

PROCESSO - A. I. Nº 206925,0014/10-4
RECORRENTE - MGM – COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (ANIMICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0022-02/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0394-11/11

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO DO SIMPLES NACIONAL. SOB O FUNDAMENTO DE CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. ARGUMENTAÇÃO RECURSAL VOLTADA CONTRA O ATO DE EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO NO ÂMBITO DESTES CONSELHO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com as normas vigentes, compete ao Inspetor Fazendário, ou ao Coordenador de Processos no âmbito da DAT Metro, apreciar a impugnação contra o ato de exclusão de um determinado contribuinte do regime de apuração do Simples Nacional. O mérito do ato administrativo alvejado, portanto, não pode ser revisto pelo Conselho de Fazenda, mas apenas os aspectos formais do procedimento que culminou com a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, os quais foram efetivamente observados na hipótese dos autos. Desenquadrado do Simples Nacional, o contribuinte foi intimado a apresentar os livros e documentos fiscais. Não o fazendo, tornou-se impossível à fiscalização verificar se o contribuinte deixou ou não de pagar imposto por meio da aplicação dos roteiros usuais de fiscalização. Justifica-se o arbitramento. No mérito, contudo, restou comprovado que, no período de 01/01/07 a 30/06/07, a empresa encontrava-se enquadrada no SimBahia, estando prevista legalmente a dedução do crédito presumido de 8%, o que não foi levado em conta nesta ação fiscal. Reduzido o valor do débito relativo ao exercício de 2007, após a dedução do crédito presumido de 8% no período em que o contribuinte encontrava-se enquadrado no regime do SimBahia (01/01/07 a 30/06/07). Infração subsistente em parte. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o presente Auto de Infração, o qual foi lavrado em 29/06/10 para exigir ICMS no valor de R\$34.348,27, acrescido da multa de 100%, apurado por meio de

arbitramento da base de cálculo em virtude da não apresentação, ao Fisco, da documentação fiscal e contábil, dos exercícios de 2007 e 2008.

Consta, ainda, na descrição dos fatos, o seguinte: “Apesar das intimações enviadas pelos Correios aos sócios responsáveis e Edital de Intimação Publicado no Diário Oficial do Estado, conforme anexos, a empresa não apresentou os livros e documentos fiscais referentes ao período que vai de 01/01/2007 a 31/12/2008, quando esteve inscrita indevidamente no SIMPLES NACIONAL, conforme documentos probatórios acostados ao Processo num. 069810/2008-0. O fato descrito impossibilitou a apuração do montante real da base de cálculo, restando o arbitramento, levado a efeito, como único meio disponível para reclamação do imposto devido, conforme planilhas de cálculos anexas.”

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide nos seguintes termos, verbis:

“Analisando, a preliminar de nulidade, a pretexto de cerceamento do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, observo que a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, ou seja, os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

Quanto a preliminar de nulidade sob alegação de precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação Fiscal RIF nº 19/2008, por se tratar de matéria relacionada com a prova da acusação fiscal, deixo para apreciar esta preliminar por ocasião do exame do mérito.

No que se refere a alegação de que a baixa de sua inscrição estadual foi deferida pela SEFAZ, em 21/11/2008, após a conclusão do RIF, e antes da lavratura do Auto de Infração (doc.fl.110), enquanto não for extinto o prazo decadencial, o Estado pode exigir o imposto, e no caso, o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2010, e portanto, os exercícios de 2007 e 2008 ainda não tinha sido atingidos pela decadência, conforme artigo 173, inciso I, do CTN.

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.

Quanto a diligência/perícia requerida pelo patrono do autuado, o processo foi submetido a Pauta Suplementar do dia 22/12/2010, visando a realização de diligência, sendo, com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, decidido pela desnecessidade de tal medida, tendo em vista que o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive recalculando o débito, se necessário, merecendo ressaltar que o autuado teve a oportunidade apresentar os livros e documentos fiscais, inclusive também foram intimados os sócios, sem qualquer manifestação por parte dos mesmos, e por ocasião de sua impugnação ao presente lançamento tributário, nada disse a respeito, limitando centrar sua defesa única e exclusivamente no RIF que ensejou o seu desenquadramento do Simples Nacional.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a falta de recolhimento do ICMS devido no período de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2008, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação da documentação fiscal e contábil do aludido período.

A apuração fiscal é decorrente da perda do direito aos benefícios do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, tendo em vista que o estabelecimento autuado faz parte de um grupo de seis empresas reunidas para fraudar o sistema simplificado de apuração do imposto, formado pelos Srs. Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, utilizando-se de seus familiares na forma de "interpostas pessoas" para não extrapolar o limite da receita bruta ajustada permitido pelo Regime do Simples Nacional, conforme Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008 às fls.31 a 52.

Desta forma, o débito foi apurado, de forma retroativa, por motivo de enquadramento indevido no Simples Nacional, pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, com a dedução do ICMS recolhido pelo citado Regime, por se tratar de contribuinte optante do Simples Nacional.

O lançamento fiscal está fundamentado nos artigos abaixo:

Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006,

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

IV – a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

Portanto, pelo que se vê, para um contribuinte se enquadrar no Regime do Simples Nacional, instituído pela Lei nº 123, de 14/12/2006, 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 Simples Nacional (inciso IV, do art.29, da Lei Complementar nº 123/2006). Dessa forma, vê-se que o desenquadramento de ofício tem respaldo legal.

No presente caso, como dito acima, a ação fiscal está baseada no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008 subscrito pela Supervisora da Inspeção Fazendária de Varejo e pelo Diretor da DAT/METRO, demonstrativos, levantamentos e documentos às fls.09 a 101.

Da análise do referido Relatório, verifico que o mesmo teve o objetivo de apurar o teor da denúncia oriunda da INFAP VAREJO, da existência de um Grupo Econômico familiar, formado pelos Srs. Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, utilizando-se de seus familiares na forma de "interpostas pessoas" para não extrapolar o limite da receita ajustada bruta permitido pelo Regime do Simples Nacional.

Seguindo o que determina a legislação que rege a espécie, o preposto fiscal encarregado pelo citado RIF, somou a receita ajustada bruta de todas as empresas de pequeno porte das quais fazem/faziam parte os referidos Empresários, bem como das sociedades das quais os referidos empresários sequer eram sócios, mas que, porém, tinham o seu quadro societário composto por familiares dos mesmos, aferindo que efetivamente não estava sendo respeitado o limite da receita ajustada bruta estabelecido pela legislação do Simples Nacional.

No RIF em comento, consta com detalhes o objetivo do relatório; a descrição dos fatos baseado em reportagem publicada em jornal desta cidade; a análise do vínculo entre as empresas envolvidas no grupo denominado Grupo Companhia da Pizza; o histórico detalhado da composição societária das empresas vinculadas; os elementos indiciários de fraude; organograma dos vínculos por parentesco com as famílias das pessoas acima referidas; o controle acionário das empresas; o enquadramento indevido no SIMPLES NACIONAL; vínculos por marca e/ou know how; vínculos por procurações.

A conclusão constante no RIF, é que o autuado figura como uma das empresas enquadradas como sendo do "Grupo Companhia da Pizza", a saber: 1) Patio Itália Iguatemi Alimentos e Bebidas Ltda., 2) Tokai Iguatemi Comércio de Alimentos Ltda., 3) Tokai Barra Comércio de Alimentos Ltda., 4) Maotai Alimentos Ltda., 5) Maotai Salvador Comércio de Alimentos Ltda., 6) Quanto Prima Alimentos Ltda. e 7) MGM Comércio de Confeções Ltda, sendo recomendada a fiscalização de todas as empresas citadas, com a apuração do imposto de forma retroativa pelo enquadramento indevido no SIMPLES NACIONAL.

Diante de tal conclusão, a Infaz de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do Simples Nacional, para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl.22), com fundamento nos artigos 28 e 29, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006; artigo 5º, incisos I a XV, da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007, e nos artigos 393-E e 393-F do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e cientificou o autuado, mediante Edital publicado no diário Oficial do Estado (fls.23 a 26), para no prazo de 30 (trinta) dias impugnar a exclusão a que se refere o citado Termo.

Consta neste processo, que não houve qualquer impugnação à exclusão por parte do autuado, somente vindo a fazê-lo ao impugnar o presente lançamento tributário.

Cumpra observar que não é este o foro para impugnar o Relatório de Investigação Fiscal. O autuado teve a oportunidade ao ser intimado sobre sua exclusão do regime simplificado, e não se manifestou.

Logo, o preposto fiscal que lavrou o Auto de Infração objeto deste PAF, apenas deu cumprimento à Ordem de Serviço nº 517171/09, tomando por base para sua ação fiscal as conclusões obtidas por meio do Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008, datado de 30/07/2008.

Portanto, o autuante deu estrito cumprimento à recomendação constante no RIF, desenquadrando o autuado do referido regime, fato comprovado por meio de farta documentação e provas anexadas aos autos, destacando-se que o Relatório de Investigação Fiscal nº 18/2008 da SEFAZ/INFIP (fls.31 a 52) e a Tabela Ilustrativa de Vínculos Entre as Empresas (fl.110), que demonstra que houve a interposição de pessoas na formação societária de diversas empresas com o objetivo de burlar o Regime do SIMPLES NACIONAL. Nessa situação, a legislação estabelece que o imposto deva ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

O débito de cada exercício foi apurado mediante arbitramento da base de cálculo, em razão da falta de atendimento às intimações abaixo, constantes às fls.12 a 15, inclusive através do Edital de Intimação nº 018/2009, publicado no Diário Oficial do Estado, abaixo especificadas, pelos critérios e alíquotas do regime normal de apuração, conforme demonstrativos às fls.06 a 11, cujos números o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco.

INTIMADO: Carolina Maria Queiroz de Castro

END.: Av. Paulo VI, 2.099, Edf. Modernus, aptº 1002 – Itaipara- CEP 41.810.000

RECEBIDO EM: 23/10/2009 – Doc.fl. 12/13

INTIMADO: Vanda Maria Queiroz de Castro

END.: Av. Paulo VI, 2.099, Edf. Modernus, aptº 1002 – Itaipara- CEP 41.810.000

RECEBIDO EM: 23/10/2009 – Doc.fl. 14/15

INTIMADO: MGM Comércio de Confeccões Ltda

EDITAL DE INTIMAÇÃO Nº 018/2009

DIÁRIO OFICIAL: 14 E 14/11/2009 – Doc.fl. 16 [rectius, 14 E 15/11/2009]

Conforme dito acima, o débito lançado no demonstrativo de débito foi apurado pelos critérios e alíquotas do regime normal de apuração, conforme demonstrativos às fls.06 a 11, sendo constatada a falta de recolhimento do ICMS nos exercícios de 2007 e 2008, cujos valores foram apurados por meio de arbitramento da base de cálculo, com fulcro no artigo 937, caput e inciso I c/c com o § 1º do artigo 146, inciso II, e na forma prevista no inciso I, alínea “c” c/c com o § 3º do artigo 938, todos do RICMS/97, tomando por base o CMV (custo das mercadorias vendidas), a partir dos valores informado nas informações econômicas fiscais, cujos números o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco.

A motivação para a adoção do arbitramento encontra-se devidamente especificada na descrição da infração, qual seja, pela falta de apresentação de todos os livros e documentos fiscais, conforme intimações constantes às fls.12 a 15, inclusive através do Edital de Intimação nº 018/2009, publicado no Diário Oficial do Estado.

Portanto, o processo encontra-se instruído com os esclarecimentos necessários e a motivação para o arbitramento; demonstrativo do arbitramento da base de cálculo com base no CMV, demonstrativo da correção monetária do ICMS recolhido no período fiscalizado.

O arbitramento da base de cálculo encontra-se demonstrado às fls.06 e 09, cujos valores dos estoques inicial e final foram declarados pelo autuado; as compras correspondem aos valores declarados pelo contribuinte na DME; sendo considerado sobre o Custo das Mercadorias Vendidas a Margem de Valor Adicionado de 60%, obtendo a base de cálculo arbitrada, e sobre esta aplicada a alíquota de 17%, e deduzido o imposto recolhido nos períodos atualizado monetariamente.

O arbitramento por ser uma medida extrema, somente deve ser aplicado quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação ou quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo por outro meio de fiscalização.

O CONSEF tem decidido reiteradas vezes no sentido de que quando a fiscalização adota o arbitramento da base de cálculo em virtude da falta de apresentação de documentos fiscais, o processo deve ser baixado em diligência para que outro preposto fiscal informe se havia outro meio de fiscalização sem a adoção do arbitramento.

O processo foi submetido a Pauta Suplementar do dia 22/12/2010, visando a realização de diligência, sendo decido pela desnecessidade de tal medida, tendo em vista que o autuado teve a oportunidade apresentar os livros e documentos fiscais, inclusive também foram intimados os sócios, sem qualquer manifestação por parte dos mesmos, inclusive por ocasião de sua impugnação ao presente lançamento tributário, nada disse a respeito. Centrou sua defesa única e exclusivamente no RIF que ensejou o seu desenquadramento do Simples Nacional.

Desta forma, o Fisco não teve outra alternativa, qual seja adotar o arbitramento da base de cálculo, uma vez que a falta de apresentação dos livros e documentos fiscais, na sua totalidade, impossibilita se determinar o montante da base de cálculo do período de 2007 e 2008, pelos roteiros convencionais de fiscalização.

Nestas circunstâncias, considero que o presente lançamento está amparado na verdade material dos fatos investigados e que resultou no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/20908, e serve como elemento de prova para a constituição do crédito tributário objeto da autuação.

No tocante à multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, esta é prevista no artigo 42, inciso IV, “i” da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório, ilegal e inconstitucional, não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei. e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a decisão da Primeira Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário em que apresenta os argumentos assim resumidos:

Alega que a decisão recorrida é nula, porque os julgadores não abordaram os pontos fundamentais que serviriam ao deslinde da causa, limitando-se a apreciar a legitimidade do arbitramento. Acrescenta que somente foi realizado o arbitramento, porque se entendeu que houve violação ao regime de apuração pelo Simples Nacional, de modo que, se elidida a causa do desenquadramento, “*não haveria que se falar em validade do arbitramento*”.

Afirma que houve equívoco da fiscalização, quando do seu enquadramento no denominado Grupo Companhia da Pizza e que a conclusão fiscal está baseada na presunção de que a empresa teria como sócio o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto, somando-se a sua receita ajustada bruta à das outras empresas, das quais o referido Sr. Valério seria sócio, extrapolando o limite da receita ajustada do Simples Nacional. Diz que tal presunção se deu por terem sido sócias da empresa as Sras. Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho e Lícia Maria Valério de Carvalho.

Protestou sobre a conclusão da existência do “Grupo Companhia da Pizza”, dizendo que o fato de terem figurado, no quadro societário da empresa, pessoas físicas que possuem vínculo de parentesco com os supracitados Empresários, ou algum deles pessoalmente, não implica dizer que são eles que estão a explorar a empresa por meio de interpostas pessoas.

No caso específico, salienta que, conforme consta do próprio Relatório de Investigação Fiscal (fls. 10 e 11) o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto só figurou como sócio da empresa no período compreendido entre 15 de abril de 1997 e 14 de julho de 1998, deixando de compor o seu quadro societário dois anos antes de ter sido constituído o suposto Grupo, pois a primeira empresa composta por mais de um dos multicitados empresários só foi formada em 06 de julho de 2000 (MAOTAI ALIMENTOS LTDA - CNPJ nº 03.866.536/0001-82).

Alega que o referido empresário só passou a figurar como sócio das outras empresas que compõem o chamado “Grupo Companhia da Pizza” em 22/08/2006 e que, antes desta data, não há que se falar na participação da MGM no citado Grupo.

Aduz que, quando da entrada em atividade da segunda empresa, Quanto Prima Alimentos Ltda, constituída em 01/03/2002, tinha como sócias apenas as Sras. Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho e Rosângela de Fátima Marques da Silva (esta última só tendo figurado como sócia da MGM com 1% das quotas entre 26/07/2000 e 16/01/2004), ressaltando que não fazem e nunca fizeram parte de outras empresas das quais fazem parte os demais empresários.

Assevera que, para se configurar a utilização de interpostas pessoas, é preciso que se prove, previamente, que as pessoas tidas como interpostas não percebem os frutos das empresas, ou seja, para que as Sras. Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho e Lícia Maria Valério de Carvalho pudessem ser consideradas como “laranjas” do Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto, a fiscalização deveria comprovar que os dividendos da empresa não eram distribuídos para as suas sócias.

Sustenta que os documentos anexos ao processo demonstram que a empresa era administrada pelas suas sócias e não pelo citado empresário, inclusive possuindo contas bancárias próprias, em nome da pessoa jurídica, e que eram geridas pelas sócias da empresa, conforme documentos às fls. 124 a 128.

Observa que, quando a Sra. Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho saiu da sociedade, firmou um instrumento particular de Cessão de Cotas com a Sra. Carolina Maria Queiroz de Castro, comprometendo-se, esta última, a depositar, na conta bancária pessoal daquela, os valores pagos em razão das cotas cedidas em seu favor (fls. 129 a 140). Reafirma que o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto não tinha nenhuma participação na MGM nos períodos fiscalizados.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade da autuação por “alteração do critério jurídico do lançamento”, sob a alegação de que não seria possível à Secretaria da Fazenda, um ano após o deferimento do pedido de baixa, proceder ao presente lançamento tributário, por entender que

foram homologados os procedimentos adotados pela empresa.

Faz comentários a respeito do princípio da proporcionalidade e cita lição de renomado professor de direito tributário sobre esta questão, para argüir que a imposição da multa de 100%, ante os fatos e fundamentos expostos, é ilegal e inconstitucional, pois restaria confiscatória.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração, protestando e requerendo, ainda, a juntada posterior de documentos e produção de todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive perícia ou diligência fiscal, caso este Colegiado entenda necessário para comprovar, ou não, o quanto indicado no Relatório de Investigação Fiscal (RIF) nº 19/2008.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu parecer pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, inicialmente salientando que o recorrente limitou-se a discutir o procedimento de desenquadramento, “*não havendo argumentos quanto ao cálculo para apuração do imposto pelo regime normal*”.

Acrescenta que o desenquadramento da empresa do Simples Nacional foi feito de acordo com a lei, tendo sido dada ao contribuinte a oportunidade para se manifestar, o que não fez. Afirmar que a investigação da Secretaria da Fazenda comprova de forma irrefutável que as empresas indicadas pertencem, na realidade, aos mesmos sócios, que não constam formalmente do quadro societário, com o propósito de obter diversas inscrições no Simples Nacional, o que, em seu entendimento, justifica a legalidade do desenquadramento, consoante o disposto no artigo 116 do Código Tributário Nacional.

Finalmente, diz que a multa indicada está prevista em lei, não cabendo ao CONSEF apreciar alegação de inconstitucionalidade ou negar aplicação de norma válida.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade da decisão recorrida, porque não teriam sido apreciados argumentos importantes que serviriam ao deslinde da matéria, porquanto verifiquei que a Junta de Julgamento Fiscal apreciou e deliberou minuciosamente sobre todas as alegações apresentadas pelo impugnante, e não apenas sobre a legitimidade do arbitramento realizado.

A alegação recursal, de que teria havido homologação da baixa de sua inscrição estadual e, portanto, não seria possível à Secretaria da Fazenda, um ano após o deferimento do pedido de baixa, proceder ao presente lançamento tributário, não merece acolhida, pois, de acordo com o artigo 78, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, abaixo transcrito, a baixa da inscrição do contribuinte não impede a cobrança posterior de tributos, desde que não tenha decorrido ainda o prazo decadencial:

Art. 78.

(...)

§ 3º A baixa, na hipótese prevista neste artigo ou nos demais casos em que venha a ser efetivada, inclusive naquele a que se refere o art. 9º desta Lei Complementar, não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como solidariamente responsáveis, em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, os titulares, os sócios e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores.

Entendo absolutamente desnecessária a diligência requerida pelo recorrente, porque não acrescentaria nenhuma informação que pudesse auxiliar no deslinde desta causa e que já não estivesse no bojo do PAF.

No mérito, verifico que foi lançado o tributo em razão de arbitramento da base de cálculo, nos exercícios de 2007 e 2008, porque “*a empresa não apresentou os livros e documentos fiscais*

referentes ao período que vai de 01/01/2007 a 31/12/2008, quando esteve inscrita indevidamente no SIMPLES NACIONAL, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 069810/2008-8”, o que teria impedido a fiscalização de apurar o montante real da base de cálculo do ICMS.

Foi anexado, às fls. 31 a 52, um documento denominado “Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008”, datado de 30/07/08, subscrito pela Inspetora Fazendária de Varejo no qual é apresentado um rol de contribuintes e pessoas físicas, tudo com o objetivo de demonstrar que o autuado faria parte de um esquema de empresas cujos sócios seriam interpostas pessoas (os denominados “laranjas”). Em razão do resultado dessa investigação, o recorrente foi excluído do regime do Simples Nacional – conforme o Termo de Exclusão do Simples Nacional anexado à fl. 22 -, passando a ser obrigado a apurar o ICMS pelo regime normal. No referido Termo consta como causa da exclusão a “*constituição da empresa por interpostas pessoas conforme relatório INFIP 19/2008*”.

A exclusão do autuado do regime simplificado foi publicada no Diário Oficial do Estado dos dias 27, 28 e 29/10/09 por meio do Edital de Notificação nº 01/2009 (fls. 23 a 26) no qual consta o mesmo motivo, ou seja, a “*constituição da empresa por interpostas pessoas*”, incorrendo o contribuinte no disposto no artigo 5º, inciso IV, da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/07. Observo que, apesar de ter sido notificado da exclusão, o recorrente não a impugnou.

A Lei Complementar nº 123/06, prevê, no artigo 29, inciso IV, e seu § 1º, a exclusão de ofício do regime simplificado “*quando a constituição da empresa ocorrer por interpostas pessoas*”, produzindo efeitos a partir do próprio mês em que incorrida a infração, regras repetidas nos artigos 5º, inciso IV, e 6º, inciso VI, da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/07, acima citada. Vejamos a transcrição da norma legal:

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.*

O RICMS/BA estabelece, em seu artigo 393-F, que “*na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão*”, podendo o contribuinte “*impugnar a exclusão na repartição fazendária do seu domicílio fiscal, até 30 (trinta) dias após a publicação da comunicação, que será apreciada pelo Inspetor Fazendário*” (artigo 393-G do RICMS/97), ou pelo Coordenador de Processos no âmbito da DAT Metro (parágrafo único do artigo 393-G do mesmo diploma legal).

Importante assinalar, ainda, que o artigo 393-H do RICMS/97 determina que, sendo “*mantida a decisão de exclusão do contribuinte, o termo de exclusão será registrado no Portal do Simples Nacional na Internet para que possa produzir seus efeitos*”.

Portanto, ao contrário do que advoga o recorrente, este Colegiado não tem a competência legal para apreciar o mérito da exclusão de ofício de seu estabelecimento do regime do Simples Nacional, tarefa incumbida ao inspetor fazendário ou ao titular da Coordenação de Processos, no âmbito da DAT Metro. Cabe a este CONSEF, apenas, a verificação dos aspectos formais da exclusão de ofício e de seus efeitos legais no caso concreto.

A respeito das competências administrativas, assim leciona o Mestre Celso Antônio Bandeira de Melo:

"Ao cabo do quanto se expôs sobre as competências públicas, podem ser referidas, sucintamente, suas características, as quais são meras decorrências das averbações anteriores. As competências são:

a) de exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos. Vale dizer: exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize. Não está em pauta um problema "pessoal" do sujeito, ao qual

ele possa dar a solução que mais lhe apraz. Está sotoposto ao dever jurídico de atender à finalidade legal e, pois, de deflagrar os poderes requeridos para tanto sempre que presentes os pressupostos de seu desencadeamento;

b) irrenunciáveis, significando isto que seu titular não pode abrir mão delas enquanto titularizar;

c) intransferíveis, vale dizer, não podem ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo tão somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isto, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado;

d) imodificáveis pela vontade do próprio titular, o qual, pois, não pode dilatá-las ou restringi-las, pois sua compostura é a que decorre de lei. A lei pode, contudo, admitir hipóteses de avocações. Esta é a episódica absorção, pelo superior, de parte da competência de um subordinado, ainda assim restrita a determinada matéria e somente nos casos previstos em lei;

e) imprescritíveis, isto é, incorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isso deixarão de persistir existindo". (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores 25ª ed., pp. 145/146).

A recente Lei nº 12.209/2011, que trata do processo administrativo no âmbito do Estado da Bahia, impede a delegação de decisões de recursos administrativos e, mais, prevê a responsabilização pessoal do agente que, violando tais parâmetros, exerce indevidamente competência que não lhe pertence. Vejamos, a propósito, a dicção dos artigos 70, 72 e 74, da referida lei Estadual:

Art. 70 - *A competência é irrenunciável, intransferível, imodificável pela vontade do agente público e é exercida pelos agentes, órgãos e entidades administrativas a que a lei atribui como própria.*

Art. 72 - *São indelegáveis, dentre outras hipóteses previstas em legislação específica:*

(...)

II - *a decisão de recursos administrativos;*

Art. 74 - *O agente público, que exorbitar os limites de suas atribuições, decorrentes da competência que legalmente lhe for conferida, responderá administrativamente pelo abuso de poder, sem prejuízo da responsabilização penal e cível.*

A lição doutrinária e as normas legais transcritas anteriormente reforçam a conclusão quanto à incompetência deste Conselho para apreciar a questão relativa ao mérito do ato administrativo de exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional, pois há norma regulamentar expressa atribuindo tal competência a agentes públicos específicos (Inspetor Fazendário e Coordenador de Processos no âmbito da DAT Metro) e é vedada, expressamente, a delegação de competência na hipótese vertente (decisão de recurso administrativo contra o ato de exclusão).

Por outro lado, no que se refere às formalidades, meu entendimento é de que foram devidamente atendidas, haja vista que o recorrente foi notificado por meio do Edital nº 01/2009, publicado no Diário Oficial do Estado dos dias 27, 28 e 29/10/09, não impugnou a exclusão e, finalmente, o registro da exclusão foi realizado no Portal do Simples Nacional em 09/04/10 (fls. 29 e 30), mediante o Ofício nº 05/2010 dirigido à Secretaria da Receita Federal, constando, no documento, a causa da exclusão: “*constituição da empresa por interpostas pessoas*”.

Quanto aos efeitos da exclusão de ofício de contribuintes do Simples Nacional, o artigo 6º, inciso VI, da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/07 prevê o seguinte:

Art. 6º *A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:*

(...)

VI - *nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5º, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)*

Examinando os documentos anexados aos autos, verifico que o imposto estadual foi lançado por arbitramento no período de 01/01/07 a 31/12/08 e que consta expressamente dos atos de notificação e exclusão que a “data do fato motivador” e, assim, a “data do efeito” da exclusão de ofício foi o dia 01/07/07. Em consequência, o recorrente passou, desde o início de sua inscrição no Simples Nacional (01/07/07), à condição de contribuinte inscrito como “normal”.

Entretanto, constato pela DME de 2007 (fls. 17 a 20), que, de 01/01/07 a 30/06/07, o sujeito passivo estava enquadrado no SimBahia.

Como o arbitramento foi feito no período de 01/01/07 a 31/12/08, temos, então, duas situações a analisar:

1. de 01/01/07 a 30/06/07, o recorrente encontrava-se inscrito no Simbahia;
2. de 01/07/07 a 31/12/08, o autuado foi desenquadrado do Simples Nacional e reenquadrado na condição de “normal”.

A motivação para o arbitramento objeto deste Auto de Infração foi a falta de entrega, mesmo após intimação, dos livros e documentos fiscais do contribuinte. O fato está devidamente comprovado, consoante os documentos fls. 12 a 16 – foram intimadas, por Aviso de Recebimento, em 23/10/09, as sócias da empresa, Sras. Carolina Maria Queiroz de Castro e Vanda Maria Queiroz e, finalmente, foi intimada a própria empresa, por meio do Edital nº 018/2009 publicado no Diário Oficial do Estado de 14 e 15/11/09.

A aplicação do arbitramento para as empresas inscritas no regime do SimBahia estava prevista no artigo 18 da Lei nº 7.357/98, *in verbis*:

Art. 18. Nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recuse a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento, na forma da legislação própria.

Pelas comprovações constantes dos autos, entendo que restou justificada a adoção do arbitramento da base de cálculo do ICMS, nos termos do artigo 937, inciso I, do RICMS/BA.

No mérito, constato que foi adotado o método de arbitramento inserido no artigo 938, inciso I, e seus parágrafos, do Regulamento do ICMS, isto é, o custo das mercadorias vendidas, acrescido da MVA correspondente a artefatos de tecidos (60%), tendo sido deduzidos os valores do imposto recolhido.

Ocorre que a Lei do Simbahia também previa o seguinte:

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

§ 2º Tendo o contribuinte comprovado a existência de crédito fiscal superior ao indicado no parágrafo anterior, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher.

Significa dizer que, também em caso de arbitramento, no período em que o contribuinte se encontrava inscrito no regime do SimBahia (01/01/07 a 30/06/07), deve ser atribuído o crédito presumido de 8%, em substituição a outros créditos fiscais de valor inferior, pois não há o desenquadramento e sim, a cobrança do imposto pelos critérios normais de apuração. Observo que, como o contribuinte não apresentou os livros e documentos fiscais, restou impossível a verificação dos créditos pelas notas fiscais.

Em decorrência desse raciocínio, faz-se necessária à retificação dos valores do arbitramento, uma vez que o autuante não deduziu o crédito presumido de 8% nos cálculos do exercício de 2007 (de janeiro a junho de 2007), quando a empresa estava inscrita no SimBahia, da seguinte forma:

I - Valor das saídas arbitradas demonstrativo -	R\$193.347,21 / 2 semestres
Valor das saídas arbitradas no 1º semestre de 2007 -	R\$96.673,61
Crédito presumido de 8% -	R\$7.733,89

II - Resultado do arbitramento -saídas arbitradas em 2007.....	R\$193.347,21
ICMS 17% -	R\$32.869,03
(-) Crédito presumido 8%	R\$7.733,89

(-) ICMS recolhido atualizado	R\$6.814,81
ICMS DEVIDO – 2007	R\$18.320,33

As alegações de que a multa de 100% indicada no Auto de Infração é confiscatória e, portanto, ilegal e inconstitucional, pois restaria confiscatória não podem ser apreciadas por este Colegiado, por lhe faltar a competência legal, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99. Ademais, a multa de 100% é a prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96 para a situação em tela, não podendo esse órgão julgador negar aplicação a norma legal válida.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto, para reformar a Decisão recorrida e julgar Procedente em Parte o presente Auto de Infração, reduzindo o débito do exercício de 2007 para R\$18.320,33 e mantendo o valor exigido no exercício de 2008, em R\$8.294,06.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 102148.0007/10-0, o Auto de Infração nº 206925.0014/10-4, lavrado contra MGM – COMÉRCIO DE CONFECCÕES LTDA. (ANIMICA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.614,39**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS