo para pronunciamento da PGE/PROFIS, o órgão, em Parecer de fls. 129/132, opinou pelo não Provimento do Recurso voluntário, visto que as razões recursais são incapazes de modificar a Decisão recorrida.

Manifestou-se pela rejeição da decadência, por entender, a ilustre Procuradora, que: “... *sem rebuços de dúvida, que a falta de pagamento do imposto ou o imposto pago a menor desloca o linde decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN e não do art. 150, §4º, do mesmo Código, como alega o autuado.*”

Meritoriamente, destacou ter o recorrente apresentado as mesmas alegações constantes na sua defesa inicial e apreciadas no julgamento de primeira instância administrativa, com o qual se coadunava integralmente.

Opinou pelo não acolhimento da irresignação do autuado quanto a multa aplicada à infração 01, porquanto fora acertadamente retificada de ofício pela JJF, estando adequada à infração apurada no lançamento e expressamente consignada no art. 42 da Lei nº 7014/96.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Consoante detalhadamente relatado, versa o presente Recurso Voluntário acerca do inconformismo do sujeito passivo com a Decisão de primeira instância, que julgou procedentes as imputações descritas no auto infracional, exigindo ICMS, acrescido de multas.

A irresignação recursal suscitou, preliminarmente, a aplicação do instituto da decadência, relativamente aos lançamentos com fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2005, por ter sido o Auto de Infração lavrado em 15/12/2010 e o contribuinte cientificado em 07/01/2011, nesse passo, sustentando o enquadramento do caso concreto no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

De plano, este relator pede venia para discordar do entendimento do Fisco do Estado da Bahia, porquanto já firmou seu posicionamento derredor da aplicação do instituto da decadência em processos similares, sendo plausível o enquadramento do caso no art. 150, § 4º, como também, sem margem a dúvida, ser aplicável à hipótese versada o previsionamento do art. 173, I, ambos do Código Tributário Nacional.

Nesse contexto, observa-se na procedimentalidade que, ainda se desprezada a data dos fatos geradores para início da contagem do prazo decadencial, considerado aquele do primeiro dia do exercício seguinte ao da data dos fatos geradores, mesmo assim operar-se-ia a decadência, eis que os ilícitos apontados ocorreram no ano de 2005 e o contribuinte só foi cientificado, legalmente, em janeiro de 2011 (07/01/2011), logo, após o prazo de 5 (cinco) anos fixado no art. 173, I, do CTN.

Por conseguinte, comungo do entendimento de que o Auto de Infração para ser revestido de eficácia deve se apresentar completo e, para tanto, conter, conforme estabelece o RPAF/BA, no seu art. 39, X, a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de recusa.

Nessa linha de entendimento, antes da intimação do sujeito passivo, o Auto de Infração não se apresenta juridicamente eficaz, posto que ainda incompleto.

Ressalte-se que, no caso em exame, o contribuinte somente teria como impugnar o lançamento tributário após ser legalmente intimado, inclusive para a contagem do prazo legal de apresentação da defesa, sob pena da intempestividade, iniciando-se na data da efetiva cientificação do sujeito passivo, ou seja, 07/01/2011, já sob a incidência da regra inevitável da decadência, pois posterior ao último dia do mês de dezembro de 2010, data limite para a formalização eficazmente jurídica da autuação.

Ante o exposto, voto pelo acolhimento, no caso concreto, da aplicação do instituto da decadência, no que pertine aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2005, consequentemente, extinguindo a exigência fiscal em tal período.

Ultrapassada a preliminar de aplicação da decadência, vencido o posicionamento por maioria de votos, passo a analisar o mérito da autuação, apresentando-se as razões recursais repetitivas daquelas já postas na impugnação, não tendo o autuado trazido à colação nenhum fundamento novo ou documento hábil capaz de modificar a Decisão farpeada ou afastar a imputação imposta.

Assim é que a petição do Recurso se consubstancia na alegação de que o ato da exclusão do contribuinte do SimBahia, com efeito retroativo, foi totalmente inesperado e injustificado, limitando-se o ato em afirmar que o motivo da infração foi ter a empresa se constituído através de interposta pessoa, sem esclarecer e fundamentar tal conclusão, configurando-se um verdadeiro cerceamento de defesa, o que tornaria o Termo de Exclusão nulo, de acordo com o estatuído no art. 59, II do Decreto nº 70.235/72.

Verifica-se, portanto, que o cerne da questão se concentra na competência deste Conselho para eventual revisão do ato de desenquadramento.

Convém ressaltar que esta 1ª CJF já se manifestou sobre o tema, entendendo não competir a este Conselho de Fazenda apreciar o mérito quanto ao ato de exclusão e, sim quanto ao cumprimento legal das formalidades.

Assim é que face a total semelhança da matéria, adoto como fundamento deste Voto, o objetivo e bem exposto argumento lançado em decisões do ilustre Conselheiro Fabio de Andrade Moura, exemplificativamente naquela proferida através do Acórdão nº 0364-11/11, *verbis*:

“Vejamos o que nos diz a legislação do Simples Nacional e a nossa legislação estadual.

A Lei Complementar nº 123/03, prevê, no artigo 29, inciso IV, e seu § 1º, a exclusão de ofício do regime simplificado “quando a constituição da empresa ocorrer por interpostas pessoas”, produzindo efeitos a partir do próprio mês que for incorrida a infração, in verbis:

Art. 29. *A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:*

....
IV - *a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;*

§ 1º *Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei*

Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Os artigos 5º, inciso IV, e 6º, inciso VI, da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/07, sobre o tema, dispõem:

Art. 5º. *A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:*

(...)

IV – *a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;*

Art. 6º. *A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:*

(...)

VI - *nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5º, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)*

O RICMS/BA estabelece, em seu artigo 393-F, que “na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão”, podendo o contribuinte “impugnar a exclusão na repartição fazendária do seu domicílio fiscal, até 30 (trinta) dias após a publicação da comunicação, que será apreciada pelo Inspetor Fazendário” (artigo 393-G do RICMS/97), ou pelo Coordenador de Processos no âmbito da DAT Metro (parágrafo único do artigo 393-G do mesmo diploma legal).

Importante assinalar, ainda, que o artigo 393-H do RICMS/97 determina que, sendo “mantida a Decisão de exclusão do contribuinte, o termo de exclusão será registrado no Portal do Simples Nacional na Internet para que possa produzir seus efeitos”.

Do exame da legislação, verifica-se que é possível a exclusão de ofício de determinado contribuinte do regime de apuração do Simples Nacional uma vez caracterizada a constituição por interpostas pessoas. Desse ato de exclusão, deve o sujeito passivo ser cientificado, podendo, inclusive, oferecer impugnação, cuja competência para apreciação é exclusiva do Inspetor Fazendário e do Coordenador de Processos no âmbito da DAT/Metro.

Todas essas formalidades foram seguidas pelos órgãos competentes da Administração Tributária. A exclusão do recorrente do regime simplificado foi publicada no Diário Oficial do Estado dos dias 27, 28 e 29/10/09, por meio do Edital de Notificação nº 01/2009 (fls. 13 a 17), onde há referência expressa ao motivo do desenquadramento, a saber “constituição da empresa por interpostas pessoas”.

De acordo com a informação fiscal prestada pelo autuante, houve Recurso Voluntário administrativo contra o ato administrativo de exclusão do Simples Nacional, que foi improvido “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 Companhia da Pizza, considerando que o somatório da receita desses estabelecimentos ultrapassou o limite legal de enquadramento no sistema, em todos os períodos analisados”.

O ato de exclusão, portanto, está formalmente correto. Quanto ao seu mérito, ou seja, aos fundamentos que ensejaram a exclusão do recorrente do Simples Nacional, tenho que a tese levantada em sede de defesa e reprimada no Recurso Voluntário não merece acatamento, uma vez que a norma regulamentar estabeleceu, de modo expresso e exclusivo, a competência do Inspetor Fazendário e do Coordenador de Processos no âmbito da DAT/Metro para rever o ato administrativo de desenquadramento. É dizer: este Conselho Fazendário não detém competência para apreciar o ato de exclusão do Simples Nacional, mas apenas os agentes públicos expressamente mencionados na legislação que disciplina o respectivo procedimento.

Sobre o tema das competências administrativas, leciona o Mestre Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Ao cabo do quanto se expôs sobre as competências públicas, podem ser referidas, sucintamente, suas características, as quais são meras decorrências das averbações anteriores. As competências são:

a) de exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos. Vale dizer: exercitá-las não é questão entregue à livre Decisão de quem as titularize. Não está em pauta um problema “pessoal” do sujeito, ao qual ele possa dar a solução que mais lhe apraz. Está sotoposto ao dever jurídico de atender à finalidade legal e, pois, de deflagrar os poderes requeridos para tanto sempre que presentes os pressupostos de seu desencadeamento;

b) irrenunciáveis, significando isto que seu titular não pode abrir mão delas enquanto titularizar;

c) intransferíveis, vale dizer, não podem ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo tão somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isto, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado;

d) imodificáveis pela vontade do próprio titular, o qual, pois, não pode dilatá-las ou restringi-las, pois sua

compostura é a que decorre de lei. A lei pode, contudo, admitir hipóteses de avocações. Esta é a episódica absorção, pelo superior, de parte da competência de um subordinado, ainda assim restrita a determinada matéria e somente nos casos previstos em lei;

e) imprescritíveis, isto é, incorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isso deixarão de persistir existindo". (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores 25ª ed., pp. 145/146).

A novel legislação do processo administrativo no âmbito do Estado da Bahia, Lei nº 12.209/2011, absorvendo as lições do consagrado doutrinador, assim como da doutrina majoritária e a jurisprudência dominante, qualifica a competência administrativa, impede a delegação de decisões de Recursos administrativos e, mais, prevê a responsabilização pessoal do agente que, violando tais parâmetros, exerce indevidamente competência que não lhe pertence. Vejamos, a propósito, a dicção dos arts. 70, 72 e 74, da referida lei Estadual:

Art. 70 - A competência é irrenunciável, intransferível, imodificável pela vontade do agente público e é exercida pelos agentes, órgãos e entidades administrativas a que a lei atribui como própria.

Art. 72 - São indelegáveis, dentre outras hipóteses previstas em legislação específica:

(...)

II - a Decisão de Recursos administrativos;

Art. 74 - O agente público, que exorbitar os limites de suas atribuições, decorrentes da competência que legalmente lhe for conferida, responderá administrativamente pelo abuso de poder, sem prejuízo da responsabilização penal e cível.

A lição doutrinária e as normas legais transcritas anteriormente apenas reforçam a conclusão quanto à incompetência deste Conselho para apreciar a questão relativa ao mérito do ato administrativo de exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional, pois há norma regulamentar expressa atribuindo tal competência a agentes públicos específicos (Inspetor Fazendário e Coordenador de Processos no âmbito da DAT/Metro) e é vedada, expressamente, a delegação de competência na hipótese vertente (Decisão de Recurso administrativo contra o ato de exclusão). A análise da questão por este Conselho de Fazenda, por todos esses motivos, seria censurável do ponto de vista jurídico, daí porque repilo todos os argumentos recursais que se referem à fundamentação do Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008.

Este entendimento não subtrai o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo; houve possibilidade de impugnar o RIF, mas em esfera administrativa distinta, que, no caso dos autos, não foi adequadamente provocada pelo contribuinte.

Por derradeiro, no que tange à multa aplicada, a sua manutenção é medida que se impõe, por contar com previsão legal, não podendo ser apreciada a alegação de inconstitucionalidade, tendo em vista a vedação contida no art. 167, I, do RPAF/97.

Ante o exposto, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário."

No caso versado, verifica-se que todas as formalidades previstas na legislação foram seguidas pelos órgãos competentes da Administração Tributária, ocorrendo a exclusão do recorrente do regime simplificado mediante Termo de Exclusão do SIMBAHIA, documento de fl. 29, onde há referência expressa ao motivo do desenquadramento, a saber "*Constituição de empresa com interposição fictícia de pessoas no quadro societário conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010.*", nele se encontrando consignado que o contribuinte poderia impugnar a exclusão no prazo de 30 dias e a autoridade fiscal a qual deveria ser dirigida a impugnação.

De acordo com a informação fiscal prestada pelo autuante (fl. 68), houve Recurso Administrativo impetrado pelo sujeito passivo contra o ato administrativo de exclusão do Simples Nacional, que foi 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*".

No que pertine ao argumento de que os julgadores da primeira instância não possuíam competência para retificar o percentual da multa de 70% (art. 42, III, "a" da Lei nº 7.014/96) para 100% (art. 42, "j" da citada Lei), não pode ele ser acolhido, tendo em vista que não se trata de Erro de Direito, porque a legislação tributária previsional que ao autuante cabe sugerir a multa e

ao órgão julgador a sua aplicação e, caso a multa proposta pelo autuante não se coadunasse com a infração praticada, o julgador, de ofício, pode fazer a retificação, aplicando a multa cabível, sem que isso implique em agravamento da infração, conforme se constata na Decisão ora hostilizada. Tal entendimento embasa-se no art. 142, do CTN, a seguir transcrito:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, **propor** a aplicação da penalidade cabível.*

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (grifo meu).

Em suma, na seara meritória, adoto, integralmente, o decisório proferido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, corroborado pelo Parecer da douta PGE/PROFIS, entendendo terem sido todos os argumentos corretamente apreciados e decididos na oportunidade do julgamento de 1ª Instância, cujo veredicto se afigura incensurável, no específico, posto que em estrita consonância com os ditames legais.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, permanecendo íntegra a Decisão de Primeira Instância, nesse passo, confirmada a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de Decadência).

Em que pese à fundamentação apresentada pelo Nobre Relator, divirjo do seu posicionamento quanto à preliminar de decadência.

Conforme apreciado, o art. 142 do CTN defina que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento (verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o tributo devido, identificar o sujeito passivo e propor a aplicação da penalidade cabível).

Mesmo no lançamento por homologação, a constituição do crédito tributário se materializa com a lavratura do Auto de Infração, (art. 150 do CTN). Na situação presente o Auto de Infração foi lavrado em 15/12/10 e tendo sido exigido ICMS relativo a fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, a contagem do prazo inicial da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, conforme determina o art. 107-B, §5º do COTEB (Lei nº 3.956/81) 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*”. Logo, só configuraria a decadência se o lançamento ocorresse a partir de 01/01/11.

Me coaduno com o entendimento manifestado por Alberto Xavier (DO LANÇAMENTO TEORIA GERAL DO ATO DO PROCECIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO, 2ª Ed. RJ, 1998, pg. 194/195), de que “*a notificação do lançamento constitui ato receptício, destinado a comunicar ao contribuinte o fundamento da exigência, bem como definir o prazo para o recolhimento da obrigação tributária e para a sua eventual impugnação*”.

Assim, notificação e lançamento são atos distintos e não deve se confundir que a data da ciência do Auto de Infração constitui o lançamento. Esse entendimento já foi manifestado em diversos Acórdãos do CONSEF, a exemplo do CJF 232-11/03; CJF 320-11/03; CJF 352-11/03.

Além disso, conforme disposto no art. 150, § 4º, do CTN: “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 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*”.

Na situação presente a motivação para a exigência do tributo foi à constituição de sociedade por interposição de pessoas (fato que será apreciado nas razões do mérito) com intuito de fraudar

pagamento do ICMS, o que constitui exceção do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por maioria quanto a preliminar de decadência, com o voto de qualidade do presidente e por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0020/10-4**, lavrado contra **VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$32.605,90**, acrescido das multas de 100% sobre R\$16.451,92 e 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.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Denise Mara Andrade Barbosa e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Valnei Sousa Freire, Fabio de Andrade Moura e Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de Decadência)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS