

A. I. Nº - 206925.0009/14-3
AUTUADO - VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA - EPP
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAT VAREJO
INTERNET - 20.08.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0151-04/15

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Não acolhida a arguição de decadência suscitada pela defesa em relação a este item da autuação. Infração mantida. 2. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ENQUADRAMENTO INDEVIDO COMO EPP NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. Argumentos defensivos referem-se a desenquadramento do regime do SimBahia, situação alheia aos fatos ocorridos nestes autos, que se relacionam a desenquadramento do Simples Nacional, com base em Relatório de Investigação Fiscal da INFIP, de pleno conhecimento do autuado, que, em processo próprio, quando da exclusão, se manifestou a respeito do mesmo. Cabimento da exigência do imposto retroativo, apurado com base na conta corrente fiscal. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. Itens não impugnados. Infrações mantidas. 4. LIVRO FISCAL. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Item não impugnado. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 16/12/2014 objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$31.483,11 em decorrência das seguintes acusações:

1 - Recolheu a menor ICMS no valor de R\$6.804,71 em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

2 - Recolheu a menor ICMS no total de R\$3.083,09 em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMPLES NACIONAL, consoante documentos probatórios acostados ao Processo nº 481.296/2010-8. Cálculo das diferenças devidas efetuado conforme demonstrativo anexo. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

3 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicado penalidade no valor de R\$518,13 equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

4 - Extravio de documentos fiscais. O contribuinte não apresentou, alegando perda, todos os documentos fiscais, emitidos nos exercícios de 2009 e 2010, lançados no livro Registro de Saídas

de Mercadorias, conforme demonstrativo anexo. Foi aplicada penalidade no valor de R\$4.415,00 prevista pelo inciso XIX, art. 42 da Lei nº 7.014/96.

5 - Deixou de escriturar o livro Registro de Inventário, referente aos exercícios de 2009 e 2010. Multas nos valores de R\$15.583,24 e R\$1.078,94, totalizando R\$16.662,18, com previsão no inciso XII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com impugnação parcial ao lançamento, fls. 27 a 41, destacando, de início que impugnará apenas às infrações 01 e 02, enquanto que, em relação às de nº 03, 04 e 05, menciona ao final que irá reconhecê-las.

Nesta linha, reportando-se a infração 01, diz que tomou ciência do Auto de Infração em 17/12/2014, ficando, naquela data, ao seu entender, constituído o crédito tributário do Estado da Bahia, que na infração 01 envolve lançamento de 30/06/2009. Assim, diz que comprovará que o suposto fato gerador da obrigação tributária descrita como ocorrida na referida data encontra-se DECAÍDO. Isto porque, afirma, há que se classificar o referido tributo na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150 do CTN. Com isso, o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário, através do presente Auto de Infração não pode alcançar lançamentos anteriores a 17/12/2009, motivo pelo qual deve ser excluído o fato gerador supostamente ocorridos em 30/06/2009.

Em seu socorro, transcreve, a título de exemplo, precedentes do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, bem como reproduz ementa do acórdão proferido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência (nº 101.407-SP (98.88733-4), bem como o julgado do mesmo Tribunal, relacionado ao REsp nº 180879-SP, para concluir, em relação a esta infração que, seja na instância administrativa, seja na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, e onde houve recolhimento parcial, o prazo decadencial seja superior a 05 anos. Por esta razão se espera a exclusão do lançamento realizado referentes a 30/06/2009.

Adentra à segunda infração, destacando que é uma empresa cuja atividade comercial encontra-se devidamente identificada em seu contrato social, sujeitando-se ao pagamento de diversos tributos previstos em lei, dentre eles o ICMS.

Aduz em seguida que 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*”. Na autuação encontra-se identificado o processo nº 481.296/2010-8 como aquele que apurou a infração em exame, mas destaca que não teve a devida oportunidade de ali se defender adequadamente.

Menciona que tal acusação, na forma como lançada, mostrou-se completamente descabida, haja vista que é uma empresa constituída pelos seus legítimos sócios, todos possuidores de direitos e obrigações, conforme restará demonstrado, ressaltando que em nenhum momento se fez qualquer produção de prova, pelo menos com sua participação, o que considera que era fundamental, já que sua exclusão do SIMBAHIA lhe acarretaria um pesado ônus.

Destaca que a sua exclusão do SIMBAHIA com efeito retroativo, publicada no Diário Oficial do Estado, foi totalmente inesperada, e, injustificada, citando que no próprio ato de exclusão se limitou em afirmar que o motivo da infração foi que a constituição da empresa se deu por interpresa pessoa, sem esclarecer e fundamentar tal conclusão, configurando, então, um verdadeiro cerceamento de defesa.

Passa, em seguida, a arguir nulidade da sua exclusão do regime SIMBAHIA, por cerceamento de defesa, visto que a Autoridade Fiscal decretou sua exclusão do SIMBAHIA informando apenas e tão somente que o motivo da infração foi a constituição da empresa por interpistas pessoas, sem demonstrar como chegou a essa conclusão ou quais provas serviram de embasamento para sua

decisão, dizendo que o acesso a tais informações era e são de extrema importância pois só assim seria capaz de produzir uma prova em contrário. Cita jurisprudência a este respeito.

Registra em seguida que em nenhum momento restou configurada a hipótese de exclusão apontada pela Autoridade Administrativa, ou seja, a suposta ilicitude não passou do campo subjetivo, figurando o desenquadramento do citado Regime como forma indireta para cobrança de tributo, em frontal ofensa a diversos precedentes jurisprudenciais, como a recente decisão exarada pelo Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF) – que transcreveu.

Salienta que a legislação, tanto a federal como a estadual, não prevê a possibilidade de presunção da ocorrência de tal infração (constituição de empresa com interposição fictícia de pessoas), sendo indispensável, portanto, a produção de prova robusta e inequívoca acerca do seu cometimento, a fim de justificar e embasar a aplicação de tão dura penalidade, prova esta que deveria ter sido disponibilizada. A este respeito cita lição do Professor Hugo de Brito Machado, em seu artigo Mandado de Segurança em direito tributário, ressalta a importância da fundamentação das decisões pela Autoridade Administrativa.

No item seguinte, relacionado a "Indícios x Provas", cita doutrina bem como ensinamentos de eminentes Mestres do Direito, para concluir neste tópico que o procedimento de exclusão, levado a efeito pela intimação, mostra-se no mínimo arbitrário, para não dizer um verdadeiro abuso de poder. Isto porque sua exclusão, com efeito retroativo do Sistema Simplificado de Apuração de ICMS, resultará invariavelmente em incomensuráveis prejuízos, sem que ao menos lhe fosse oportunizada a ampla defesa, direito este que é constitucionalmente assegurado.

Argui a inexistência de interposta pessoa, afirmado que ambos os sócios da autuada são sócios efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes a tal atividade. Menciona o seu contrato social, que se encontra de acordo com o Código Civil de 2002, estando as cotas devidamente lançadas em suas declarações de imposto de renda e que não há qualquer cometimento de infração por parte da Impugnante ou de seus sócios que enseje a sua exclusão do regime tributário SIMBAHIA, razão pela qual o termo de exclusão deve ser revisto, de imediato, com a devida preservação da autuada em tal sistema.

Em seguida, invocando o princípio da eventualidade, diz que caso não seja acolhido o pedido de decadência, bem como o de reconsideração do termo de exclusão do SIMBAHIA, argui que os efeitos da combatida exclusão não poderiam retroagir para lhe prejudicar, voltando, em seu socorro, citar e transcrever jurisprudência.

Em conclusão requer se julgar pela decadência da infração 01 e pela improcedência da infração 02.

O autuante, por sua vez, prestou informação fiscal, fls. 58 a 75, discordando da arguição de decadência feita pelo autuado em relação a infração 01, aduzindo que os dispositivos legais vigentes à época em que ocorreu a infração, erigidos no CTN, artigo 173, inciso I, no COTEB, aprovado pela Lei nº 3.956/81, artigo 107-A, inciso I, e no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, no seu art. 965, inciso I, prevêem que o direito da Fazenda Pública em 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. Cita, também, o COTEB, no seu artigo 107-B, § 5º, também vigente à época da infração, destacando que o prazo para a constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os dispositivos acima citados, não tendo fundamento a alegação defensiva, haja vista que a data da ocorrência da infração (30/06/2009) está inserida no período iniciado em 01/01/2010 e terminado em 31/12/2014, portanto, dentro do prazo legal de 5 (cinco) anos. Cita jurisprudência do CONSEF a este respeito.

Em relação a Infração 02 destaca que a defesa está completamente equivocada, pois utilizou argumentos que não correspondem à infração que lhe é atribuída no auto de infração em discussão.

Observa que o SIMBAHIA vigorou até 30/06/2007 e que a partir de 01/07/2007 entrou em vigor o SIMPLES NACIONAL, sendo que, no Estado da Bahia, os contribuintes que preenchessem as condições exigidas deveriam então migrar do SIMBAHIA para o SIMPLES NACIONAL. Com isso, diz que o SIMBAHIA já estava extinto no período da ocorrência dos fatos que motivaram a autuação, por isso, ao fundamentar a defesa nesse aspecto, a mesma torna-se ineficaz, pois, não corresponde ao foco da autuação.

Diz que no cadastro de contribuintes desta SEFAZ consta que a autuada não estava enquadrada no SIMPLES NACIONAL no período a que se refere essa infração e que, igualmente, consulta ao Portal do Simples Nacional indica que a mesma não está cadastrada no sistema.

Informa que a autuada efetuou os recolhimentos mensais de ICMS relativos ao exercício de 2009, como empresa enquadrada no regime normal de apuração, usando o código de receita 759 - ICMS REGIME NORMAL – COMÉRCIO e que somente no exercício de 2010, inexplicavelmente, ela passou a utilizar o código de receita 709 - ICMS SIMPLES NACIONAL, sem que estivesse inscrita no Sistema.

Diante disto, diz que efetuou a apuração dos valores devidos, utilizando o sistema de conta corrente sendo que a cobrança representa a diferença entre o valor apurado pelo regime normal, que a autuada deveria ter utilizado, e o regime simplificado, que ela, de fato, utilizou.

Acrescenta que os fatos aduzidos pela defesa pertencem ao passado e que já foram objeto de autuações anteriores, em processos já devidamente apreciados e julgados procedentes pelo Conselho de Fazenda Estadual, ou sejam, Auto de Infração nº 206925.0004/11-7 e Auto de Infração nº 206925.0020/10-4, onde, em suas defesas, foram apresentados os mesmos argumentos ora trazidos nestes autos.

Levando em consideração o que foi discorrido pela defesa, contrapõe dizendo que a autuada foi excluída do SIMPLES NACIONAL, e não do SIMBAHIA, como foi dito por ela, através do Processo nº 481.296/2010-8, com fundamento nos artigos 28 e 29, da Lei Complementar nº 123, de 23/07/2007, e nos artigos 393-E e 393-F do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. A exclusão foi motivada por irregularidades apontadas no Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, onde apurou-se que o estabelecimento em questão, sendo integrante de um conglomerado de empresas, utilizou-se de interpostas pessoas na sua constituição.

Ressalta que o aludido processo seguiu todos os trâmites legais para a matéria em questão, sendo lavrado o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL Nº 0004/2010, com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação, assim o desejando. O respectivo Edital de Notificação nº 03/2010, foi devidamente publicado no Diário Oficial do Estado em 18/06/2010, como reconheceu a própria autuada (fl. 32), sendo todo o processo de exclusão do pleno conhecimento da autuada, inexistindo possibilidade de cerceamento de defesa.

Pontua que a autuada apresentou Recurso Administrativo, através do processo nº 508.045/2010-3, visando suspender a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL e teve o seu pedido INDEFERIDO, pois, as suas alegações não foram capazes de elidir as provas apresentadas pelo Fisco em relação à situação que gerou a exclusão, ou seja, a utilização de interpostas pessoas na constituição das empresas participantes do GRUPO BÁSICA HOME, considerando que o somatório da receita desses estabelecimentos ultrapassou o limite legal de enquadramento no sistema, em todos os períodos analisados.

Diz que, superada essa etapa recursal, foi emitida a Ordem de Serviço nº 506.435/14, determinando a apuração do imposto devido, de forma retroativa, em função da exclusão da empresa do sistema SIMPLES NACIONAL, pelos motivos apontados no processo original, sendo

que a autuada não contestou os dados apresentados no Demonstrativo da Apuração do ICMS, fl. 08.

Pontua que a defesa discorreu longamente na tentativa de eivar o Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, que motivou a exclusão do contribuinte do regime simplificado, relatando os mesmos motivos listados na sua manifestação constante do Processo nº 481.296/2010-8, referente ao desenquadramento da empresa do regime, todavia, sem apontar nenhum fato ou fundamento de direito novo, que pudesse anular a acusação de formação de grupo econômico e interposição de pessoas na constituição das sociedades, a fim de diminuir o pagamento de imposto, citando ser o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, devidamente publicado no Diário Oficial do Estado, o competente instrumento legal, necessário à lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO, enquanto que, o aludido termo faz referência e está estribado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010. Portanto, não procede a alegação da autuada quanto à falta de fundamentação daquele instrumento administrativo, visto que as justificativas da exclusão do contribuinte do SIMPLES NACIONAL estão devidamente arroladas e analisadas no referido boletim, ressaltando que a Autuada tomou ciência do seu conteúdo, inclusive, com abertura de prazo para impugnação, conforme legislação da matéria, sendo, pois, asseguradas todas as oportunidades para apresentação de defesa em relação às acusações constantes do processo de exclusão do sistema.

Acrescenta que os fatos que ocasionaram a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL estão devidamente comprovados no Processo Administrativo nº 481.296/2010-8 e existem provas concretas e documentadas, constantes do Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, obtidas mediante cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que a Autuada utilizou artifícios para burlar a legislação do SIMPLES NACIONAL, solicitando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo, assim, o seu imposto devido mensalmente, em razão das suas operações de vendas. Cita que as acusações não são baseadas em suposições, mas em provas inferidas a partir da análise de um conjunto formado por documentos de constituições de sociedades e alterações contratuais posteriores, todos arquivados na JUCEB, acrescentando que os documentos imprescindíveis à formação do convencimento, alicerçado na verdade trazida à tona, como já foi dito, estão anexados ao Processo Administrativo nº 219.275/2008-6, os quais são documentos de fé pública, elaborados pela própria autuada e arquivados nos órgãos competentes, portanto, incontestáveis.

Passa a citar e a transcrever reiteradas decisões deste CONSEF a respeito deste tema, no sentido de declarar a procedência de Auto de Infração, lavrado em questões da mesma natureza, tanto em primeira quanto em segunda instâncias.

Cita e transcreve também, julgamentos realizados neste CONSEF em relação a Autos de Infração lavrados contra a própria autuada e outras empresas do GRUPO BÁSICA HOME, cujos Autos de Infração mencionados pela informação fiscal correspondem aos seguintes Acórdãos: 0265-05/11 e 0121-11/13; 0155-01/11 e 0377-11/12; 0135-05/11 e 0382-02/12; 0338-04/11 e 0390-12/13.

Passa a tecer outras considerações colhidos do referido Boletim de Inteligência Fiscal, menciona o Parecer da PGE PROFIS a respeito do desenquadramento das empresas pertencentes ao Grupo Básica Home, que concluiu que as empresas pertencentes ao referido Grupo, 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. Cita as empresas que integram o Grupo Básica Home., destacando, também, que consta do aludido Boletim o histórico da composição societária das empresas do grupo, ficando demonstrado, de modo inequívoco, o grau de parentesco, ou de relacionamento, de Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho e sua esposa Roberta Meira Pinto Coelho com todas as demais pessoas integrantes das sociedades, sendo que, no caso específico da empresa Via Metal Comércio de Ferragens Ltda., IE 044.984.795, no período fiscalizado, constam como sócios(as), a própria Roberta Meira Pinto

Coelho e seu filho menor Vítor Meira Pinto Coelho, CPF 026.870.315-83, citando, a este respeito, o Art. 3º da Lei Complementar nº 123/06 e o Art. 5º da Resolução nº 15 do CGSN.

Asseverou que ficou amplamente demonstrado com base no Processo Administrativo nº 219.275/2008-6, bem como, no Parecer da PGE/PROFIS que houve irregularidades na constituição das empresas do GRUPO BÁSICA HOME, utilizando-se de interpostas pessoas na composição do seu quadro social, a fim de escamotear os verdadeiros sócios, possibilitando, assim, o fracionamento do negócio, com redução da receita bruta declarada, e consequente enquadramento no regime simplificado de apuração do imposto.

Em conclusão diz que o autuado limitou sua defesa na tentativa de desqualificar o Boletim de Inteligência Fiscal, que serviu de base ao processo de exclusão da empresa do regime simplificado de apuração do imposto, enquanto que o débito apontado no Auto de Infração está estribado em documentos obtidos da escrita fiscal do próprio contribuinte, ou da base de dados da SEFAZ.

Pugna, por fim, pela Procedência do Auto de Infração.

Às fls. 78 a 80, foram juntados extratos de parcelamento do débito pertinentes às infrações 03, 04 e 05.

VOTO

O autuado suscitou a decadência da infração 01 ao argumento de que tomou ciência da autuação em 17/12/2014, enquanto que a autuação envolve lançamento com data de 30/06/2009, portanto, não pode alcançar lançamentos anteriores a 17/12/2009. Citou julgados de Tribunais Superiores e considerou incontroversa a aplicação da regra do art. 150, § 4º do CTN, por não admitir que em se tratando de lançamento por homologação, onde houve recolhimento parcial, seja superior a 5 anos. Estes argumentos foram impugnados e descartados pelo autuante.

Não vejo como acolher a tese do autuado, visto que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo para homologação do lançamento, e, neste caso, não pode ser acatada a alegação de decadência, com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo para homologação:

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.

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto para efetivação do lançamento, conforme inciso I do art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia (vigente à época da ocorrência dos fatos geradores), *in verbis*:

"Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

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

(...)"

Ressalte-se que o CTN, diploma legal com *status de lei complementar*, a quem cabe determinar as normas gerais de direito tributário, nos termos do art. 146, II, "b" da Constituição Federal, inicialmente fixa como marco inicial do prazo decadencial o fato gerador da obrigação tributária, mas, o § 4º do art. 150 respaldou que a legislação dos entes federados fixasse prazo para homologação, ao cunhar, no início do parágrafo citado, a expressão "***se a lei não fixar prazo à homologação***". Assim, a legislação baiana - respaldada na autorização legal do art. 150, § 4º do próprio CTN, ou seja, autorização dada pela própria lei complementar que fixa as normas gerais em matéria de legislação tributária - fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial. Frise-se, ainda, que a expressão "lei", cunhada no dispositivo citado, deve ser entendida como lei ordinária, e não lei complementar. Portanto, a lei baiana, dentro do permissivo legal do próprio CTN, fixou prazo para homologação.

Por outro lado, temos que o Art. 173, inciso I, do CTN, dispõe que "*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*".

Como visto, o disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, que estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN, e, desta maneira, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 16.12.2014, entendo plenamente aplicável ao lançamento ora em apreço a regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, que dispõe que o prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Desta forma, não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações realizadas no exercício de 2009, o que somente se daria em janeiro de 2015, nos termos do inciso I do art. 107-A, do COTEB, acima citado.

Por fim, vejo que por ocasião da revogação do art. 107-A do COTEB, decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, firmou-se entendimento, tanto na PGE/Profis como neste CONSEF, que por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural, ela não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente, a exemplo de recentes decisões proferidos pelas Câmaras de Julgamento Fiscal (Acórdãos CJF nº 0031-11/15 e 0050-12/15).

Diante de todo o exposto, afasto a arguição de decadência suscitada pelo autuado em relação a infração 1, a qual julgo procedente.

Quanto a infração 2, que apenas abrange os períodos de janeiro, fevereiro e abril/2010, cujo crédito reclamado atingiu o total de R\$3.083,09 todos os argumentos do autuado estão direcionados à sua exclusão do SIMBAHIA, o que não se reflete nestes autos, visto que esse regime se findou desde 30/06/2007, com o advento do Regime do Simples Nacional a partir de 01.07.2007.

Analizando o argumento do autuado de que em "*09/07/2010, foi surpreendida 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". Na autuação encontra-se identificado o processo nº 481.296/2010-8 como aquele que apurou a infração em exame, mas a Autuada destaca que não teve a devida oportunidade de ali se defender adequadamente*" (grifo nosso), vejo que, o patrono do autuado tenta trazer para discussão nestes autos, fatos que se referem a sua exclusão do SimBahia, o que não é o caso, ao dizer que naquela oportunidade não teve oportunidade de se defender adequadamente. A vista do que está dito acima, dúvidas não restam que o autuado teve pleno conhecimento do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010 da INFIP bem como do Processo nº 481.296/2010-8.

É oportuno ressaltar que em conformidade com o informado pelo autuante, o aludido processo seguiu todos os trâmites legais para a matéria em questão, sendo lavrado o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL Nº 0004/2010, com abertura de prazo para que o contribuinte apresentar impugnação, ao tempo que o respectivo Edital de Notificação nº 03/2010, foi devidamente publicado no Diário Oficial do Estado em 18/06/2010, sendo todo o processo de exclusão do pleno conhecimento da autuada, inexistindo possibilidade de cerceamento de defesa, tanto que apresentou à época Recurso Administrativo, através do processo nº 508.045/2010-3, visando suspender a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL e teve o seu pedido INDEFERIDO, ante a comprovação da utilização de interpostas pessoas na constituição das empresas participantes do GRUPO BÁSICA HOME.

Desta maneira, afasto o argumento de nulidade por cerceamento de defesa, pois os elementos de prova foram carreados ao processos já referido, e constam no mencionado Boletim de Inteligência Fiscal, que comprovou a existência de interposta pessoa, situação esta não permitida por força de lei.

Aliás, esta questão de processos envolvendo empresas do chamado GRUPO BÁSICA HOME englobam diversos Autos de Infração já apreciados por este Conselho de Fazenda, conforme mencionado na informação fiscal, inclusive contra a própria autuada a exemplo dos acórdãos nºs 0265-05/11 e 0121-11/13; 0155-01/11 e 0377-11/12; 0135-05/11 e 0382-02/12; 0338-04/11 e 0390-12/13, razão pela qual, e por terem sido enfrentados os mesmos argumentos aqui suscitados, peço vênia para transcrever o Voto proferido pelo Julgador Ildemar José Landin, pertinente ao PAF nº 206925.0004/11-7, Acórdão nº 0265-05/11, cujos fundamentos acolho e passam a integrar este voto, o qual, por sua vez, faz referência ao Acórdão JJF nº 0135-05/11, decorrente de Auto de Infração lavrado contra empresa do mesmo Grupo. O julgamento em segunda instância relativamente ao Voto a seguir transcrito, manteve a decisão de piso por unanimidade, através do Acórdão nº 0121-11/13, cujo relator foi o então Conselheiro Fábio de Andrade Moura:

VOTO

(...)

Igualmente, 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”.

O processo de exclusão seguiu todos os trâmites legais, sendo lavrado o competente Termo de Exclusão do Simbahia para Efeito de Cobrança Retroativa de ICMS, fl. 29, com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação. Portanto, 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 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 Boletim de Inteligência Fiscal 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, a exação fiscal refere-se 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), exigido 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, vigente à época, 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 7.357/98, 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 Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, subscrito pela Inspetoria da INFIP – Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, demonstrativos, documentos de fls. 10 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 7.357/2008, 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).

Dianete 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 às conclusões obtidas por meio do Boletim de Inteligência Fiscal (BI) nº 0063/2010, datado de 05 de abril de 2010.

Portanto, o autuante deu estrito cumprimento à recomendação constante no “BI”, desenquadramento 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 Boletim de Inteligência Fiscal (BI) nº 0063/2010 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 exigido está demonstrado na planilha de fls. 06/07, 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.

Cumpre observar, no tocante à multa pelo descumprimento da obrigação principal, que o autuante incorreu em equívoco ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo art. 42, III da Lei nº 7.014/96. Levando-se em consideração que se trata de infração de natureza grave, a infração se enquadra no inciso IV, alínea “j”, do citado dispositivo legal, pelo que fica retificado o percentual da multa para 100%.

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

De maneira que, como a exclusão do autuado do Regime do Simples Nacional, de acordo com o constante em seus dados cadastrais na SEFAZ, ocorreu em 01/01/10, a apuração do imposto a partir desta data passou a ser através da conta corrente fiscal, conforme corretamente feito pelo autuante, isto é, a empresa excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, consoante previsão no arts. 28 e 29 da Lei Complementar nº 123/2006, *verbis*:

"Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

Desta maneira, a exigência do imposto a partir do mês de janeiro/2010 tem amparo legal e, pelo fato do autuado em nenhum instante ter impugnado os cálculos elaborados pelo autuante, estes ficam mantidos, sendo subsistente a infração 02.

Em conclusão, voto pela Procedência do Presente Auto de Infração, recomendando que seja homologado o valor já pago decorrente do parcelamento de débito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206925.0009/14-3, lavrado contra **VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.887,80**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II b" e "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$21.595,31**, previstas nos incisos IX, XIX e XII do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos decorrente do parcelamento de débito.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR