

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0009/14-3
RECORRENTE - VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0151-04/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0184-12/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Quando da lavratura do Auto de Infração não havia sido extinto o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, consoante previsto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), *vigente à época dos fatos geradores*, cuja *norma jurídica* se aplica, por tratar de *natureza material* e não procedimental. 2. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ENQUADRAMENTO INDEVIDO COMO EPP NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. Razões recursais insuficientes para a reforma da Decisão. O recorrente não estaria mais enquadrado no Simples Nacional, pois a exclusão apesar de ter ocorrida após os fatos geradores teve incidência retroativa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 13/08/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/12/2014, com o objetivo de exigir do ora recorrente, crédito tributário, no valor histórico de R\$ 31.483,11 (trinta e um mil, quatrocentos e oitenta e três reais e onze centavos), em decorrência do cometimento de 5 (cinco) infrações, sendo objeto do presente Recurso as Infrações 1 e 2, conforme abaixo.

Infração 01. RV – 03.01.01 – Recolheu a menos 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.

Infração 02. RV – 03.02.04 – Recolheu a menos ICMS no total de R\$3.083,09 em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

O autuado apresentou impugnação tempestiva às fls. 27 a 41, suscitando que os créditos tributários cobrados na Infração 1 já estariam decaídos e pela improcedência da Infração 2, reconhecendo as Infrações 3, 4 e 5.

Posteriormente, foi apresentado pelo autuante uma extensa Informação Fiscal às fls. 58 a 75. De forma incisiva, detalhou suas justificativas para aplicação das infrações e reiterou que a Ação Fiscal fosse julgado Totalmente Procedente. Por fim, mencionou que o autuado reconheceu as Infrações 3, 4 e 5, todavia até a presente data não havia sido feito o recolhimento.

Na sequência do manuseio dos Autos, verifiquei que constam anexadas às fls. 78 a 81 os extratos e demonstrativos extraídos do sistema interno da SEFAZ (SIGAT), referente ao parcelamento feito pelo Autuado das Infrações por ele reconhecidas, tendo inclusive pago a primeira parcela no valor de R\$1.131,54.

Ato contínuo a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que optou pela Procedência do Auto de Infração, nos seguintes termos:

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 fixassem 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, entendendo 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 procedimental, 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 o autuado 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 do autuado, 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 próprio autuado 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 vênha 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 atende 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.

Constatou 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).

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 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", 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 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.

Cumpra 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.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o autuado impetrou Recurso Voluntário às fls. 104 a 112, requerendo que seja reconhecida a decadência da Infração 1 e declarada nula a Infração 2, pelas razões que expôs.

Entende o oro recorrente, que o prazo para lançamento desta infração, considerando o fato gerador de junho de 2009 já havia sido fulminado pela decadência, já que o Auto de Infração foi lavrado em 16/12/2014, ou seja, a decadência teria ocorrido aproximadamente cinco meses antes da lavratura do Auto de Infração.

Afirma que no julgamento de piso não foi considerada a novel legislação que versa sobre o assunto, a Lei nº 13.199/2014, a qual considera a fluência do prazo decadencial a partir do fato gerador e não a partir do primeiro dia do exercício seguinte, como terminou se decidindo.

Cita o revogado Art. 107-A do COTEB, que em seu Inciso I utiliza a expressão “*poderia ter sido efetuado*”, tratando dos lançamentos que estavam em condições de serem efetuados com pagamento, mas que não foram, porém este não é o caso em questão, pois a Infração 1 foi formulada como se recolhido à menor o imposto fosse é essa é a prova de que alguma parcela foi recolhida. Sendo o lançamento do imposto por homologação e havendo a antecipação do pagamento, a partir deste fato que deve ser contado o prazo decadencial de cinco anos.

Transcreve o Art. 164, §2º do próprio COTEB que há retroatividade da lei tributária para beneficiar o sujeito passivo, quando se tratar de penalidade. Menciona ensinamentos do Professor Eduardo Sabag, que em linhas gerais leciona: “*nos casos de lançamentos por homologação com pagamento do tributo recomenda-se a aplicação exclusiva do Art. 150 §§ 1º e 4º do CTN... O prazo é de 5 (cinco) anos a contar do fato gerador (...)*”.

Por fim pede que para o presente caso seja considerada a novel legislação (Lei nº 13.199/2014), que em seu Art. 8º revogou o Art. 107-A, o §5º do Art. 107-B e o Parágrafo único do Art. 135, todos do COTEB e desta forma prevaleça o prazo fixado no Art. 150, §4º do CTN, para julgar decaída a parte defendida.

Quanto à Infração 2, afirma o Recorrente que não teve ciência do “Boletim de Inteligência”, antes de fazer sua defesa contra o Ato de exclusão do Simples, de forma que não pode ser tão duramente penalizada por isso.

Entende que foi ferido o princípio da ampla defesa, transcreve o Art. 5º, LV, da CF e por esse motivo todo procedimento deve ser julgado Nulo, haja vista a impossibilidade de se defender adequadamente em momento oportuno, o que acabou de lhe prejudicar imensamente.

Além disso, informa que o Autuado foi enquadrado pela suposta interposição fictícia de pessoas, todavia, afirma que tratam-se de sócios efetivos, possuidores de deveres e obrigações inerentes à atividade, inclusive com suas cotas subscritas no contrato social, além de devidamente lançadas

nas suas declarações do imposto de renda.

Alega que deve haver provas robustas e inequívocas para esta acusação e não uma presunção simplesmente porque a autoridade fiscal “acha” que se trata de hipótese de exclusão. Interpreta que ao agir assim, a Autoridade Fiscal simplesmente desconsidera a personalidade jurídica do autuado, fato grave, pois presume confusão patrimonial e fraude à lei, como se não houvesse uma Pessoa Jurídica, regulamente estabelecida para desenvolver seu objeto social específico.

Ao fim, pede que seja juntado ao presente Processo o PAF que gerou a exclusão da empresa do Regime Simplificado – Simples Nacional ou que seja julgado Nulo o lançamento desta infração, por cerceamento do direito de defesa.

Após trâmite legal, o presente Processo foi distribuído para apreciação da i. Conselheira Alessandra Brandão Barbosa. Esta por sua vez expôs a situação para o colegiado da 2ª Câmara que decidiu por converter o Processo em diligência, para que a INFAZ de origem juntasse a documentação comprobatória constante do Processo nº 481296/2010-8, no bojo do qual ocorreu a exclusão do Autuado do Simples Nacional.

Assim foi feito!

A Inspetoria fez a juntada das seguintes documentações:

- Cópia do Protocolo referente ao Processo nº 481296/2010-8, cadastrado em 08/06/2010 com a expressão detalhada no campo de observação “termo de exclusão do Simples Nacional do oro recorrente”.
- Comunicação interna nº 0033/2010, da INFIP, com detalhamento do encaminhamento do Boletim de Inteligência Fiscal, nº 0063/2010 para a DAT METRO/VAREJO em 05/04/2010, citando o roteiro padrão para o desenquadramento das empresas do SIMBAHIA, a fim de se evitar prováveis nulidades de Autos sob alegação da existência de vícios procedimentais.
- Parecer Final de Impugnação a Exclusão do Simples, com status de “Recurso Indeferido”, em 20/07/2010.
- Intimação da Decisão do Parecer citado acima, referente ao pleito do contribuinte, para sua ciência, em 21/07/2010.
- Edital de cientificação nº 31/2010, com informação do Processo nº 508045/2010-3 (PAF da Impugnação a exclusão do Simples) da empresa Via Metal com status de Indeferido.

Em seguida, seguindo o determinado em diligência o resultado foi encaminhado para manifestação do Autuado, que ocorreu nas fls. 130 a 132.

O Autuado atesta que não foi atendida a solicitação posta em diligência, para apresentação da cópia do Processo nº 481296/2010-8, de modo a prover indispensáveis subsídios, para aferir a legitimidade da exclusão. Entende que a Inspetoria descumpriu o comando e apenas juntou cópias parciais de algumas folhas do processo administrativo que terminou por efetivar sua exclusão do Simples Nacional.

Relata que sua inconformidade consiste na deficiência de sua intimação para exclusão do Simples, pois no Ato Inicial em momento algum se identificou a existência de qualquer “boletim de inteligência fiscal, nº 0063/2010”. Para fazer prova dessa afirmação, anexa cópia da intimação realizada exclusivamente por edital, de 18/06/2010 e que por essa cópia poderá ser analisado que não houve qualquer citação ao referido boletim.

Destaca o fato do sujeito passivo ter sido intimado apenas por edital, apesar de está ativa no estado e ainda mais relevante o fato de que, após a publicação do Edital, a empresa apresentou defesa tempestiva (PAF nº 508045/2010-3) no dia 20/07/2010 e nesse mesmo dia o Inspetor promoveu o julgamento sem qualquer instrução detida, inclusive sem citar o tal Boletim Fiscal.

Fez a juntada da cópia da defesa administrativa apresentada logo após a exclusão do Simples,

para provar que desde aquela oportunidade foi reclamado a respeito da ausência de anterior processo administrativo para apurar a infração lançada e que ficou notório, através do conhecimento do “boletim de inteligência fiscal”, documento este que volta a afirmar não foi levado ao conhecimento da empresa, para possibilitar-lhe a defesa plena do ato da exclusão.

Por fim pede que a INFAZ varejo seja novamente provocada, desta vez para juntar a cópia integral do Processo nº 481296/2010-8, processo este citado na lavratura do Auto de Infração, para que fique claro e que este colegiado possa julgar com precisão a nulidade apontada.

Às fls. 151 a 154 foi prestado nova Informação Fiscal, na qual o autuante reitera entendimento no que tange a Infração 1 e quanto a segunda infração afirma que a finalidade da diligência não foi os fatos contidos no Processo nº 481296/2010-8 e sim fornecer subsídio aos julgadores, o que foi feito pela Repartição Fazendária.

Alega que o desenquadramento do autuado do Regime Simplificado é passado, pois já foi devidamente analisado e julgado por quem de direito. Aduz que basta uma consulta ao Portal do Simples Nacional para se ter a resposta de que a empresa jamais foi optante do Simples Nacional, bem como a mesma informação é possível extrair do site da SEFAZ/BA. Fotografa e anexa as telas das consultas para demonstrar. Desta forma reitera que com base nessa situação refez a apuração do Autuado pelo regime de conta corrente fiscal, sendo lançadas as omissões apuradas.

Assevera que os documentos anexados pela Repartição Fazendária (fls. 122 a 126 do presente PAF), reforçam de forma definitiva que o autuado não goza mais de quaisquer benefícios do Regime Simplificado, visto a sua exclusão ter ocorrido na forma regulamentar, como está explicitado no Parecer nº 12885/2010 (PAF nº 508045/2010-3).

Por fim, pede que seja mantida a autuação fiscal, reforçando que o processo de exclusão do Simples Nacional seguiu as etapas descritas no roteiro de procedimento interno disponível na Intranet da Sefaz. Aduz que ainda que o autuado não tenha acesso direto a tais procedimentos, os mesmos encontram-se embasados legalmente e orientam as ações dos servidores que compõe a Sefaz.

Com o afastamento da i. Conselheira Alessandra Brandão Barbosa o presente PAF foi redistribuído, cabendo a este julgador instruí-lo e julgá-lo.

Não houve Parecer da PGE/PROFIS.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, referente aos períodos de janeiro de 2009 a dezembro de 2013, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$31.483,11 em decorrência do cometimento de 05 (cinco) infrações, das quais as duas primeiras foram objetos da tese recursal e as demais reconhecidas e parceladas, conforme demonstrativos e extratos acostados aos Autos.

Foram objetos do presente Recurso as Infrações 1 e 2, ambas referentes à recolhimento à menor de ICMS, a primeira em decorrência do desencontro entre o valor recolhido e o escriturado, referente a competência de junho de 2009 e a segunda Infração por motivo de erro na apuração do imposto.

O recorrente levanta a hipótese de prejudicial de decadência quanto a primeira infração e de nulidade da segunda, deixando de atacar o mérito de ambas.

Quanto a primeira infração, o autuante anexou as fls. 6 e 7 o relatório de auditoria contendo o levantamento do valor cobrado de R\$6.804,71, bem como o livro de apuração do ICMS do Autuado que deu subsídio para este lançamento. Refere-se a uma única competência, a do mês de

junho/09.

Acontece que o Auto de Infração foi lavrado em 16/12/2014, sendo cientificado o Autuado em 17/12/2014, ou seja, passados mais de 5 anos da data de ocorrência do fato gerador para a data de ciência pelo Autuado.

Cerca de 15 dias antes da lavratura deste Auto de Infração, tinha sido publicado a Lei nº 13.199, de 28 de novembro de 2014, com produção de efeito em 29/11/2014, revogando os Artigos 107-A, o §5º do Art. 107-B, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB), dispositivos que tratavam sobre o prazo decadencial do direito da Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário.

O Recorrente alega que o fato gerador da obrigação tributária de junho/09 estaria decaído na data da lavratura do Auto de Infração, pois sendo o ICMS um tributo por homologação, havendo o pagamento antecipado, a contagem do prazo de 5 (cinco) anos se inicia à partir daquele fato.

Ainda que haja qualquer discursão sobre o tema decadência no seio deste Conselho, já se encontra pacificado o caso da situação desta lide, pelo fato do lançamento da Ação Fiscal ter sido realizado após a publicação da Lei nº 13.199/14 como também, resta evidente, pela tipificação da Infração, de que houve pagamento do imposto, ainda que supostamente a menos.

É o que podemos verificar no Acórdão CJF nº 0037-12/16, de relatoria do i. Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, tendo sido apresentado dois votos em separado, porém no mesmo sentido do voto do Relator, de acolhimento da Prejudicial de Decadência, ambos reproduzidos abaixo.

Pelo i. Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes:

Assim, tratando-se de recolhimento a menor do imposto, deve incidir a regra de contagem do prazo decadencial disposta no art. 150, § 4º do CTN, qual seja: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

Saliente-se, ainda, que o mesmo dispositivo legal estatui que “expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

No caso em exame, não há prova de que tenha sido praticada a irregularidade com dolo, fraude ou simulação, razão pela qual deve ser aplicado o art. 150, § 4º do CTN.

Pelo i. Conselheiro/Presidente Fernando Antônio Brito de Araújo:

Assim, diante de tais considerações, no caso concreto, por ter o lançamento de ofício ocorrido em 29/12/2014, quando não mais vigia o art. 107-A do COTEB, e se reportar a fatos geradores relativos ao exercício de 2009, como também não se tratar de falta de recolhimento do imposto, o que remeteria ao art. 173, I, do CTN, deve-se aplicar o § 4º do art. 150 do CTN, visto que, quando da constituição do crédito tributário, não mais havia previsão legal na legislação baiana fixando prazo diverso ao estipulado naquele dispositivo legal, razões para ACOLHER a prejudicial de mérito de decadência, quanto ao exercício de 2009.

Pelo exposto, entendo assistir razão ao Recorrente, pois o lançamento relativo ao fato gerador ocorrido em junho de 2009 estaria fulminado pela decadência e essa Decisão consta apoiada no disposto do Parágrafo 4º, do art. 150 do CTN, *in verbis*:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

No que tange a Infração 2 temos na descrição dos fatos que a cobrança retroativa, que abrange os períodos de janeiro, fevereiro e abril de 2010, se deu por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMPLES NACIONAL, consoante documentos probatórios acostados ao Processo nº 481296/2010-8.

O autuante afirma que a exclusão da empresa do Regime Simplificado, através do Processo nº 481.296/2010-8, motivada pelo Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010 seguiu todos os trâmites legais, tendo sido lavrado o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 04/2010, sendo oferecido

o prazo para impugnação, ao passo que foi publicado Edital de Notificação nº 03/2010 em 18/06/2010 e desta forma com todo o processo de exclusão de pleno conhecimento do autuado, inexistindo possibilidade de cerceamento do direito de defesa.

O Recorrente alega, por sua vez, que não tomou ciência do boletim de inteligência fiscal nº 0063/2010 citado pelo autuante em sua Informação Fiscal, que desencadeou em sua exclusão do Simples Nacional, ferindo desta maneira o direito ao contraditório e a ampla defesa e que por essa razão o lançamento desta Infração deve ser considerado nulo. Desta forma, suplica para que esta Câmara possa confirmar a nulidade apontada e que se faça a juntada do PAF que gerou a exclusão do autuado do Regime Simplificado.

Na assentada do julgamento de segunda instância, a i. Conselheira Alessandra considerou a inexistência de elementos suficientes para formação do convencimento dos julgadores e assim sendo converteu o PAF em diligência para INFAZ de origem, para que fosse acostada a cópia do Processo nº 481296/2010-8 citado desde a elaboração da Infração.

A meu ver, a diligência era dispensada, pois não deve ser discutido por esse Colegiado se a exclusão do Autuado do Regime Simplificado foi ou não procedida da forma correta, em que pese entender que a exclusão via edital deveria ser a última instância desse processo e não a primeira como foi o caso.

O fato é que no lançamento do imposto, recolhido a menos em razão da prática de apuração ter sido diferente, o Autuado não estaria mais enquadrado no Simples Nacional, pois a exclusão apesar de ter ocorrida após os fatos geradores, teve incidência retroativa.

Restou evidente em toda documentação acostada nos Autos que o contribuinte soube da exclusão da empresa do Regime Simplificado, como soube também qual o motivo, sendo a empresa enquadrada como se fosse constituída por interpostas pessoas, até por que o mesmo apresentou impugnação contra essa exclusão, esta também trazida aos Autos em cópia, através de uma de suas manifestações, nas fls. 137 a 146.

Sendo conhecedor da posição da Fazenda Estadual, deveria o Autuado por ação judicial ter questionado a exclusão do Regime e solicitar a reinclusão do sujeito passivo, o que neste PAF não ficou caracterizado.

Afasto dessa forma a preliminar de Nulidade da Infração 2.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para acolher a Prejudicial de decadência referente à primeira Infração e pela manutenção da Infração 2.

VOTO VENCEDOR (preliminar de decadência)

Inicialmente, peço *venia* ao ilustre relator para discordar do seu entendimento de acolher a tese recursal de que operou a decadência dos fatos geradores relativos a competência de junho de 2009.

Da análise da prejudicial de mérito de decadência arguida verifica-se que, quando da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em lavrado em 16/12/2014, não havia sido extinto o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, relativo ao citado período, o qual se extinguiria no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante previsto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), *vigente à época dos fatos geradores*, o que vale dizer que o termo do prazo decadencial seria 31/12/2014.

Saliente-se que a legislação baiana, vigente à época dos fatos geradores, conforme disposto no art. 107-A do COTEB, estabeleceu marco temporal diferenciado para contagem do prazo decadencial, ancorada no permissivo normativo constante no art. 150, § 4º, c/c o art. 173, I, do CTN.

Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/14, foi revogado o art. 107-A, da Lei nº 3.956/81. Porém, por tratar-se de *norma jurídica de natureza material* e não procedimental, não poderá retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação

tributária então vigente, conforme frisado em diversos Pareceres da PGE/PROFIS, razão da mudança do meu entendimento, esposado pelo nobre Relator. Assim, não há que se falar em decadência do período apurado no Auto de Infração.

Do exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da prejudicial de mérito de decadência, relativa à primeira infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, 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 **206925.0009/14-3**, lavrado contra **VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.887,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "b", 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, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos decorrente do parcelamento de débito.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros: Ildemar José Landim, Maurício Souza Passos e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiros: Tiago de Moura Simões, José Carlos Barros Rodeiro e Daniel Ribeiro Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

RAIMUINDO LUIZ ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS