

PROCESSO - A. I. N° 206925.0004/11-7
RECORRENTE - VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0265-05/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 20/05/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0121-11/13

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 já incluídas na formação societária 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. Infração caracterizada, com base em Boletim de Inteligência Fiscal que contém os requisitos essenciais para a validade do lançamento tributário. Rejeitadas a preliminar de decadência e as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0265-05/11), que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em 20/06/2011, para exigir ICMS no valor de R\$ 95.796,57, relativo aos meses de janeiro/2006 a janeiro/2007 e março a junho de 2007, decorrente do recolhimento do ICMS a menor em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares deste regime, fato comprovado mediante ação fiscal, ficando sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do SimBahia, sendo efetuada a cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, segundo documentos acostados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6. Cálculo da diferença devida efetuado conforme demonstrativo às fls. 06 e 07 dos autos.

Concluída a instrução do feito, a Junta de Julgamento Fiscal proferiu o acórdão recorrido, nos seguintes termos:

"Por se tratar de lide idêntica à tratada no Acórdão JJF nº 0135-05/11, exarado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, relativo ao PAF de nº 206925.0016/10-7, inerente ao contribuinte Arte e Banho Artigos de Banheiros Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial, cuja composição da mesa fez parte, e tendo acompanhado o voto da Relatora, haja vista ter sido a Decisão unânime, como também por manter o mesmo entendimento, peço vênia para reproduzi-lo, com as devidas adequações.

Inicialmente, rejeito a preliminar de mérito de decadência, arguida pelo autuado sob o argumento de que o Auto de Infração, lavrado em 20/06/2011, o contribuinte tomou ciência em 21/07/2011, não podendo alcançar lançamentos anteriores a 21/07/2006, motivo pelo qual devem ser excluídos os fatos geradores supostamente ocorridos em 31/01/2006 a 30/06/2006, do que ressalta se classificar de tributo na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN.

E rejeito a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 20/06/2011 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

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 administrativo, 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.

Por sua vez, o art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação.

Há de se ressaltar que os créditos constituídos foram relativos aos exercícios de 2006 e 2007, e só seriam desconstituídos (os relativos ao exercício de 2006) se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2012. Este é o posicionamento que tem sido adotado por este Conselho de Fazenda Estadual, até o presente momento.

Também, conforme bem frisou o autuante, se deve atentar para o fato de que as infrações apuradas decorrem de fraude, dolo ou simulação praticada pelo contribuinte, sendo aplicado, portanto, o artigo 150, § 4º combinado com o artigo 173, inciso I, todos do CTN,

Igualmente, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado, sob o pretexto da ocorrência de cerceamento de direito de defesa, na exclusão da empresa no SimBahia, posto que, como o próprio autuado afirmou na defesa, em 09/07/2010, recebeu o Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS, sob a alegação de “constituição de empresas com interposição fictícia de pessoas no quadro societário conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010”, constando naquela intimação o número do boletim de inteligência fiscal. Além do que, a exclusão do SimBahia, foi publicada no Diário Oficial do Estado, com o motivo explícito de “constituição da empresa por interposta pessoa”.

O processo de exclusão seguiu todos os trâmites legais, sendo lavrado o competente Termo de Exclusão do Simbahia para Efeito de Cobrança Retroativa de ICMS, fl. 29, com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação. Portanto, em atendimento ao devido processo legal e ao contraditório, foi dada oportunidade de Recurso ao contribuinte, visando suspender a sua exclusão do SimBahia, mas suas alegações não foram suficientes para elidir as provas apresentadas pelo fisco, em relação à situação que gerou a exclusão, ou seja a utilização de interpostas pessoas, na constituição das empresas participantes do GRUPO BÁSICA HOME.

Quanto à preliminar de nulidade a pretexto de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, por se tratar de matéria relacionada com a prova da acusação fiscal, deixo para apreciar tal preliminar por ocasião do exame do mérito.

Desta forma, o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima, pois, o procedimento fiscal atendeu aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e da garantia da ampla defesa.

No mérito, a exação fiscal refere-se ao recolhimento a menor de ICMS, em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), exigido retroativo, por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, inscrita no SimBahia, segundo documentos acostados no Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Constato que o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMBAHIA (fls. 29) faz referência e está estribado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, e os fatos que ocasionaram a exclusão da empresa do SimBahia estão devidamente comprovados no Processo Administrativo nº 219275/2008-6, configurando a constituição da empresa com interposição de pessoas, que é motivo suficiente para exclusão de ofício do regime, portanto, não existe ilegalidade alguma na ação fiscal.

Outrossim, o Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, relata provas incontestes, obtidas mediante o cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que o autuado utilizou-se de artifícios para burlar a legislação do SimBahia, solicitando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo, assim, o seu imposto devido mensalmente, em razão das suas operações de vendas. Para atingir tal objetivo, o grupo dos citados empresários fracionou o seu negócio, constituindo empresas, mediante interposição de pessoas (a maior parte das suas próprias famílias), mantendo, contudo, o controle administrativo e econômico dessas empresas, provas inferidas a partir da análise de um conjunto formado por documentos de constituições de sociedades e alterações contratuais posteriores, todos arquivados na JUCEB.

Desta forma, o débito foi apurado, de forma retroativa, por motivo de enquadramento indevido no SimBahia, pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, na forma prevista no artigo 408-S do RICMS/97, vigente à época, por se tratar de contribuinte que se utilizou da dedução do ICMS recolhido pelo Regime do SimBahia.

O lançamento fiscal está fundamentado nos artigos abaixo:

Lei 7.357/98:

“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.”

RICMS/97:

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.”

Portanto, pelo que se vê, para um contribuinte se enquadrar no Regime do SIMBAHIA, instituído pela Lei nº 7.357/98, é necessário que ele atenda às condições e limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e simplificado dado pelo citado Regime é um benefício fiscal condicionado, sob pena de ser desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso.

Esse desenquadramento será feito de ofício e com efeitos retroativos, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interpostas pessoas, para efetuar a sua opção pelo Regime do SimBahia (art. 22, IV, combinado com o art. 15, II e IV, tudo da Lei nº 7.357/98). Dessa forma, vê-se que o desenquadramento de ofício tem respaldo legal.

No presente caso, como dito acima, a ação fiscal está baseada no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, subscrito pela Inspetoria da INFIP – Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, demonstrativos, documentos de fls. 10 a 20 do PAF.

No decorrer da investigação, confirmou-se que as empresas integrantes do grupo utilizaram interposição fictícia de pessoas na sua constituição, promovendo o fracionamento do negócio com o objetivo de possibilitar o enquadramento indevido no regime simplificado de apuração de tributos e que, posteriormente, o relatório que originou o Boletim de Inteligência Fiscal foi encaminhado à Procuradoria Geral do Estado (PGE) para emissão de Parecer opinativo sobre o desenquadramento das empresas integrantes do GRUPO BÁSICA HOME do sistema SIMBAHIA / SIMPLES NACIONAL, visando à cobrança da diferença de ICMS com base no regime normal de apuração, no qual a PGE concluiu que as empresas em análise, desde a sua constituição, foram capitaneadas por Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho, CPF 293.554.604-06, e sua esposa Roberta Meira Pinto Coelho, CPF 431.332.784-91, figurando os demais sócios das empresas como meros coadjuvantes, com vistas a escamotear os verdadeiros sócios (fls. 22 a 25). Relacionaram as empresas que integram o GRUPO BÁSICA HOME (fls. 13 e 14).

Também consta no Boletim de Inteligência Fiscal o histórico da composição societária das empresas do grupo (fls. 15 a 17), ficando demonstrado, de modo inequívoco, o grau de parentesco ou de relacionamento, dos sócios com todas as demais pessoas integrantes das sociedades.

Nos termos da Lei nº 7.357/2008, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante, a vinculação entre empresas pode ocorrer na forma de participação do capital dos sócios, ou mesmo na forma de participação administrativa dos sócios.

Na presente situação, os sócios do autuado, ou participam diretamente do capital das demais empresas que compõem o grupo, ou têm ingerência, na condição de administrador da sociedade ou representação em decorrência do pátrio poder, como está demonstrado no Boletim de Inteligência Fiscal. Todos os documentos, tais como Contrato Social e Alteração Contratual, que comprovam essas situações estão anexados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Constata-se, também, que o Sr. Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho participou, na condição de avalista, fiador e principal pagador de contratos de locação relativos às empresas do grupo, nos períodos em o mesmo não integrava formalmente os seus respectivos quadros sociais. Note-se também a constatação de coincidências de endereços entre empresas do grupo (fls. 17).

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”.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 107/124, suscitando preliminar de decadência quanto aos lançamentos relativos aos meses de janeiro a junho de 2006.

Argui, também preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, sob o argumento de que, em 09/07/2010, foi surpreendido com o recebimento do Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS, sob a alegação de “*constituição de empresas com interposição fictícia de pessoas no quadro societário conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010*”. Frisou que, em tal intimação, sequer constou qualquer número de REGULAR processo administrativo precedente, limitando-se a informar o número do boletim de inteligência fiscal, o qual foi negado acesso ao contribuinte, registre-se, o que impossibilitou o perfeito conhecimento da acusação.

Esclareceu que tal acusação, na forma como lançada, mostrou-se completamente descabida, *data maxima venia*, haja vista que o recorrente é constituído pelos seus legítimos sócios, todos possuidores de direitos e obrigações. Ressaltou que em nenhum momento se fez qualquer produção de prova, pelo menos com a participação do ora recorrente, o que era fundamental, registre-se, já que sua exclusão do SimBahia lhe acarretaria um pesado ônus, a exemplo do Auto de Infração ora recorrido.

Ressaltou que o fato da exclusão do SimBahia com efeito retroativo, publicada no Diário Oficial do Estado, foi totalmente inesperada, e injustificada, pois o próprio ato de exclusão se limitou em afirmar que o motivo da infração foi que a constituição da empresa se deu por interposta pessoa,

sem esclarecer e fundamentar tal conclusão, configurando, então, um verdadeiro cerceamento de defesa.

Assim, alega nulidade por cerceamento de defesa, do que cita o art. 59, II da Lei Federal do Processo Administrativo Fiscal, pois entende que a autoridade fiscal decretou a exclusão da empresa autuada do SimBahia, informando apenas e tão-somente que o motivo da infração foi a constituição da empresa por interpostas pessoas, sem demonstrar como chegou a essa conclusão ou quais provas serviram de embasamento para sua Decisão. Assevera que o acesso a tais informações era e é de extrema importância para o autuado, pois, só assim seria capaz de produzir uma prova em contrário. Cita jurisprudência.

Registrou que, em nenhum momento, restou configurada a hipótese de exclusão apontada pela Autoridade Administrativa (art. 5º, IV da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007), ou seja, a suposta ilicitude não passou do campo subjetivo, figurando o desenquadramento do citado Regime como forma indireta para cobrança de tributo, em frontal ofensa a diversos precedentes jurisprudenciais, como a recente Decisão exarada pelo Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF) – órgão administrativo encarregado de julgar as defesas dos contribuintes, com situação semelhante resolvida, do que juntou o entendimento.

Salientou que a legislação, tanto a federal como a estadual, não prevê a possibilidade de presunção da ocorrência de tal infração (constituição de empresa com interposição fictícia de pessoas), sendo indispensável, portanto, a produção de prova robusta e inequívoca acerca do seu cometimento, a fim de justificar e embasar a aplicação de tão dura penalidade, prova esta que deveria ter sido disponibilizada. Junta ensinamentos do Professor Hugo de Brito Machado, em seu artigo Mandado de Segurança em Direito Tributário, que ressalta a importância da fundamentação das decisões pela autoridade administrativa.

Assevera, em seguida, que, no processo administrativo de desenquadramento da ora recorrente do SimBahia, lhe foi negado o acesso ao relatório de investigação fiscal, arbitrariedade esta que violou de forma latente os seus direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa.

Salienta que, em um caso análogo ao presente, o Ilustre Ministério Público do Estado da Bahia exarou Parecer reconhecendo a violação ao devido processo legal, nos seguintes termos:

“Compulsando os autos, verifica-se a ocorrência de flagrante violação do direito ao contraditório e à ampla defesa da impetrante, consubstanciada na sua exclusão do SIMPLES NACIONAL sem a instauração do devido processo administrativo em que lhe fosse dado a oportunidade de apresentar defesa prévia.

Destaque-se que o direito ao contraditório, negligenciado na hipótese do writ, é um pressuposto do direito de defesa e consiste no direito fornecido ao réu de conhecer inteiramente os atos que lhe são imputados e os fatos mencionados na demanda. Já a ampla defesa é o direito de poder exercer sua defesa de modo pleno e eficaz.

Destarte, assiste razão à impetrante, posto que o ato da autoridade coatora em excluí-la do Simples Nacional, sem que lhe fosse dada ciência prévia do fato para que pudesse deduzir alegações em sua defesa e participar da produção de provas, consubstancia-se em ato ilegal, violador de direito líquido e certo da autora do mandamus.

Assim, pelas razões retroreferidas, pugna o Ministério Público pela CONCESSÃO DA SEGURANÇA, para reconhecer a ilegalidade do Edital nº 03/2010 que excluiu a impetrante do Simples Nacional, confirmando os efeitos da liminar anteriormente concedida”.

Em tópico denominado *Indícios x Provas*, transcreve trecho do Prof. Paulo Celso B. Bonilha (1997, p. 105), para evidenciar o entendimento de que os indícios se enquadram como ilícitos e, por essa razão deveriam ter restado sobejamente investigados e comprovados pelas autoridades fazendárias, sob pena das acusações caírem no campo subjetivo.

Afirma que é imprescindível que o autuado tivesse o perfeito conhecimento dos fatos imputados de modo a propiciar a ampla defesa, pois, com exceção da presunção legalmente tipificada, meros indícios não têm valor probante para arrimar qualquer procedimento, especialmente quando se trata de um pretensão ilícito tributário, em que não foi dado ao acusado qualquer oportunidade para defesa.

Assim, entende que o procedimento de exclusão, levado a efeito pela intimação, mostra-se, no mínimo, arbitrário, para não dizer um verdadeiro abuso de poder, isto porque sua exclusão, com

efeito retroativo do Sistema Simplificado de Apuração de ICMS, resultará invariavelmente em incomensuráveis prejuízos, sem que, ao menos lhe fosse oportunizada a ampla defesa, direito este que é constitucionalmente assegurado.

Defende, ainda, a inexistência de interposta pessoa, pois ambos os sócios do recorrente são sócios efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes a tal atividade, como prevê o contrato social; os sócios participam da empresa na proporção de suas respectivas participações, tudo em conformidade com a legislação, estando as cotas devidamente lançadas em suas declarações de imposto de renda.

Sustenta que não há qualquer cometimento de infração por parte do recorrente ou de seus sócios que enseje a sua exclusão do regime tributário SimBahia, razão pela qual o termo de exclusão deve ser revisto, de imediato, com a devida preservação do contribuinte em tal sistema, sob pena de graves danos.

Alega, também, a impossibilidade de aplicação retroativa, pois pelo princípio da eventualidade, e por puro amor ao debate, caso não seja acolhido o Pedido de Reconsideração do termo de exclusão do SimBahia, há que se considerar, que os efeitos da combatida exclusão não poderiam retroagir para prejudicar o contribuinte, sendo esse entendimento manifestado pela jurisprudência, que vem, acertadamente, se posicionando no sentido de que não pode o contribuinte ser apenado pela falta de fiscalização do Fisco, que, em aceitando a adesão do contribuinte ao sistema simplificado de pagamento de tributos, está admitindo que este possui todos os requisitos para permanecer no referido sistema. Aduz que vale notar que, ao longo desses últimos anos, o autuado sofreu modificações no seu quadro societário, pelo que a intimação recebida sequer indicou qual ou quais dos sócios porventura estaria(m) sendo utilizados como uma “interposta pessoa” para pelo menos limitar a exclusão à ocorrência da situação excludente (ingresso da suposta interposta pessoa no quadro societário da empresa).

Pugna, nesses termos, pelo provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no opinativo de fls. 137/142, manifestou-se pela rejeição da preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, ao argumento de que as provas materiais constantes dos autos logram demonstrar a regularidade do procedimento de exclusão do Regime de Apuração Simplificada do ICMS, tendo o contribuinte ciência dos atos e provas que fundamentaram a aludida Decisão administrativa.

Diz que o Termo de Exclusão, lavrado em 09/06/2010 pela Inspetoria Fazendária foi publicado no Diário Oficial do Estado e está lastreado em acervo probatório coletado ao longo do procedimento administrativo, demonstrando que o sujeito passivo fazia parte de um conglomerado de empresas que abrangem oito estabelecimentos, assim reunidos para fraudar o Regime Simbahia.

Afirma que o recorrente teve ciência do competente termo de exclusão, com explicitação do motivo "constituição da empresa por interposta pessoa", tendo sido concedido prazo para apresentação de impugnação.

Manifesta-se, ainda, pela rejeição da decadência arguida.

Quanto ao mérito, posicionou-se pelo não provimento do apelo, por entender que não há dúvidas de que os elementos contidos no Boletim de Investigação Fiscal nº 063/2010 comprovam a existência do conglomerado de empresas vinculadas ao Grupo Básica Home, mediante a inserção no quadro societário de outras pessoas que são meros figurantes. O desenquadramento, portanto, está fulcrado na constatação de interpostas pessoas, sendo que o termo de exclusão foi lavrado, para fins de cobrar retroativamente o imposto devido, com base no Regime Normal de Apuração, conforme os arts. 406-A, 408-L, 408-P, 408-Q e 408-S, do RICMS vigente à época.

Salienta que o art. 408-S autoriza expressamente o lançamento do crédito tributário a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento, e não a partir do ato formal de desenquadramento, ficando afastada a arguição de falta de amparo legal para a cobrança retroativa.

VOTO

Não deve ser acolhida a preliminar de nulidade da autuação por cerceamento ao direito de defesa, uma vez que, pela análise dos autos, o sujeito passivo foi regularmente intimado acerca da conclusão dos trabalhos de fiscalização que culminaram com a elaboração do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010. É o que se observa do Termo de Exclusão de fl. 29, entregue a representante da empresa autuada em 09/07/2010, que além de fazer expressa menção ao motivo do desenquadramento, indica que a finalidade é a cobrança retroativa do ICMS e que o ato decorreu da investigação feita no referido Boletim nº 0063/2010.

O recorrente não apresentou, no curso deste PAF, qualquer documento comprobatório de que realmente tenha-lhe sido obstado acesso ao Boletim de Investigação Fiscal ou às provas que foram coletadas no curso da fiscalização, o que infirma a tese de que teria havido cerceamento ao seu direito de defesa.

É inegável que o contribuinte tem o direito de ter acesso ao Boletim de Inteligência Fiscal que culminou com a sua exclusão do Simbahia e a falta de atendimento a tal requisito procedimental ensejaria a decretação da correspondente nulidade. Contudo, frise-se, a prova da alegada negativa jamais veio aos autos, militando, ainda, em desfavor do contribuinte a existência da intimação adrede mencionada, abrindo prazo para impugnação e mencionando os dados do Boletim que permitiriam ao sujeito passivo o acesso a todo o acervo probatório reunido pela fiscalização.

Constata-se, também, que, consoante informação fiscal, o contribuinte apresentou impugnação ao desenquadramento promovido pela Fiscalização, contudo seu pleito foi indeferido. Mais um fato a militar em desfavor da arguição de cerceamento de defesa, conferido e exercido na hipótese vertente.

Por derradeiro, no que concerne à necessidade de participação do recorrente, já no procedimento de fiscalização, em que pese os consistentes fundamentos expendidos, que contaram com a chancela, inclusive, de representante do *Parquet*, é forçoso reconhecer que essa matéria refoge ao âmbito de competência deste Conselho, pois não nos cabe criar procedimentos não previstos em lei muito menos deixar de aplicar as normas que compõem a legislação tributária sob o argumento de ilegalidade ou inconstitucionalidade, *ex vi* do art. 167, I e III, do RPAF/99.

Não há, no nosso ordenamento jurídico, previsão de defesa prévia ao ato de exclusão do Simbahia; na verdade, a legislação diz que o ato deve ser praticado de ofício, o que vai de encontro à idéia de contraditório neste procedimento de averiguação da necessidade de exclusão. Em sendo assim, é defeso a este Conselho criar o procedimento da defesa prévia.

Assim, fica rejeitada dita prefacial.

Outrossim, não procede a prejudicial de mérito de decadência, também arguida pelo sujeito passivo, pois, pela dicção expressa do art. 150, §4º, do CTN, *"se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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"* (grifo da transcrição).

Na hipótese vertente, a ocorrência de fraude é pressuposto da infração atribuída ao sujeito passivo, qual seja a utilização fictícia de interpostas pessoas para burlar os limites máximos de receitas que era admitidas no Regime Simplificado de Apuração e Recolhimento do ICMS, o Simbahia. Assim sendo, o prazo para constituição do crédito tributário é aquele previsto no art. 173, I, do CTN, que é de cinco (05) anos iniciados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Como os fatos geradores deste auto ocorreram no período de janeiro de 2006 a junho de 2007, tenho como oportuna a constituição do crédito tributário, efetivada em junho de 2011.

Quanto ao mérito, convém salientar, inicialmente, que a exclusão de ofício do Simbahia encontrava previsão da Lei nº 7.357/98, instituidora do mencionado regime, inclusive com efeitos retroativos, consoante se observa dos artigos a seguir reproduzidos, nas partes que têm relevância para o caso em questão:

Art. 15 - Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa: (NR)

II - que optar pelo enquadramento no Regime, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas;

III - cuja administração ou gerência seja exercida por titular ou sócio de empresa, mesmo já extinta, que tenha auferido, no mesmo exercício ou no exercício anterior, receita bruta global superior ao limite de enquadramento de que trata o art. 2º desta Lei;

IV - constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;

Art. 17 - Os contribuintes de que tratam os incisos II, III, IV e V, do art. 15, ficarão sujeitos ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário previsto nesta Lei, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento. (NR)

Art. 20 - A exclusão de contribuinte do Regime Simplificado de Apuração do ICMS será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício.

Art. 22 - A exclusão dar-se-á de ofício:

(...)

IV - nas situações mencionadas nos incisos II, III e IV do art. 15.

Como se vê, era legalmente viável a exclusão dos contribuintes do Simbahia, uma vez caracterizada a constituição por interpostas pessoas, por ato de ofício praticado pelo Inspetor Fazendário da Circunscrição Fiscal do sujeito passivo. Contra esse ato, o contribuinte poderia apresentar peça impugnatória, conforme constou expressamente do Termo de exclusão de fl. 29, cabendo a Decisão quanto à manutenção ou não da medida gravosa também ao Inspetor Fazendário.

Essas formalidades, como visto linhas atrás, foram seguidas pelos órgãos competentes da Administração Tributária. O ato de exclusão, portanto, está formalmente correto.

Quanto ao seu mérito, ou seja, aos fundamentos que ensejaram a exclusão do recorrente do Simbahia, tenho que a legislação tributária estabeleceu a competência do Inspetor Fazendário para rever o ato administrativo de desenquadramento. É dizer: este Conselho Fazendário não detém competência para apreciar o ato de exclusão do Simbahia, que, registre-se, é praticado de ofício pelo Inspetor Fazendário.

Sobre o tema das competências administrativas, 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 novel legislação do Processo Administrativo no âmbito do Estado da Bahia, Lei nº 12.209/2011, absorvendo as lições do consagrado doutrinador, assim como da doutrina e da jurisprudência dominantes, qualifica a competência administrativa, 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 arts. 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 apenas reforçam a conclusão quanto à incompetência deste Conselho para apreciar a questão relativa ao mérito do ato administrativo de exclusão do sujeito passivo do Simbahia, pois há norma dispondo tratar-se de ato de ofício atribuído ao Inspetor Fazendário da circunscrição do contribuinte e é vedada, expressamente, a delegação de competência na hipótese vertente (Decisão de Recurso administrativo contra o ato de exclusão). A análise da questão por este Conselho, por todos esses motivos, seria censurável do ponto de vista jurídico, daí porque repilo todos os argumentos recursais que se referem à fundamentação do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010, assim como à existência ou não de provas suficientes a respaldar o ato de exclusão do recorrente do regime do Simbahia.

Por derradeiro, no que concerne à possibilidade de cobrança do imposto, no regime normal, retroativamente à data em que ocorreram os fatos ensejadores do enquadramento, além da previsão expressa do art. 17, da Lei nº 7.357/98, o art. 408-S, do RICMS/97, com a redação vigente à época, igualmente previa a exigência do ICMS tal como lançado, *in verbis*:

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.

Ante o exposto, na esteira de outros precedentes deste Conselho, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206925.0004/11-7**, lavrado contra **VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.796,57**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA DULCE HASSLEMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS