

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0016/10-7
RECORRENTE - ARTE E BANHO ARTIGOS DE BANHEIROS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0135-05/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/12/2012

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0382-12/12

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 COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Constatada a opção pelo Regime SimBahia com a interposição de pessoas na formação societárias de diversas empresas, com o objetivo de burlar o Regime do SimBahia, 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 a legislação. Infração caracterizada, com base em Relatório de Investigação Fiscal (RIF) que contém os requisitos essenciais para a validade do lançamento tributário. **2.** VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração procedente. Rejeitadas a preliminar de decadência e as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto relator quanto à preliminar de decadência. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em relação à Decisão da 5ª Junta Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2010, onde exigiu ICMS no valor de R\$8.088,86, através das seguintes infrações:

1. Recolheu o ICMS a menor 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 demonstrativo anexo. Valor Histórico: R\$1.905,12 – Multa de 70%;
2. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por

instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Levantamento efetuado conforme planilha anexa, ressaltando-se que, no período, o estabelecimento estava enquadrado indevidamente como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, segundo documentos acostados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6. Valor Histórico: R\$ 6.183,74 – Multa de 60%;

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“Inicialmente, aprecio a preliminar de mérito de decadência, sob o argumento de que o autuado foi cientificado do lançamento em 23/12/2010, data que teria sido constituído o crédito tributário, que envolve fatos geradores ocorridos em 31/01/2005, 28/02/2005, 31/05/2005 e 30/09/2005, que se encontrariam fulminados pela decadência, segundo o defendente, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 15/12/2010 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

...

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2005, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2011. Friso que este é o posicionamento que tem sido adotado por este Conselho de Fazenda Estadual, até o presente momento.

Rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado, sob o pretexto da ocorrência de cerceamento de direito de defesa, na exclusão da empresa no Simbahia, posto que como o próprio autuado afirmou na defesa, em 09/07/2010, recebeu o 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”, constando naquela intimação o número do boletim de inteligência fiscal. Além do que, a exclusão do SimBahia, foi publicada no Diário Oficial do Estado, com o motivo explícito de “constituição da empresa por interposta pessoa”. Ademais, o processo de exclusão seguiu todos os trâmites legais, e foi lavrado o Termo de Exclusão do Simbahia para Efeito de Cobrança Retroativa de ICMS, fl. 29, com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação. Em atendimento ao devido processo legal, e ao contraditório, foi dada oportunidade de Recurso ao contribuinte, visando suspender a sua exclusão do SimBahia, mas suas interpostas alegações não foram suficientes para 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.

Quanto à preliminar de nulidade a pretexto de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 0063/2010, por se tratar de matéria relacionada com a prova da acusação fiscal, deixo para apreciar tal preliminar por ocasião do exame do mérito.

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.

No mérito, o Auto de Infração aponta o cometimento de duas infrações. A primeira, relativa ao 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). Está sendo exigido ICMS retroativo, por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, inscrita no Simbahia, segundo

documentos acostados no Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Constato que o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMBAHIA (fls. 29) 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, portanto, não existe ilegalidade alguma na ação fiscal.

Outrossim, o Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, relata provas incontestes, 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 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.

Desta forma, o débito foi apurado, de forma retroativa, por motivo de enquadramento indevido no SimBahia, pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, na forma prevista no artigo 408-S do RICMS/97, por se tratar de contribuinte que se utilizou da dedução do ICMS recolhido pelo Regime do SimBahia.

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, pelo que se vê, 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 de ser desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso.

Esse 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, tudo da Lei nº 7.357/98). Dessa forma, vê-se que o desenquadramento de ofício tem respaldo legal.

No presente caso, como dito acima, a ação fiscal está baseada no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 0063/2010 subscrito pela Inspetoria da INFIP – Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, demonstrativos, documentos de fls. 11 a 20 do PAF.

No decorrer 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 e que, posteriormente, o relatório que originou o Boletim de Inteligência Fiscal foi encaminhado à 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, no qual 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 escamotear os verdadeiros sócios (fls. 22 a 25). Relacionaram as empresas que integram o GRUPO BÁSICA HOME (fls. 13 e 14).

Também consta no Boletim de Inteligência Fiscal o histórico da composição societária das empresas do grupo (fls. 15 a 17), ficando demonstrado, de modo inequívoco, o grau de parentesco ou de relacionamento, dos sócios com todas as demais pessoas integrantes das sociedades.

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, também, 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. Note-se também a constatação de coincidências de endereços entre empresas do grupo (fls. 17).

Diante de tal conclusão, a Infaz de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do SimBahia 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/97, e cientificou o autuado, para no prazo de 30 (trinta) dias impugnar a exclusão a que se refere o citado Termo.

Logo, o preposto fiscal que lavrou o Auto de Infração objeto deste PAF, apenas deu cumprimento à Ordem de Serviço nº 513422/10, 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.

Portanto, o autuante deu estrito cumprimento à recomendação constante no RIF, desenquadrando o autuado, com base no artigo 408-P, do RICMS/97, fato comprovado por meio de farta documentação e provas anexadas aos autos, destacando-se que o Relatório de Investigação Fiscal nº 063/2010 da SEFAZ/INFIP (fls.12 a 20) demonstra que houve a interposição de pessoas na formação societária de diversas empresas com o objetivo de burlar o Regime do SimBahia. Nessa situação, a legislação estabelece que o imposto deve ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, conforme art. 408-S, do RICMS/97.

O débito do exercício de 2005 está demonstrado na planilha de fl. 05, e corresponde à diferença entre o valor do imposto recolhido pelo Regime do SimBahia e o devido pelos critérios e alíquotas do regime normal de apuração, cujos números o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco.

Cumprir 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.

Quanto ao mérito da infração 2, as considerações acima também são pertinentes, além do que a presunção legal estabelecida no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 não foi contestada especificamente, e “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

As planilhas comparativas de vendas, por meio de cartão de crédito/débito, estão anexas, bem como o Relatório TEF Diário, recebido em 15/12/2010, fl.08.

Saliento que o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco no levantamento efetuado pelo autuante, na fl. 06, “Planilha Comparativa de Vendas” por meio de cartão de crédito/débito. Infração não elidida.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, interpôs Recurso Voluntário, onde requereu que o mesmo fosse remetido ao CONSEF para apreciação, a fim de ser realizado novo julgamento.

Em sede de preliminar, o autuado esclareceu que na data 23/12/2010, tomou ciência do Auto de Infração que constitui crédito tributário que envolveu lançamentos dos meses de 31/01/2005, 28/02/2005, 31/05/2005 e 30/09/2005. Nesse sentido, ressaltou que o referido tributo classifica-se na modalidade de lançamento por homologação, nos termos do art. 150 do CTN, assim sendo, o direito do Fisco Estadual constituir o crédito tributário cuja lavratura se deu em 20/12/2010 e a ciência foi dada em 23/12/2010, não pode alcançar lançamentos anteriores a 23/12/2005 com, base nos precedentes do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda apresentados.

Segundo o recorrente, o crédito tributário foi alcançado pelo instituto da decadência, pois, nos termos do art. 150, §4º, do CTN, não se pode admitir que os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja maior do que 05 anos, desta forma seria inquestionável a exclusão dos lançamentos realizados e referentes à 31/01/2005, 28/02/2005, 31/05/2005 e 30/09/2005.

Ressaltou que em 09/07/2010 foi surpreendida com o recebimento do Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS, sendo sua publicação no Diário Oficial totalmente inesperada e injustificada, se limitando, no próprio ato de exclusão, em afirmar que o motivo da infração foi que a constituição da empresa se deu por interposta pessoa, sem esclarecer e fundamentar tal conclusão, ocorrendo um verdadeiro cerceamento de defesa. Argumentou, que desta forma pode-se notar, que sua exclusão do SimBahia se enquadra na nulidade prevista no art. 59, II do Decreto nº 70.235/72, uma vez que não foi demonstrada como se chegou à conclusão ou quais as provas serviram de embasamento para essa Decisão, se limitando apenas em informar que o motivo do Auto de Infração foi a constituição da empresa por interpostas de pessoas, em frontal ofensa a diversos precedentes jurisprudenciais.

Diante do exposto, arguiu que de acordo com a legislação não há previsão de possibilidade de presunção da ocorrência da referida infração (constituição de empresa com interposição fictícia de pessoas), sendo indispensável à produção de prova robusta e inequívoca acerca do seu cometimento, com o fim embasar a aplicação da penalidade. Ressaltou que a única suposta prova presente nº Relatório nº 063/2010, foi realizada de forma unilateral, sem oportunidade ao contraditório e, sem permitir o seu acesso, configurando-se não em sigilo fiscal como alegado, mas sim, em um abuso de poder, violando os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade e da segurança jurídica.

De acordo com a peça recursal, em obediência ao princípio da legalidade e do devido processo legal, cabe a quem alega o ônus da prova, demonstrando que também é esse, a seu ver, o entendimento doutrinário, sob pena das acusações caírem no campo subjetivo. Argumentou que seria imprescindível o seu conhecimento dos fatos imputados para propiciar a ampla defesa, e ainda, com exceção da presunção legalmente tipificada, meros indícios não possuem valor probante, especialmente quando se trata de um pretense ilícito tributário, em que não foi lido qualquer oportunidade de defesa, mostrando-se como um procedimento no mínimo arbitrário.

Arguiu que os sócios da empresa recorrente são sócios efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes às atividades, participando da empresa na proporção de suas respectivas participações, estando as cotas devidamente lançadas em suas declarações de imposto de renda. Nesse sentido, aduziu que não há cometimento de infração que justificaria a exclusão do regime tributário do SimBahia, devendo o referido termo ser revisto, com sua devida preservação em tal sistema.

Ressaltou o recorrente que o presente Auto de Infração constou 2 infrações, onde uma delas, a infração nº 1, foi estabelecida em razão do recolhimento a menor em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), infração que teve como multa aplicada inicialmente a prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e depois modificada para a prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96. No entanto,

arguiu que os julgadores da 5ª JF ao retificar a presente multa extrapolaram suas funções, pois não é possível esta retificação de ofício por eles quando houver erro de direito presente no Auto de Infração lavrado pelo Auditor Fiscal, caso contrário, violaria o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e da segurança jurídica, não obstante não existir tal previsão expressa na Lei 7.014/96.

Argumentou que a doutrina e a jurisprudência vêm trazendo distinções entre o erro de fato e o erro de direito, sendo o primeiro passível de modificação espontânea, diferentemente do segundo. Segundo o recorrente a corrente dominante defende que o erro de fato resulta da inexistência ou incorreção dos dados fáticos, situações, atos ou negócios jurídicos que dão origem a obrigação, por outro lado, o erro de direito é concernente à incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentaram a prática do ato, não podendo haver uma retificação relativa a este o onerando em uma nova multa, devendo esta, ser considerada nula, como também, a anulação da infração nº 01, pois não houve o cometimento, em nenhum momento, das infrações previstas no art. 42, inciso III, da lei nº 7.014/96.

Por fim, diante das razões expostas requereu o provimento do Recurso e a total improcedência da Decisão proferida pela 5ª JF.

Os autos foram remetidos a PGE/PROFIS que emitiu despacho para que se aguardasse manifestação conclusiva do i. Procurador Geral do Estado a quem foi dirigida consulta pelo CONSEF sobre a matéria decadência. O i. Procurador Geral do Estado Rui Moraes Cruz manifestou-se no sentido de que devem os processos sobrestados serem analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PROFIS, e ainda, acolheu a sugestão para que seja elaborada minuta de projeto de Lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, §5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes no CTN.

Em seguida, os autos retornaram à PGE/PROFIS para Parecer opinativo. De acordo com o Parecer da i. Procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, não há do que se falar da decadência dos fatos geradores de 2005, em observância do art. 150, §4º do CTN, da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ressaltou que as demais razões recursais se limitam em discutir o procedimento de desenquadramento, não havendo argumentos quanto ao cálculo para apuração do imposto pelo regime normal. Arguiu que o relatório de fiscalização constatou que alguns sócios não saíram efetivamente das sociedades, sendo substituídos por familiares, tendo, contudo, permanecido na administração da empresa, assim verificou-se a existência de sócio em mais de uma empresa, na qual o faturamento superava o limite imposto pela lei do SimBahia, acarretando assim, a perda do regime de apuração simplificado, tendo sido procedida a exclusão de ofício pela SEFAZ.

Argumentou que o contribuinte foi intimado, tendo a oportunidade de se manifestar, em respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, porém, não apresentou defesa. Ainda, ressaltou que através da investigação da SEFAZ, embasada nas provas presente no relatório da INFIP, fica comprovada a fraude ao sistema simplificado, razão pela qual houve a legalidade do desenquadramento feito pela SEFAZ/BA.

Informou que em relação à multa aplicada é a prevista em lei para a infração em espécie, cabendo ao CONSEF adequá-la e que os fatos foram imputados pelos agentes fiscais, tendo a empresa o conhecimento sobre eles, o que permitiu que exercesse o direito à defesa.

Por fim, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, reiterando o Parecer trazido às fls. 22/26, prolatado após o procedimento fiscalizatório e antes da ação fiscal para exigência do ICMS pelo regime normal de apuração.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Compulsando os autos verifico que trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou pela procedência integral do Auto de Infração, em epígrafe.

A autuação foi lavrada em 15/12/2010 e trata de duas infrações acima relatadas, ambas abarcando fatos geradores anteriores a 15/12/2005. (grifos meus)

Em sede de preliminar de mérito, o recorrente argui a decadência do lançamento de ofício, por terem, todos eles, mais de 05 anos entre a data da autuação e a as datas das ocorrências dos fatos geradores do ICMS cobrado e suas cominações.

Ora, esta matéria tem sido julgado recorrentemente nesta e. 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em diversos processos administrativos fiscais, sobre a qual já externei a minha clara posição. Assim sendo, reitero outros votos de minha lavra sobre a questão em foco, nos termos a seguir postos.

Entendo que a decadência, de fato, se configura no caso em apreço, ou seja, decorreram-se mais de 05 anos entre a data da lavratura do lançamento de ofício e a data da ocorrência dos fatos geradores.

Antes de mais nada, verifico que se trata de matéria controversa, ainda não pacificada neste egrégio CONSEF, nem na PGE/PROFIS. O próprio despacho do Procurador Geral da PGE, Dr. Rui Moraes Cruz, traz à baila esta controvérsia e a busca de um novo entendimento sobre a matéria.

Compulsando a matéria em tela através de apurada pesquisa jurídica, chego ao entendimento que o lançamento de ofício de crédito de ICMS atinente aos fatos geradores estão atingidos pela decadência à luz da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entendo que é insubsistente o lançamento acima citado.

Por sua vez, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por esta 2ª CJF.

Pois bem, diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Primeiramente ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, *in litteris*:

“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais

de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)” (grifo nosso)

Diante deste incontestado e claro pronunciamento, resta claro e justo que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo. (grifo meu)

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da Decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 08 do STF.

Entendo que para esclarecer essa discussão, é fundamental se proceder uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, b) a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna, ou seja, não pode ater-se a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude está em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da Decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, fica evidente que para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário,

reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Contudo, cumpre-me, antes de concluir o entendimento da inteligência da SV. 08, fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, da lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia. Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado.

Reitero que merece acolhida a valiosa manifestação exarada pelo Procurador Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, acerca da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional.

Ora, é de meridiana clareza que se há necessidade de alteração, significa que tal norma jurídica não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia! Salvo melhor inteligência, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nessa seara, cumpre-me assinalar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. A agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, cinco anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquiria qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como se sabe, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Antes de mais nada, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a 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.”

(...)

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

Em seguida, é salutar observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

“Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Trazendo à baila a Decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, fica por demais evidenciado o entendimento consolidado do STJ:

“Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no Recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)”

Em face desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos, concluo que o prazo a ser observado é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo do quanto acima exposto, voto para julgar pela DECADÊNCIA do lançamento de ofício abarcando as duas infrações, por terem decorridos mais de 05 anos entre as datas dos seus fatos geradores e a data da lavratura do Auto de Infração, em epígrafe.

Por se tratar de preliminar de mérito, perde a lógica jurídica analisar as questões de mérito, a não ser para entender que as infrações são insubsistentes pelas óbvias razões do direito. Por conseguinte, acolho as arguições de decadência trazidas na peça recursal e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reformando a Decisão recorrida para julgar insubsistente a autuação em apreço.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Com todo o respeito que tenho pelas brilhantes decisões proferidas pelo n. Conselheiro Relator do presente processo ousou discordar do seu entendimento em relação à preliminar de mérito apresentada e a respeito dos prazos decadências cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração e à luz da Decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 08.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após exaustiva análise jurídica do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e, por consequência, por este Colegiado.

Desta maneira, afasto toda questão relativa aos prazos decadências e mantenho o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado de ofício. Neste caso deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A. O nobre relator entendeu ter havido prazo decadencial da exigência do tributo cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração. Os lançamentos referem-se ao exercício de 2005 nos meses de janeiro e fevereiro. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/2006 e se encerra em 31/12/2010. O Auto de Infração foi lavrado em 15/12/2010.

Por fim, sendo tal matéria já sedimentada na jurisprudência deste CONSEF, permito-me transcrever o voto da Cons. Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão nº 0130-11/11 da 1ª CJP que, entendo, aqambarca todos os aspectos ora postos no presente voto.

Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JF, 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 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, 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.”

No entanto, 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 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.

Desta forma, discordo do n. relator e rejeito a preliminar de decadência suscitada e adentro ao Recurso Voluntário interposto.

Preliminarmente ressalto que a infração 2 somente foi contestada no Recurso Voluntário interposto em relação aos prazos decadências. Em assim sendo, ela deve ser mantida conforme Decisão prolatada pela JJF.

Quanto á infração 01, traz o recorrente os mesmos argumentos apresentados em sua inicial, sendo novamente apreciados.

O recorrente ainda solicitou a nulidade do lançamento fiscal, afirmando de que a fiscalização ignorou os princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e a motivação dos atos administrativos, ao ter se baseado em indícios, já que entende que o RIF 63/2010 presumiu fato material. Em primeiro, a autuação é ato posterior á exclusão do contribuinte do Simbahia. Em segundo, acaso o seu desenquadramento realizado pelo fisco fosse indevido, deveria ele, no prazo legal, ter se insurgido. Não consta nos autos que a empresa tenha impugnado, na forma legal, a exclusão levada a efeito. No mais, reporto-me, mais uma vez, ao RIF 63/2010 quando da análise da infração ora em lide.

A infração 01 da presente autuação e motivadora do Recurso Voluntário diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS 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 referido regime simplificado. A cobrança foi retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte no referido regime enquadrada, segundo documentos acostados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Toda a insurgência do recorrente prende-se ao fato de que seu desenquadramento no SimBahia não poderia ter acontecido, pois baseado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 63/2010, que

não possui base fática para ser levado em consideração, conforme minuciosamente argumentou no Recurso interposto.

Ressalto que a JJF analisou, diante da norma de regência do SimBahia, a situação do desenquadramento do recorrente no referido regime simplificado, não cabendo mais, por caracterizar-se repetição da norma, repeti-la neste momento.

Por outro lado, não cabe a este CONSEF questionar e discutir a averiguação realizada pela fiscalização, conforme consta nos fólios processuais, que caracterizou interpostas pessoas do grupo econômico do qual faz parte o recorrente. Ressalto, que o contribuinte impugnou sua exclusão tanto do SimBahia, porém seu pedido foi indeferido já que as provas apresentadas não elidiram aquelas apresentadas pelo fisco, ou seja, a utilização de interpostas pessoas na constituição das empresas participantes do Grupo Básica Home, pois o somatório das receitas da empresa ultrapassou o limite legal do seu enquadramento no SimBahia.

No mais, o Termo de Exclusão da empresa foi assinado em 09/06/2010 e recebido como informa o próprio recorrente em 09/07/2010 pela empresa. As ocorrências do presente lançamento são de 2005.

E, já que a empresa traz novamente toda a argumentação de sua defesa inicial, permito-me a transcrever o que apontou a JJF sobre a matéria em lide, e ressaltando de que com a sua Decisão me alinho:

[...]

No presente caso, como dito acima, a ação fiscal está baseada no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 0063/2010 subscrito pela Inspetoria da INFIP – Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, demonstrativos, documentos de fls. 11 a 20 do PAF.

No decorrer 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 e que, posteriormente, o relatório que originou o Boletim de Inteligência Fiscal foi encaminhado à 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, no qual 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 escamotear os verdadeiros sócios (fls. 22 a 25). Relacionaram as empresas que integram o GRUPO BÁSICA HOME (fls. 13 e 14).

Também consta no Boletim de Inteligência Fiscal o histórico da composição societária das empresas do grupo (fls. 15 a 17), ficando demonstrado, de modo inequívoco, o grau de parentesco ou de relacionamento, dos sócios com todas as demais pessoas integrantes das sociedades.

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, também, 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. Note-se também a constatação de coincidências de endereços entre empresas do grupo (fls. 17).

Diante de tal conclusão, a Infaz de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do SimBahia 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/97, e cientificou o autuado, para no prazo de 30 (trinta) dias impugnar a exclusão a que se refere o citado Termo.

Logo, o preposto fiscal que lavrou o Auto de Infração objeto deste PAF, apenas deu cumprimento à Ordem de

Serviço nº 513422/10.

Não houve contestação dos valores apurados pela fiscalização.

O recorrente ainda se insurge contra a multa de 100% aplicada pela JJF. Como bem pontuado pela PGE/PROFIS, ao autuante cabe propor a multa à infração contestada (art. 142, do CTN), porém cabe a este CONSEF a sua adequação à lei. No caso, ela se encontra prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Por tudo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0016/10-7**, lavrado contra **ARTE E BANHO ARTIGOS DE BANHEIROS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.088,86**, acrescido da multa de 100% sobre R\$1.905,12 e de 70% sobre R\$6.183,74 previstas no art. 42, incisos IV, “j” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Carlos Henrique Jorge Gantois, José Antonio Marques Ribeiro e Ivo Soares.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS