

PROCESSO - A. I. Nº 110120.0005/10-3
RECORRENTE - FILARMONICA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRONICOS LTDA.
(NORBERTO SOM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0225-04/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28.11.2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0379-12/13

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO O procedimento não foi observado, negando-se ao contribuinte a possibilidade de contraditar o ato administrativo, culminando em inadmissível ofensa ao constitucional direito à ampla defesa. Assiste razão o sujeito passivo, na legislação vigente, deixa claro que a autoridade competente para declarar, ou não, a perda do direito à adoção do tratamento tributário do Regime SIMBAHIA é o Inspetor Fazendário, em caso de cometimento de infrações de natureza grave pelo contribuinte. Frente a faltas de natureza grave, o contribuinte pode ser desenquadrado do SIMBAHIA, contudo, há que se observar os procedimentos previstos na legislação para que tal desenquadramento se consume, o que não se verificou no caso dos autos, haja vista que *"Quando da lavratura do presente Auto de Infração não foi elaborado o termo de exclusão do SIMBAHIA, tampouco o Sujeito Passivo foi intimado à cerca da exclusão do referido regime"*, conforme asseverado pela própria autuante. Infração descaracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o lançamento fiscal, condenando o Autuado ao pagamento do imposto no valor de R\$22.528,82, acrescido da multa de 70% e acréscimos legais.

O Auto de Infração lavrado contra a oro recorrente em 28/09/2010, decorre da única infração que acusa o Sujeito Passivo de haver recolhido a menos o ICMS, constando na descrição dos fatos que o imposto foi recolhido a menos em razão do desenquadramento de ofício da condição de participante do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) para o regime NORMAL.

Apreciados os elementos jungidos aos autos, os membros da 4ª JJF, decidiram, à unanimidade, pela Procedência da autuação, conforme se verifica do texto do voto condutor da Decisão, como segue:

VOTO

O autuado na defesa apresentada invocou a decadência do crédito tributário relativo ao exercício de 2005, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN. Observo que o citado dispositivo legal estabelece que "Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador;

expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Por sua vez o art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que "Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos aos fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/05 a 31/08/05 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/11, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 28/09/10, motivo pelo qual não acolho a decadência suscitada.

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

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

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

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

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

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

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

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

Som Video (integrante do grupo NORBERTO SOM) no período de set/03 a mar/06 e a Sr^a. Telma do Carmo Santos, vínculo empregatício com a Som Video e Talk do Brasil no período de dez/02 a mai/08.

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

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

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

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

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

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

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, fls. 116 a 128, insurge-se o recorrente contra a Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, de início aduzindo a decadência do lançamento com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, indicando que tomou ciência do Auto de Infração em 10/02/2011, e que as ocorrências que deram azo à lavratura da acusação fiscal ocorreram entre janeiro e agosto de 2005. Discorre derredor da matéria, trazendo à colação decisões de Tribunais Superiores nos REsp 101.407/SP e REsp 180.879/SP.

Referindo-se à infração, após dizer do quanto expresso na peça acusatória, traceja o conceito de "interposta pessoa", também aduzindo que inexistente na legislação federal e estadual a definição específica.

Entende que a existência de "interposta pessoa" está condicionada à utilização de nome e registro legais de pessoa alheia, como meio para obtenção de objetivos ilícitos e em favor de um terceiro, que apesar de oculto, mantém o controle e a direção de toda a situação. Nessa esteira, aduz que os elementos dos autos não permitem a conclusão de que no caso em tela há a interposição de pessoas, sobretudo porque "a fiscalização não carrega qualquer prova de que os sócios da ora recorrente foram controlados ou coagidos pelos ocultos interessados", também não havendo qualquer prova de que os seus sócios tenham sido controlados ou coagidos por terceiros.

Entende que se suplantada a decadência e a reconsideração do termo de exclusão do SIMBAHIA, os efeitos da combatida exclusão não poderiam retroagir para prejudicar-lhe. Cita e transcreve a jurisprudência para afirmar que os efeitos da exclusão do SIMPLES não podem retroagir a período anterior. Nessa esteira, aduz que os julgadores da 4ª JF decidiram de forma equivocada.

Afirma que a exclusão do recorrente do SIMPLES *"se deu única e exclusivamente por uma mudança de interpretação da autoridade fazendária, pois a SEFAZ estava ciente, desde o início da opção pelo SimBahia, da composição societária da empresa e, ainda assim, aceitou o enquadramento"*. Concluindo que *"... a SEFAZ não pode cobrar o tributo retroativamente, sob pena de ferir os princípios da confiança e da segurança jurídica"*.

Reitera, citando decisões do Superior Tribunal de Justiça, que o desenquadramento, exclusão do SIMBAHIA, não pode retroagir para agravar a exigência fiscal sobre o Contribuinte, ou seja, o desenquadramento da empresa não pode se dar com caráter retroativo, não podendo apanhar fatos geradores anteriores à exclusão.

Por derradeiro, requer que sejam julgados improcedentes ou anulados os lançamentos fiscais em voga.

A PGE/PROFIS, em manifestação firmada pela i. Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, fl. 138, recomenda que o feito fosse convertido em diligência para saneamento, considerando que não vieram aos autos o competente Termo de exclusão do SIMBAHIA, nem o ato de intimação do contribuinte para impugnar a exclusão do referido regime.

Incluído em pauta suplementar do dia 20/09/2012, os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiram converter o PAF em diligência à INFAZ de Origem para que fossem adotadas as providências necessárias ao saneamento da falha apontada.

Em manifestação colacionada à fl. 145, a Fiscal Autuante, em poucas palavras, diz que:

"Quando da lavratura do presente Auto de Infração não foi elaborado o termo de exclusão do SIMBAHIA, tampouco o Sujeito Passivo foi intimado à cerca da exclusão do referido regime".

A ação fiscal foi pautada no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0027/10, anexado às fls. 25 a 49 do presente processo".

Em nova manifestação, fls. 149 a 159, o recorrente, com esteio nas palavras da autuante na informação fiscal de fl. 145, aduz a nulidade do seu desenquadramento do SIMBAHIA em razão do cerceamento ao seu direito de defesa. Lista e transcreve ementas dos Acórdãos 0119-01/12 e 0099-02/12.

Para o caso de não ser decretada a nulidade da infração em comento, reitera suas razões quanto à impossibilidade da cobrança retroativa, mais uma vez trazendo à colação a jurisprudência.

Reitera seu pedido de nulidade ou improcedência do lançamento.

Em mesarepresentante da PGE/PROFIS, Dra. Angeli Maria Guimarães Feitosa, opina no sentido de que é nulo o Auto de Infração em que o desnquadramento do regime do SIMBAHIA tenha sido feito ao arrepio da legislação e do conhecimento prévio do autuado.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 - RPAF, no sentido de modificar o acórdão JJF 0239-05/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Cinge-se o presente Recurso à apreciação da infração que acusa o Sujeito Passivo de haver recolhido a menos o ICMS, consignado no Auto de Infração que o imposto foi recolhido a menos em razão do desenquadramento de ofício da condição de participante do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) para o regime NORMAL.

Em apertada síntese, além da decadência suscitada e da inexistência de interposta pessoa, o recorrente diz que é nulo o lançamento porque lhe foi negado o direito de defesa quando do desenquadramento do SIMBAHIA.

Considerando de maior relevância a questão atinente ao desenquadramento do Recorrente do SIMBAHIA, analiso esta matéria por primeiro.

É incontroverso, à luz da legislação e da jurisprudência pacífica neste Conselho de Fazenda que o desenquadramento de qualquer contribuinte dos regimes simplificados de apuração de ICMS somente pode acontecer mediante procedimento administrativo específico, no qual fosse oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa. No caso dos autos, à luz do que afirmou a Fiscal autuante, fl. 145, tal procedimento não foi observado, negando-se à ora recorrente a possibilidade de contraditar o ato administrativo, culminando em inadmissível ofensa ao constitucional direito à ampla defesa.

É notório que assiste razão ao Recorrente. O RICMS/Ba em seu art. 408-L, V, diz claramente que a autoridade competente para declarar, ou não, a perda do direito à adoção do tratamento tributário do Regime SIMBAHIA é o Inspetor Fazendário, em caso de cometimento de infrações de natureza grave pelo contribuinte.

Por certo, frente a faltas de natureza grave, o contribuinte pode ser desenquadrado do SIMBAHIA, contudo, há que se observar os procedimentos previstos na legislação para que tal desenquadramento se consuma, o que não se verificou no caso dos autos, haja vista que *"Quando da lavratura do presente Auto de Infração não foi elaborado o termo de exclusão do SIMBAHIA, tampouco o Sujeito Passivo foi intimado à cerca da exclusão do referido regime"*, conforme asseverado pela própria autuante.

Pelo exposto, considerando que a questão do desenquadramento é anterior às demais preliminares suscitadas pelo recorrente, e com fundamento no entendimento assente neste Conselho de Fazenda, expressos pelos Acórdãos nºs 0119-01/12, 0304-12/13, 0099-02/12, 0121-13/12, 0182-11/10 e 0345-12/10, entre outros, e também com base na legislação, e no fato de que a matéria dos autos remete a comandos constitucionais flagrantemente contrariados, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para julgar NULO o procedimento de exclusão do ora recorrente do SIMBAHIA, e em consequência o próprio lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº **110120.0005/10-3**, lavrado contra **FILARMÔNICA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. (NORBERTO SOM)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS