

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0008/09-0
RECORRENTE - MGM – COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (ANIMICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0303-05/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0262-12/12

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. 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. Constatada a opção pelo regime SIMBAHIA com a interposição de pessoas na formação societárias de diversas empresas, com o objetivo de burlar o Regime do SIMBAHIA, o imposto devido foi apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, desde a ocorrência do fato que ensejou o desenquadramento, conforme determina a legislação. Desenquadramento realizado pela Autoridade Fazendária competente, com base em Relatório de Investigação Fiscal (RIF). Arbitramento realizado com base no artigo 938, I, “b”, §§1º ao 6º, do RICMS/BA, face à não apresentação, ao Fisco, dos livros e documentos fiscais requeridos mediante intimação. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de Diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 206925.0008/09-0, lavrado em 17/12/2009 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$124.615,01, acrescido da multa de 100%, nos exercícios de 2004 a 2006, em razão de falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, tendo em vista a falta de apresentação da documentação fiscal e contábil. Consta, na descrição dos fatos, que apesar das intimações enviadas pelos Correios aos sócios responsáveis, além de Edital de Intimação publicado no Diário Oficial do Estado, a empresa não apresentou livros e documentos fiscais do período 01/01/2004 a 31/12/06, quando esteve indevidamente inscrita no SimBahia, conforme processo 069810/2008-8. Consta, também, que esta não apresentação de livros e documentos fiscais impossibilitou a apuração do montante real da base de cálculo, restando o arbitramento como único meio disponível para reclamação do imposto devido.

O Fisco acosta, às fls. 05 a 50, documentos que consistem em índice dos documentos acostados; demonstrativos do levantamento fiscal realizado citando o artigo 938, I, “b”, §§1º ao 6º, do RICMS/BA, como base do arbitramento realizado (fls. 06 a 08); Termos de Intimação e respectivos comprovantes de entrega ao sujeito passivo (fls. 09 a 14), cópia de Edital publicado no Diário Oficial (fl. 15); espelhos de Declarações do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - DMES extraídos do sistema informatizado de Informações do Contribuinte - INC/SEFAZ; Termos de Exclusão do SimBahia (fls. 20, 21, 23, 24), cópia de processo administrativo de Investigação Fiscal desta SEFAZ sobre a empresa.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 53 a 64, acosta documentos às fls. 67 a 150, dentre os quais cópias dos demonstrativos fiscais do Auto de Infração, cópia do Parecer Final ratificado pelo Inspetor da DAT/Metro indeferindo a impugnação à exclusão do sujeito passivo do SimBahia (fls. 105 e 106); cópia do Relatório de Investigação Fiscal (fls.107 a 128), cópias de Declarações do Imposto de Renda.

O autuante presta informação fiscal às fls. 153 a 161 solicitando que o Auto de Infração seja considerado Procedente.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0303-05/10, às fls. 165 a 172. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da falta de recolhimento de ICMS apurada por meio de arbitramento da base de cálculo, tendo em vista a falta de apresentação da documentação fiscal e contábil, nos exercícios 2004 a 2006.

Cabe, antes, apreciar quesitos preliminares invocados pelo sujeito passivo. Com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF BA, indefiro o pedido do autuado para realização de diligência, pois a mesma não se presta à integração de insuficiência das provas apresentadas pelo contribuinte e porque também o processo já contém todos os elementos necessários ao meu convencimento sobre a lide.

Na preliminar de nulidade do lançamento, 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 e que o procedimento fiscal atendeu aos princípios que limitam o poder de tributar, em particular, aqueles inerentes aos atos da administração pública e o processo administrativo, insculpidos ou não na carta constitucional, seja o princípio da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, da motivação, da segurança jurídica, do devido processo legal, desdobrado na garantia da ampla defesa e contraditório.

A 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 tal preliminar por ocasião do exame do mérito.

Desta forma, o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima; 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 e as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

No mérito, a acusação fiscal da falta de recolhimento de ICMS devido nos exercícios de 2004 / 2006, apurada através do arbitramento da base de cálculo está instruída com os demonstrativos de débito, fls. 06/08, e as intimações para a apresentação dos respectivos documentos e livros fiscais, fls. 09/14, sem que o contribuinte as atendesse. Mesmo intimado, através de Edital, publicado no Diário Oficial do Estado de 14 e 15 de novembro de 2009, nos termos do art. 108, III, RPAF BA, o contribuinte não apresentou os documentos requisitados pelo fisco.

De certo, que o arbitramento da base de cálculo é procedimento excepcional, solução autorizada pela legislação para que o fisco, na ausência de dados confiáveis, lance mão de outros elementos para presumir a base de cálculo do imposto. Estando o sujeito passivo obrigado a cumprir as obrigações tributárias de sua agenda, deixa de fazê-las ou faz de forma inadequada, equivocada, sujeita-se ao tratamento diferenciado.

O art. 22, II da Lei nº 7.014/96 prescreve o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, na hipótese da falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos.

Nesse sentido a fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do ICMS e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, na falta de apresentação ao fisco dos livros fiscais, da contabilidade geral ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, além de documentos que possam comprovar os registros, ainda que, sob alegação de perda, extravio ou sinistro dos mesmos (art. 937, I, RICMS BA).

O contribuinte com o seu comportamento deliberado de não atender as várias intimações para entrega dos documentos obstruiu o dever de a autoridade fiscal apurar a veracidade dos dados, das informações prestadas e dos indícios de omissão de receita contidos no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, acostado aos autos, fls. 28/49, dando azo ao arbitramento da base de cálculo. Insustentável, pois, a sua alegação de que não foram colhidas as provas necessárias a desvendar a verdade material dos fatos. Em Síntese, não foi sequer o RIF que determinou a apuração via arbitramento da base de cálculo, mas a falta de entrega de forma deliberada dos documentos necessários à verificação dos lançamentos e recolhimento de impostos efetuados pelo sujeito passivo. A inércia do sujeito passivo em não trazer elementos aos autos não se alterou, durante a

fiscalização e mesmo no momento da contestação. Tal fato impossibilitou a apuração do montante real da base de cálculo, restando o arbitramento como único meio disponível para reclamação do imposto devido.

Conforme ainda bem observou o autuante, na sua Informação Fiscal, o autuado sequer contestou o demonstrativo de débito apresentado (fls.06/08), limitando a sua defesa na tentativa de desqualificar o Relatório de Investigação Fiscal, que serviu de base ao processo de exclusão das empresas do Grupo Econômico COMPANHIA DA PIZZA do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), por utilização de familiares dos empresários na forma de "interpostas pessoas".

Com relação ao lançamento tributário de ofício realizado após o deferimento do pedido de baixa da inscrição, não existe qualquer óbice, nem está em ofensa à segurança jurídica do contribuinte porque é a própria Lei Complementar nº 123/06 que, ao estabelecer as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às empresas que exercem a opção pelo seu regramento, estatui que registro e extinção dos atos constitutivos ocorrerão independentemente da regularidade das obrigações tributárias, podendo ser apuradas após o ato de extinção (art. 9º).

Assim, o débito apontado no presente Auto de Infração foi apurado através do arbitramento da base de cálculo, utilizando-se de um dos métodos descritos no Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, tomando por base o valor do estoque inicial e as compras efetuadas em cada exercício, nos termos do art. 938, inciso I, "b" do Decreto 6.284/97. Os valores de impostos exigidos estão devidamente demonstrados em memórias de cálculos de fls. 06/08 e constituídos com base em documentos originados do próprio contribuinte, constantes da base de dados da SEFAZ, apensos aos autos às fls.16 a 18 e cujos números o sujeito passivo, mesmo tendo oportunidade, não apresentou qualquer contestação, não apontou qualquer equívoco.

Quanto à arguição da multa de 100%, cumpre observar que o percentual aplicado, quando o valor do imposto a recolher for fixado através de arbitramento, está previsto no artigo 42, inciso IV, "i" da Lei nº 7.014/96; as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório, ilegal e inconstitucional, não devem ser apreciadas em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/BA.

A entrega de intimações no escritório em nome e endereço do patrono do autuado, não existe óbice, em acorde com o art. 127, CTN, acerca do domicílio tributário.

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

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 181 a 196, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em síntese, o Recorrente pede a reforma da Decisão *a quo* para que seja cancelada a autuação, argui ser tempestiva a apresentação do Recurso, transcreve a imputação, diz que estão sendo cobrados supostos créditos de ICMS por ter sido ele, Recorrente, excluído do SimBahia, em razão do Processo nº 069810/2008-8. Aduz que este processo decorreu das conclusões obtidas por meio do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, datado de 30/07/2008.

Passa a discorrer acerca deste Relatório de Investigação Fiscal - RIF. Reprisa o teor da sua impugnação ao lançamento de ofício. Diz que "o Relatório Fiscal" teria pressuposto, sem prova objetiva, a existência de um Grupo Econômico formado por empresários, e entendeu que os mesmos compunham o quadro societário de todas as empresas deste grupo, as quais, individualmente, estariam enquadradas dentro do limite legal da receita ajustada bruta permitida pela norma de regência do SimBahia. Que "o extenso trabalho desenvolvido pela Fiscalização quando da elaboração do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008 não restou amparado pela verdade material dos fatos investigados, estando amparado apenas em ilações subjetivas não contempladas pelo direito posto."

O contribuinte argui a nulidade da Decisão *a quo* por omissão quanto aos principais pontos aduzidos na defesa, e que segundo o Recorrente teriam culminado na nulidade da autuação realizada.

Afirma que a JJF teria deixado de apreciar as questões de validade expostas, limitando-se a discutir a legitimidade do arbitramento realizado, e que este só fora realizado porque se entendeu que houvera violação ao regime de apuração do ICMS utilizado por ele, Recorrente, de modo que se elidida a causa do desenquadramento, não haveria de se falar em validade do arbitramento.

Aduz que não se poderia falar da participação dele, Recorrente, em quaisquer períodos anteriores ao ingresso de dito sócio "interpositor" no suposto Grupo Companhia da Pizza, que somente se

deu em 22 de agosto de 2006, quando passou a compor o quadro societário da empresa Tokai Barra Comércio de Alimentos Ltda., uma das sociedades apontada pela fiscalização como componente do suposto Grupo Econômico.

O contribuinte reprisa toda a sua alegação defensiva acerca das pessoas nominalmente citadas no Relatório de Investigação Fiscal como participantes das empresas que comporiam o grupo econômico alvo daquela investigação.

Afirma que seria inequívoca a improcedência do lançamento porque ele, Recorrente, estava adstrito ao quanto disposto pela legislação de regência do SimBahia, não tendo que recolher as exações que ora lhe são imputadas, por terem sido calculadas nos moldes da regra geral, divergente da exceção trazida pela legislação do SimBahia à qual aduz que se subsumiria ele, Recorrente, de modo que diante de tais elementos não poderia a Decisão recorrida não apreciá-los, detendo-se, apenas, à forma de constituição do crédito tributário.

O contribuinte volta a alegar a inexistência do grupo econômico objeto do Relatório de Investigação Fiscal, e diz que a 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF afastou a alegação de nulidade do lançamento ao argumento de que o Auto de Infração foi constituído em conformidade com a legislação tributária, mas que tal entendimento não haveria de prosperar, pois o Relatório que serviu de fundamento para a presente autuação não teria atendido ao princípio da verdade material.

Volta a repetir que ao se analisar o Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008 perceber-se-ia que a Fiscalização considerara a existência de Grupo Econômico formado pelas empresas que menciona, das quais seriam sócios de fato apenas as pessoas físicas que o Recorrente também nomina. Aduz que, conforme consta do Relatório de Investigação Fiscal, pressupuseram os Fiscais que haveria por parte dos citados empresários a utilização de interpostas pessoas, de modo que, apesar de não comporem juridicamente o quadro societário de algumas das referidas empresas, os mesmos eram formados por parentes dos três empresários. Diz que a fiscalização se teria pautado exclusivamente no fato de as diversas empresas, com exceção dele, Recorrente, explorarem o mesmo ramo de atividade e nelas haver parentes de um dos três empresários, ou algum deles.

Que, porém, conforme afirma que se depreende da leitura da Decisão, os Julgadores se teriam eximido da obrigação de apreciar questões fundamentais ao deslinde da controvérsia, mais especificamente aquelas ligadas às constatações feitas pelo supracitado Relatório de Investigação Fiscal.

O Recorrente discorre acerca dos deveres do Órgão Julgador na busca da verdade material. Diz que este Conselho deve *“rever as ilegalidades perpetradas no citado Relatório de Investigação Fiscal, procedendo a desconstrução do trabalho realizado que não está amparado pela verdade material dos fatos conforme será exaustivamente demonstrado, o que culminará na anulação do presente Auto de Infração.”* Fala acerca de ato administrativo, diz que não existe vedação jurídica para que familiares atuem em negócios do mesmo ramo, pronuncia-se acerca do direito constitucionalmente assegurado à livre associação e à livre iniciativa.

Diz que na informação fiscal o Fiscal admite: *“..não há vedação jurídica a associação de familiares, contudo, ocorrendo tal situação a lei veda que as empresas aufram benefícios fiscais decorrentes do enquadramento indevido no SIMBAHIA.”* Que a norma de regência SimBahia não traz a aludida vedação exposta. Que o que se veda é a utilização de pessoas (familiares ou não) como interpostas pessoas para a prática de atos empresariais, e que este não seria o caso. Que no presente caso não haveria que se falar em interpostas pessoas, o que somente estaria caracterizado caso se comprovasse que as pessoas que compõem o quadro societário de uma determinada empresa ali figurem apenas simbolicamente, não percebendo os resultados e benefícios da sua participação societária, nem possuindo poderes e atos de gerência no regular desenvolvimento da atividade empresarial. Que conforme se depreenderia dos documentos apresentados e do Contrato Social dele, Recorrente, o seu quadro societário estaria composto por

peessoas que gozariam de capacidade econômico-financeira que reciprocamente se obrigaram a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica, auferindo, entre si, os resultados alcançados, nos termos do artigo 981 do Código Civil, independente de existir, ou não, um vínculo de parentesco com os empresários que citara. Diz que não constaria no RIF a informação de que a Fiscalização tenha buscado elementos de provas suficientes à caracterização das “interpostas pessoas”, e à comprovação de que os familiares dos empresários que compunham o quadro societário das sete empresas não recebiam os seus dividendos nem praticavam atos de administração.

Aduz que cita, a título exemplificativo, que no bojo do Procedimento Administrativo Fiscal nº 190981/2009-5, em apreciação ao Recurso que teria sido interposto por ele, oro recorrente, em razão da sua exclusão do SimBahia, o Fiscal Parecerista teria consignado expressamente que: “*a interposição fraudulenta é típica presunção legal. Ou seja, cabe a requerente provar que não praticou a interposição e não o fisco.*”. O Recorrente discorre sobre ônus da prova e inversão deste ônus, citando textos de juristas. Fala sobre violação aos princípios constitucionais e legais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, motivação dos atos da Administração, citando os artigos 5º e 37 da Constituição da República e artigos 2º e 50 da Lei nº 9.784/99.

Diz que os Julgadores *a quo* não teriam analisado a verdade material no Relatório de Investigação Fiscal, e que este estaria baseado em indícios e presunções. Diz que “*Com efeito, estando o presente lançamento pautado única e exclusivamente no quanto apurado por meio do multicitado RIF e sendo o RIF nulo, carece o lançamento dos requisitos essenciais para a sua validade.*” Cita o artigo 142 do Código Tributário Nacional, acerca de lançamento. Fala sobre presunção, lançamento, repete que o Relatório de Investigação Fiscal que ensejou a sua exclusão do SimBahia seria nulo maculando, por consequência, o lançamento, “*por estar este diretamente ligado ao quanto apurado no bojo do citado Relatório. Assim, não há de prosperar o quanto alegado no RIF nº 19/2008, carecendo o lançamento, portanto, de elementos definidores de sua validade, bem como, requisitos insculpidos na norma de regência do SIMBAHIA, como destacado acima.*”

O Recorrente passa a arguir que o lançamento seria nulo porque teria havido alteração do critério jurídico do lançamento. Cita o artigo 146 do CTN; diz que se depreenderia da consulta ao cadastro dele, Recorrente, que este tivera o seu pedido de baixa deferido pela Administração Tributária do Estado da Bahia, após a conclusão do RIF nº 19/2008, porém antes da lavratura do presente Auto de Infração. Que a implementação da baixa de sua inscrição cadastral ocorreu em 21 de novembro de 2008, quase seis meses após a elaboração do RIF. Que quando do deferimento do pedido de Baixa formulado, a Administração Tributária do Estado da Bahia já conhecia o quanto contido do RIF nº 19/2008 e em fiscalização para deferimento do pedido de baixa, conforme determinam os artigos 168 e 170 do RICMS/BA, teria entendido que os procedimentos fiscais adotados por ele, Recorrente, estariam perfeitos, e os teria homologado. Que, deste modo, não se poderia admitir que um ano após o deferimento do pedido de baixa da empresa a Administração Tributária Estadual procedesse a lançamento tributário. Que esta seria mais uma causa de “*nulidade do lançamento tributário, declarando-se a sua improcedência, sob pena de cancelar ofensa ao primado da segurança jurídica e violação ao art. 146 do Código Tributário Nacional.*”

O contribuinte diz que caso este Conselho entenda que as provas existentes nos autos não seriam suficientes para elucidar o quanto debatido, far-se-ia imprescindível a realização de Diligência Fiscal, no bojo da qual deveriam “*ser colhidos os elementos necessários à comprovação, ou não, do quanto alegado no curso do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008. Para tanto, deverão ser colhidos documentos relativos à todas aquelas pessoas que integram o quadro societário das sete empresas, a fim de esclarecer se os sócios das empresas eram efetivamente sócios e não interpostas pessoas. Não é demais repetir que na busca da verdade material há de se exaurir os meios de provas postos ao alcance da Administração, sopesando-se todas as informações colhidas e contrapondo-as aos fatos que se busca validar. Isto porque, conforme*

cabalmente demonstrado acima, as sócias do recorrente jamais figuraram enquanto laranja do Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto!”

O contribuinte pede a realização de Diligência Fiscal, *“no intuito de que sejam comprovados os fatos acima alegados, tendo em vista que os lançamentos realizados pelo i. Fiscal Autuante, pautaram-se em suposições incorretas, estando eivado de nulidades.”*

O sujeito passivo passa a insurgir-se contra o percentual de multa indicado no Auto de Infração, aduzindo ser a mesma ilegal, inconstitucional, confiscatória, irrazoável e desproporcional. Diz que não houve descumprimento da obrigação tributária. Cita jurista.

Pede que o Recurso Voluntário seja conhecido e provido, declarando-se a nulidade da Decisão objeto do Recurso; que, caso entenda-se que existem nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da nulidade do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, requer seja declarada a ilegalidade do lançamento tributário impugnado, determinando a extinção do Processo Administrativo Fiscal nº 206925.0008/09-0; que, na hipótese de serem superadas as nulidades suscitadas, requer seja reformado o julgamento de primeira instância, reconhecendo-se a improcedência da autuação.

O contribuinte conclui requerendo que as intimações sejam feitas em nome do seu patrono, Octavio Bulcão Nascimento, inscrito na OAB/BA sob o nº 12.009, com endereço profissional na Rua Agnelo de Brito, nº 90, Edifício Garibaldi Memorial, 5º andar, Federação – CEP 40.210-245, Salvador/BA, *“sob pena de nulidade”*.

A digna Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé emite Parecer às fls. 202 a 207 aduzindo que teria havido cerceamento do direito de defesa do contribuinte, o que seria causa de nulidade absoluta, pelo que opinava no sentido da declaração de nulidade da Decisão proferida pela JJF, dando-se provimento ao Recurso Voluntário. Diz que a JJF se teria omitido quanto à apreciação específica das questões alusivas ao RIF, bem como em relação às provas documentais colacionadas aos autos pelo contribuinte na tentativa de comprovar que o Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008 não teria buscado elementos probatórios suficientes à caracterização das *“interpostas pessoas”*. Que a ausência de manifestação do órgão de 1º grau acerca das provas documentais apresentadas com o objetivo de comprovar que o quadro societário estaria *“composto por pessoas com capacidade econômico-financeira, comprometeu o princípio da verdade material e provocou cerceamento do direito de defesa inerente ao contribuinte em um Estado de Direito.”*

Que a Decisão da JJF se limitara a apreciar a legitimidade do arbitramento da base de cálculo adotado no presente lançamento tributário. Que, assim salvo melhor juízo, entendia que deveria *“ser reconhecida a nulidade prevista no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, com a conseqüente declaração de nulidade da Decisão recorrida, que ao manter-se silente e omissa quanto aos aspectos legais e materiais do Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, abordados pelo sujeito passivo em sua defesa inicial promoveu verdadeiro comprometimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.”*

Concluiu opinando pela declaração da nulidade da Decisão recorrida, com esteio no artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Em seguida, às fls. 205 a 207, a preclara Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Paula Gonçalves Morris Matos, emite Parecer discordando dos termos do Parecer de fls. 292 a 294, que concluía pela declaração de nulidade da Decisão recorrida.

Aduz não vislumbrar qualquer deslustramento na Decisão proferida pela 5ª JJF. Afirma que apesar da não realização da diligência suscitada, a JJF entendeu presentes nos autos elementos suficientes para proceder ao julgamento do PAF, concluindo pela procedência da autuação. Que a Decisão fustigada não se absteve de apreciar os argumentos suscitados pelo Recorrente, quando do seu pleito impugnatório, estando o julgamento devidamente fundamentado. Que todas as questões de fundo alinhavadas pelo sujeito passivo foram amplamente examinadas pela JJF, em consonância

com os artigos 155 e 164 do RPAF/99, e assim não se entremostra crível a declaração de nulidade da Decisão de primeiro grau.

A douta Procuradora prossegue expondo que o que se vê no processo é que foi apurada a falta de recolhimento do ICMS, com base no arbitramento da base de cálculo, em razão da falta de apresentação, ao Fisco, da documentação fiscal e contábil, e que esta falta de apresentação obstruía o dever de a autoridade fiscal apurar a veracidade dos dados e dos indícios de omissão de receitas constantes do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008 (fls. 28 a 49).

Que assim, apesar de o Fisco ter instaurado procedimento fiscalizatório, através da INFIP, para apurar a existência de um grupo econômico (Grupo Companhia da Pizza), com a consequente exclusão das empresas que o constituem do regime simplificado SimBahia, não foi este o mote da autuação em tela.

A digna Procuradora afirma que as razões recursais se limitaram a discutir o procedimento/motivos do desenquadramento do sujeito passivo, não tendo sido apresentados argumentos concernentes ao cálculo para apuração do imposto não recolhido. Que a multa foi aplicada de acordo com a legislação, e que quanto às arguições de inconstitucionalidade falece ao Conselho de Fazenda competência para a declaração de inconstitucionalidade, e de negativa de aplicação de norma válida.

Aduz que todo o procedimento fiscal levado a efeito, bem como a Decisão de primeira instância, estão a salvo de qualquer mácula, devendo, portanto, permanecer incólumes.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes à mesma e exercido tempestivamente seu direito de defesa.

Quanto à arguição de nulidade do lançamento por se basear em Relatório de Investigação Fiscal, não acolho esta alegação do Recorrente, posto já após encerrada a investigação relativa ao mencionado Relatório de Investigação Fiscal, veio a ser realizado o lançamento em lide, que se baseou em ação fiscal com realização de roteiro de auditoria próprio, do que mais falarei quando da análise de mérito da lide, ainda neste voto.

No que se refere à arguição de nulidade do Auto de Infração em razão de suposta alteração de critério jurídico do lançamento, observo que embora o Fisco tenha procedido à baixa da inscrição cadastral do contribuinte em 21/08/2008, conforme dados constantes do sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, foi realizada operação de investigação que atingiu as operações do contribuinte enquanto este ainda se encontrava em funcionamento. Naquela verificação fiscal, conforme o RIF 19/2008, anexado a este processo e multimencionado pelo contribuinte, constatou-se que houve fraude praticada pela empresa. A partir daquela conclusão foi determinada a realização da auditoria fiscal. Não houve alteração de critério. Houve a realização de lícito roteiro de auditoria fiscal, baseado na Lei nº 7.014/96. Não se havia operado a

decadência, e, portanto o Estado pode, e deve, verificar se havia irregularidades nas operações do contribuinte.

Arguições de nulidade do lançamento rejeitadas.

Quanto à arguição de nulidade da Decisão, palmilho o mesmo caminho do Parecer de 205 a 207, de autoria da preclara Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Paula Gonçalves Morris Matos, no sentido de que a Decisão atacou o quanto pertinente à matéria em lide, que é a ação fiscal desenvolvida, e também analisou todos os dados trazidos pelo contribuinte quando de sua peça impugnatória. Assinalo, por oportuno, que não cabe a este Conselho de Fazenda a apreciação de ilícito apurado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF, deflagrado por ato administrativo próprio, e que é da competência da Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP/SEFAZ, pelo que bem laborou a Primeira Instância deste Colegiado ao se abster de apreciar o mérito do mencionado Relatório de Investigação Fiscal. Portanto, inexistente vício a ensejar qualquer possibilidade de nulidade da Decisão, pelo que não acolho as alegações recursais em contrário.

Ainda preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

Tal como já exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

Assinalo que a ação fiscal pautou-se na legislação vigente. O contribuinte, depois de excluído do regime simplificado SimBahia, em decorrência de processo administrativo que apurou irregularidades no enquadramento da empresa nesse regime, foi objeto de ação fiscal para apurar o montante de ICMS devido ao erário.

A irregularidade relativa ao enquadramento do contribuinte no regime simplificado SimBahia, conforme documentos deste processo, foi detectada em operação especial deflagrada pelo Governo Estadual, realizada pela mencionado Inspetoria INFIP/SEFAZ.

O contribuinte, em sede de impugnação originária e de Recurso, não comprova qualquer equívoco quanto aos dados numéricos levantados pelo Fisco na verificação de débito tributário. Na verdade, centra sua argumentação defensiva objetivando atingir o mérito do Relatório de Investigação Fiscal que foi motivador do seu desenquadramento do regime SimBahia.

Quanto à análise do teor do Relatório de Investigação levada a cabo pela INFIP/SEFAZ, que baseou a ação administrativa de desenquadramento do sujeito passivo do Regime SimBahia, medida administrativa que resultou na deflagração da presente ação fiscal para a apuração do imposto a recolher aos cofres públicos pelo sujeito passivo, o que teve como consequência o presente Auto de Infração, observo que sobre o mérito deste desenquadramento não cabe a este CONSEF se pronunciar, posto que tal ato administrativo de desenquadramento é de competência da Inspetoria Fiscal do domicílio fiscal do contribuinte.

Cabe a este contencioso observar a regularidade do cumprimento das formalidades relativas ao processo de exclusão. Conforme documentos colacionados aos autos, o contribuinte foi regularmente desenquadrado do regime SimBahia, teve a oportunidade de impugnar o seu desenquadramento, conforme documentos de fls. 20, 21, 23 e 24, e afirma que o fez na instância administrativa competente, apenas não tendo logrado êxito em sua pretensão. Portanto, comprovadamente regular o processo de exclusão.

Uma vez excluído do regime SimBahia, foi por diversas vezes intimado para apresentar os livros e documentos fiscais necessários para a realização de auditoria para verificação da regularidade das operações relativas ao pagamento do ICMS, e não os apresentou. Em consequência dessa não apresentação de livros e documentos, foi realizado o roteiro de auditoria para apuração do

imposto a pagar denominado de arbitramento da base de cálculo do ICMS, tal como consta dos autos deste processo.

O contribuinte teve o imposto devido apurado mediante roteiro de auditoria de arbitramento quando já desenquadrado do regime simplificado de apuração denominado SimBahia, pelo que se aplicava o teor da Lei nº 7.014/96 acerca de arbitramento, e em tal situação a falta de apresentação de livros e documentos fiscais está atualmente, e já estava à época dos fatos geradores da obrigação principal, e também da realização da ação fiscal, prevista como causa de realização de roteiro de arbitramento para a apuração da base de cálculo do ICMS a pagar, no artigo 22 da mencionada Lei nº 7.014/96:

Lei nº 7.014/96:

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

(Redação atual do caput do art. 22 dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, efeitos a partir de 31/03/10.

"Art. 22. Quando o cálculo do tributo tiver por base ou tomar em consideração o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que:"

I - forem omissos ou não merecerem fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado;

II - for constatada habitualidade na falta de emissão de documento fiscal idôneo no momento determinado pela legislação ou a sua emissão com valor inferior ao da respectiva operação ou prestação."

(Redação anterior dada ao caput, e inclusão dos incisos I e II, do art. 22 pela Lei nº 7.981, de 12/12/01, efeitos de 13/12/01 a 30/03/10)

Assinalo que mesmo que o contribuinte ainda estivesse enquadrado no regime SimBahia, portanto, regido neste aspecto pela Lei nº 7.357/98, se não apresentasse ao Fisco a documentação fiscal e contábil requerida, também poderia ser aplicado o roteiro de auditoria de arbitramento:

Lei nº 7.357/98:

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.

Portanto, na situação em foco é legal a realização do roteiro de arbitramento.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto à taxa SELIC, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do já mencionado Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

Quanto ao pedido do sujeito passivo para que suas intimações sejam realizadas no endereço que indica em sua peça recursal, inexistente óbice a seu atendimento pela repartição fazendária competente, desde que respeitado o previsto no artigo 108 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0008/09-0**, lavrado contra **MGM – COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (ANIMICA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$124.615,01**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “I”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

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