

A. I. N° - 206925.0015/10-0
AUTUADO - AB ACESSÓRIOS DE BANHEIROS LTDA. (ARTE E BANHO)- ME
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.02.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-05/16

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Tendo o contribuinte impetrado Mandado de Segurança na 1ª Vara da Fazenda Pública, com obtenção de medida liminar a respeito do objeto da lide, sendo posteriormente mantida a decisão em sentença judicial, fica caracterizada a perda superveniente do interesse recursal, devendo ser julgado prejudicado tanto a impugnação como o recurso da impugnação da defesa, bem como declarada a extinção do processo administrativo fiscal, nos termos do Art. 117 do RPAF. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A empresa AB ACESSÓRIOS DE BANHEIROS LTDA., foi autuada em 15/12/2010, por recolhimento a menor do ICMS, em razão da perda do direito do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA), por não preencher os requisitos regulamentares deste regime, após investigação da Inspetoria de Investigação e Pesquisa (INFIP) que constatou que as empresas ARTE E BANHO LTDA, VIA METAL LTDA, DESIGNER'S ARTIGOS DE DECORAÇÃO LTDA., BÁSICA HOME COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA., e AB ACESSÓRIOS DE BANHEIROS LTDA., são todas pertencentes ao Sr. Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho e à sua esposa, Sra. Roberta Meira Pinto Coelho, e que os mesmos se utilizavam de parentes, funcionários e outras pessoas de confiança, para que assumissem a condição de sócios desses estabelecimentos, de modo a manter o faturamento das empresas do grupo dentro dos limites estabelecidos pelo SIMBAHIA/SIMPLES.

O lançamento tributário foi retroativo ao período em que a empresa estava indevidamente enquadrada no regime tributário simplificado, tendo o auto de infração se embasado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, fls. 10/18, Processo Administrativo nº 219275/2008-6 (fls. 20/25), em que a Procuradoria Geral do Estado acolheu relatório favorável ao desenquadramento da empresa do regime especial simplificado.

O auto de infração também está suportado pelo Processo Administrativo nº 437012/2010-2 (fl. 26) em que o Diretor de Administração Tributária da DAT-METRO, expede ordem de desenquadramento e consequente cobrança, mediante lançamento de ofício do crédito fiscal devido, de modo a se evitar a iminente decadência de exercício fiscal do ano de 2005. O Termo de Exclusão do Simbahia para efeito de cobrança retroativa do ICMS também está anexado ao presente processo (fl. 27).

Cientificada dessa autuação, a AB ACESSÓRIOS DE BANHEIROS LTDA., apresentou defesa (fls. 38/52), sustentando inicialmente preliminar de decadência, referente aos lançamentos dos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2005, pedindo exclusão dos lançamentos da ação fiscal nestes meses. Argumenta o impugnante, que a constituição do crédito tributário não pode alcançar lançamentos anteriores a 23/12/2005, por ser o ICMS um tributo da modalidade “lançamento por homologação”, na forma do Art. 150 do CTN. Junta diversos acórdãos de julgamentos administrativos da receita federal e também de recursos ao Superior Tribunal de Justiça, que convalidam o seu argumento, de que o prazo decadencial dos tributos cujo lançamento se dá por homologação, conta-se em exatos cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, e assim requer a exclusão de todos os lançamentos que ultrapassaram o prazo de cinco anos.

A seguir, o impugnante passa a defender-se da sua exclusão do regime simplificado (SIMBAHIA); aduz que a empresa é constituída por seus legítimos sócios e que o processo administrativo que decidiu pela sua exclusão foi irregular, porque não fez qualquer prova e não possibilitou a sua defesa. Arguiu nulidade do processo por cerceamento de defesa, conforme o Art. 59 da Lei nº 70.235/72 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal dos créditos fiscais da União).

Que a acusação de constituição de empresa por pessoas interpostas não foi provada e nem foi demonstrada como se chegou a essa conclusão; acrescenta acórdãos de julgamentos administrativos da Receita Federal anulando processos similares; sustenta ainda, que a suposta ilicitude não passou do campo subjetivo e que o desenquadramento foi uma frontal ofensa às recentes decisões do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia; que tanto a lei federal como a estadual não prevê possibilidade de presunção de ocorrência de tal infração, sendo necessária a produção de provas robustas e inequívocas acerca do seu cometimento; que cabe à administração tributária o ônus da prova, mesmo nos casos em que o fato decorre da presunção legal; que ambos os sócios da impugnante são de fato e de direito, os sócios do empreendimento, e que não há qualquer cometimento de infração por parte da impugnante que enseje a sua exclusão do regime SIMBAHIA.

Em seguida, discorre acerca da impossibilidade de aplicação retroativa do regime normal de apuração para efeito de cobrança do ICMS, juntando decisões judiciais de tribunais superiores a respeito do tema. Por fim, argumenta que foi movido processo judicial para anular a exclusão do SIMBAHIA e que foi deferida liminar em mandado de segurança pela 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador/BA (cópia em anexo ao processo), de forma que, de acordo com o Art. 151 do CTN, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário após a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Assim, pede a suspensão da exigibilidade dos créditos lançados no auto de infração, relativamente aos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2005, até a conclusão definitiva do processo judicial. Finaliza a defesa requerendo ao Conselho de Fazenda, a improcedência do lançamento pelo reconhecimento, em preliminar, de decadência total do débito, ou pela inexistência comprovada de exclusão do SIMBAHIA, e por fim, pelo princípio da eventualidade, que seja suspenso o presente processo administrativo até que o Poder Judiciário defina, em mandado de segurança impetrado, se a exclusão anunciada é válida, ou não.

O autuante, em sua informação fiscal apresentada à fl. 37, afirma que a impugnante foi excluída do SIMBAHIA em regular processo administrativo nº (482243/2010-1); que a exclusão foi motivada por irregularidades apontadas no Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, onde foram apurados os fatos ilícitos, sendo o estabelecimento, ora impugnante, pertencente a um conglomerado de empresas cujo faturamento global ultrapassa os limites impostos ao regime simplificado do SIMBAHIA, e que foram utilizadas interpostas pessoas na sua constituição; que foi lavrado Termo de Exclusão do SIMBAHIA para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl. 27), com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação; que foi emitida ordem de serviço para apuração do imposto devido, de forma retroativa, e que a autuada em nenhum momento questionou o método de apuração da diferença do ICMS entre o sistema de apuração normal e o que foi efetivamente utilizado, ou seja, o do SIMBAHIA.

Que o pedido de exclusão do crédito lançado por motivo de decadência não procede, pois o CTN exclui, para efeitos de prazo decadencial nos cinco anos exatos da data do lançamento por homologação, as infrações decorrentes de fraude, dolo, ou simulação; que os fatos que ocasionaram a exclusão do impugnante estão fartamente comprovados no processo administrativo e no boletim de inteligência fiscal que apuraram os ilícitos fiscais; que o Conselho de Fazenda tem reiteradas decisões favoráveis em questões de mesma natureza, transcrevendo as ementas de diversos acórdãos; que a Procuradoria do Estado (PGE) emitiu parecer opinativo sobre o desenquadramento e a consequente cobrança retroativa do ICMS, e que o mandado de segurança não determina que a Fazenda Estadual deixe de fiscalizar os fatos pretéritos ao desenquadramento; conclui sua informação fiscal, afirmando que o autuado não contestou o demonstrativo de débito, limitando a sua defesa à desqualificação do boletim de inteligência e do processo administrativo que o excluiu do SIMBAHIA/SIMPLES, reafirmando a sua convicção acerca da legalidade do auto de infração, pedindo pela sua total procedência.

O processo entrou em pauta, e na sessão de julgamento do dia 01/11/2011, a 3^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência à PROFIS para que informasse a situação atual no que diz respeito à medida liminar concedida em instância judicial e se tal medida ainda estiver em vigor se o julgamento administrativo pelo CONSEF deveria ser suspenso até que o poder judiciário defina, no mandado de segurança, se a exclusão do SIMBAHIA é válida ou não.

A PGE anexou sentença judicial publicada em março de 2012, em que se confirmou no julgamento de mérito a liminar concedida (fls. 88/94). No entanto à fl. 95, a PGE se pronuncia no sentido que em que pese o teor da sentença que declarou nula a ordem de exclusão da impetrante do regime do SIMPLES NACIONAL, tal decisão não obsta o julgamento do CONSEF, conforme art. 117 do RPAF, sendo apenas suspensa a exigibilidade do referido crédito em razão da pendência da ação judicial.

VOTO

Inicialmente, cabe esclarecer que não é competência deste órgão, emitir juízo de valor quanto aos fatos que compõem o boletim de inteligência e o processo administrativo que resultou no Termo de Exclusão do SIMBAHIA, pois se tratam de procedimentos já concluídos pela Secretaria da Fazenda, restando tão somente a apreciação do Poder Judiciário, que concedeu medida liminar, e posteriormente em decisão de mérito, suspendeu o ato da administração fazendária que excluiu a AB ACESSÓRIOS DE BANHEIRO LTDA., do SIMPLES NACIONAL.

Por fim, quanto à liminar concedida pelo Judiciário, posterior julgamento de mérito, e à consequente suspensão de exigibilidade do crédito tributário, tal medida não estende seus efeitos no andamento do processo administrativo fiscal, mas apenas a de manter a impugnante no regime simplificado e de não se inscrever o crédito tributário em dívida ativa e por conseguinte, não se ajuizar ação de cobrança judicial, enquanto não houver julgamento do mérito.

Assim, embora haja decisão do Judiciário em prol do impugnante, deve o processo administrativo fiscal seguir o seu curso, aguardando trânsito em julgado, para, em não havendo acolhida definitiva da pretensão do impugnante no âmbito judicial, inscrever-se em dívida ativa e executar judicialmente o crédito tributário, se este não for devidamente pago. Pelo exposto, embora o autuado tenha apresentado defesa tempestiva, desistiu da defesa apresentada, tornando-a ineficaz, conforme previsto pelo art. 117, do RPAF/BA, conforme podemos ver na transcrição literal do supracitado artigo.

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

Em consequência da discussão judicial da lide, fica extinto o Processo Administrativo Fiscal, e PREJUDICADA a defesa, devendo os autos ser remetido à DARC, para, nos termos do parágrafo 1º do Art. 117 do RPAF, inscrever o auto de infração em dívida ativa.

Face ao exposto, voto pela EXTINÇÃO do presente Processo Administrativo Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a defesa apresentada e declarar EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 206925.0015/10-0, lavrado contra AB ACESSÓRIOS DE BANHEIROS LTDA. (ARTE E BANHO)- ME, devendo os autos serem encaminhados à Diretoria de Arrecadação e Crédito Tributário para fins de inscrição em dívida ativa.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR