

A.I. N.^º - 206925.0007/09-4
AUTUADO - QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 26.08.2010

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0215-02/10

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. Infração caracterizada, com base em Relatório de Investigação Fiscal (RIF) que contém os requisitos essenciais para a validade do lançamento tributário. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 10/12/2009, sob acusação de recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$62.509,80, referente a comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, correspondente ao período de janeiro de 2004 a junho de 2007, conforme demonstrativo e documentos às fls.09 a 128. Em complemento consta: “Cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 170800/2009-2.”

O sujeito passivo, através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls.131 a 141, impugnou o Auto de Infração com o que faz com base nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Destacou a tempestividade de sua defesa, expressando o seu entendimento sobre o fulcro da autuação, e argüiu a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, sob alegação de precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008.

Observa que no referido RIF, a fiscalização considerou a existência de um Grupo Econômico formado pelas empresas 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 Confecções Ltda., das quais seriam sócios de fato apenas os Srs. Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de seriam pessoas da mesma família dos três empresários.

Aduz que não existe vedação jurídica à associação de familiares, muito pelo contrário, que a Constituição Federal assegura o pleno direito à livre associação e à livre iniciativa, a teor dos seus arts. 5º, XVII e 170.

Considerou uma presunção fiscal a conclusão de que houve interposição de pessoas na formação societária das empresas, por entender que essa assertiva somente seria válida caso fossem os três citados empresários que percebessem, juridicamente, em todas as empresas, os respectivos dividendos, de modo que os seus parentes apenas figurassesem no quadro societário das mesmas para que fosse respeitado o limite legal do SimBahia.

Diz que não consta no RIF a informação de que a Fiscalização tenha buscado elementos de provas suficientes à caracterização das "interpostas pessoas"; à comprovação de que os familiares dos Empresários que compunham o quadro societário das sete empresas não recebiam os seus dividendos. Frisa que estes elementos poderiam ser obtidos da análise de documentos pessoais dos sócios das empresas, a exemplo das Declarações de Imposto de Renda.

Anexou aos autos, fls.184 a 185, cópia do Parecer Final do Processo nº 190981/2009-5, em apreciação ao Recurso interposto pela MGM em razão da sua exclusão do SIMPLES, cuja conclusão foi: "a interposição fraudulenta é típica presunção legal. Ou seja, cabe a requerente provar que não praticou a interposição e não o fisco."

Cita lição da professora Maria Rita Ferragut sobre a doutrina relacionada com a questão de presunção fiscal.

Argui que o procedimento fiscal ignora todos os princípios constitucionais e legais tais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a motivação dos atos da Administração, a teor dos arts. 5º e 37, da Constituição Federal e art. 2º e 50, da Lei 9.784/99, pois está suportado apenas em presunções, não tendo sido colhidas as provas necessárias a desvendar a verdade material dos fatos.

Com esses argumentos, frisa que estando o presente lançamento pautado única e exclusivamente no quanto apurado por meio do multicitado RIF e sendo, no seu entender, o RIF nulo, carece o lançamento dos requisitos essenciais para a sua validade, indo de encontro com o artigo 142 do CTN.

Comenta que o ato administrativo está plenamente vinculado por disposição legal, devendo ser sempre motivado, sob pena de nulidade por desrespeito aos princípios constitucionais contidos no artigo 37 da Magna Carta e nos artigos 2º e 50, da Lei 9.784/99, pois pretendeu o autuante inverter o ônus da prova que lhe incumbe, cerceando o direito constitucional à ampla defesa.

Analizando o RIF que ensejou a sua exclusão do SimBahia, o autuado considerou que o mesmo carece dos elementos que lhe são necessários, em razão da ausência de prova acerca da ocorrência do quanto alegado no bojo do RIF, bem como por carecer, o lançamento de motivação.

Protestou sobre a conclusão da existência do "Grupo Companhia da Pizza" dizendo que o fato de ter figurado no quadro societário da Impugnante 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.

Ressalta que para se configurar a ocorrência da utilização de interpostas pessoas, é preciso que se prove, previamente, que as pessoas tidas como interpostas não percebem os dividendos relativos à sua participação societária. Para comprovar essa assertiva, juntou cópia das declarações do imposto de renda em nome de Antônio Valério de Carvalho Neto, Cynthia Kfouri Fernandes Dias, Ana Nayra Nasciso Dorea, (docs.fl.187 a 226).

No caso específico da empresa MGM, salienta que conforme consta ^{do próprio RIF às fls. 10 e 11} o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto só figurou como sócio período compreendido entre 15 de abril de 1997 e 14 de julho de

quadro societário da Impugnante dois anos antes de ter sido constituído o suposto Grupo, pois a primeira empresa composta por mais de um dos multicitados empresários só foi constituída em 06 de julho de 2000 (MAOTAI ALIMENTOS LTDA - CNPJ nº 03.866.536/0001-82).

Esclarece que durante o período que existiu, a MGM era administrada pelas suas sócias e não pelo citado Empresário; possuía contas bancárias próprias, em nome da própria pessoa jurídica e que eram geridas, de fato, pelas sócias da empresa, que recebiam os seus dividendos, conforme comprovam as cartas anexas, enviadas aos Bancos quando da cessação das atividades da empresa e os extratos bancários (doc.fl.228 a 241).

Por conta disso, reafirma que o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto não tinha nenhuma participação na MGM nos períodos fiscalizados.

Entendendo que o trabalho desenvolvido no RIF está baseado em suposições, e caso o órgão julgador considere que as provas apresentadas são insuficientes para elucidar os fatos, requer a realização de diligência fiscal para que sejam colhidos, junto à todos aqueles que integram o quadro societário das sete empresas, os elementos necessários à comprovação, ou não, do quanto alegado no curso do Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008.

Comenta sobre o princípio da proporcionalidade, e cita lição de renomado professor de direito tributário sobre esta questão, para arguir que a imposição da multa de 60%, 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 provas e produção de todos os meios de provas admitidos em direito, inclusive perícia ou diligência fiscal.

Pede que as intimações sejam feitas em nome do seu patrono, Octávio Bulcão Nascimento, OAB/BA nº 12.009, com endereço profissional na Rua Agnelo de Brito, 90, Edif. Garibaldi Memorial, 5º e 6º andares, Federação, CEP 40.210-245, Salvador – Bahia.

O atuante em sua informação fiscal às fls.243 a 149, esclarece inicialmente que o contribuinte autuado foi excluído do SIMBAHIA através do Processo nº 170800/2009-2 (fls. 102 a 106), com base nos artigos 15 e 22, § único, da Lei nº 7.357/1998, bem como, nos artigos 406-A, 408-L, 408-P, 408-Q e 408-S do RICMS, cuja exclusão foi motivada por irregularidades apontadas no Relatório da INFIP nº 19/2008, onde apurou-se que o estabelecimento em questão, sendo integrante de um conglomerado de empresas, utilizou-se de interpostas pessoas na sua constituição.

Ressalta que o aludido processo seguiu todos os trâmites legais para a matéria em questão, sendo lavrado o TERMO DE EXLUSÃO DO SIMBAHIA PARA EFEITO DE COBRANÇA RETROATIVA DE ICMS (fls. 103), com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação, assim o desejando.

Diz que transcorrido o prazo legal, sem impugnação do contribuinte, foi emitida a Ordem de Serviço nº 517171/09, determinando a apuração do imposto devido, de forma retroativa, em função do desenquadramento da empresa do Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA, pelos motivos apontados no processo original.

Salienta que o autuado não contestou os dados apresentados no Demonstrativo da Apuração do Imposto em Função da Receita Bruta (fls. 09 a 11), tendo como método a apuração da diferença de ICMS entre o sistema de apuração em função da receita bruta, permitido para o segmento de restaurantes e similares, e o sistema que foi efetivamente utilizado por ela, ou seja, o SIMBAHIA.

Entende ser o TERMO DE EXLUSÃO DO SIMBAHIA PARA EFEITO DE COBRANÇA RETROATIVA DE ICMS o competente instrumento técnico-administrativo, necessário e suficiente, que autoriza a lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO, tornando-o PROCEDENTE, apesar das "razões" apresentadas pelo Autuado, que versam sobre temas exauridos nas discussões anteriores.

Frisa que não cabe neste processo a apreciação de mérito do ci

esclarecimentos sobre o mesmo deverão ser encaminhados ao órgão que lhe deu origem, ou seja, a própria INFIP. Contudo, passa a tecer algumas observações que diz serem úteis ao julgamento desta lide.

Quanto a alegação de cerceamento de defesa por precariedade das provas, o preposto fiscal analisando o Processo de nº 06981012008-8, esclarece que a origem deste reside na denúncia efetuada com base em uma publicação no jornal A Tarde (fl.108), em 11/05/2008, anunciando a inauguração do restaurante Pátio Itália, resultado da associação entre os grupos Quanto Prima e Companhia da Pizza, fato que não depende de prova à luz do artigo 334, I, do CPC, e sobre o qual o autuado não se manifestou.

Observa que dando prosseguindo à investigação, os técnicos da Inspetoria de Fiscalização de Médias e Pequenas Empresas do Comércio Varejista - INFAC Varejo, constataram a existência de um grupo de empresas - enquadradas indevidamente no SimBahia /Simples Nacional - com quadro social composto pelos Srs. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA, MÚRCIO DE ALMEIDA DIAS, ANTONIO VALÉRIO DE CARVALHO NETO e seus familiares. Salienta que todos eles participam, ou participaram, das empresas PÁTIO ITÁLIA IGUATEMI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA (IE 76.447.268), TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (IE 67.653.287), TOKAI BARRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (IE 69.877.279), MAOTAI ALIMENTOS LTDA (IE 53.344.966), MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (IE 73.753.306), QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA (IE 57.170.992) e MGM COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA (IE 46.456.078).

Admite que realmente não há vedação jurídica à associação de familiares, contudo, que ocorrendo tal situação, a lei veda que as empresas auferam os benefícios fiscais decorrente do enquadramento indevido no SIMBAHIA.

Transcreveu o artigo 15, incisos I a V, da Lei nº 7.357, de 4 de novembro de 2008, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA, aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante, para mostrar que perderá o direito a adoção do citado regime, no caso de haver vinculação entre empresas na forma de participação do capital dos sócios, ou mesmo na forma de participação administrativa dos sócios.

No caso, afirma que os sócios do autuado, ou participam diretamente do capital das demais empresas que compõem o grupo, ou tem ingerência, na condição de administrador da sociedade ou representação em decorrência do *pátrio poder*, como está demonstrado no Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008. Esclarece que todos os documentos, tais como Contrato Social e Alteração Contratual, que comprovam essas situações estão anexados ao Processo nº 069810/2008-8.

Desta forma, sustenta que existem provas concretas e documentadas, constantes do relatório da INFIP, obtidas mediante cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que o autuado se utilizou 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 (sendo todas das suas próprias famílias), mantendo, contudo, o controle administrativo e econômico dessas empresas, tudo conforme documentos de constituições de sociedades e alterações contratuais posteriores, todos arquivados na JUCEB.

Comenta sobre a prova em Direito, citando lição de Moacyr Amaral Santos, na sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 4, página 11, de que prova judiciária "é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios".

Repete que os documentos imprescindíveis à formação do convencimento, alicerçado na verdade trazida à tona, estão anexados ao Processo nº 069810/2008-8, e são elaborados pelo próprio autuado e arquivados nos órgãos competentes.

Ainda sobre as provas, aduz que as Declarações de Imposto de Renda dos sócios anexadas à defesa do autuado (fls. 187 a 226), nada provam a seu favor. Foram apresentadas declarações do Sr. ANTONIO VALÉRIO DE CARVALHO NETO, da Sra. CYNTIA KFOURY FERNANDEZ DIAS, esposa do Sr. MÚRCIO DE ALMEIDA DIAS e da Sra. ANA NAYRA NARCISO DÓRIA, esposa do Sr. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA, justamente os três senhores acusados de encabeçar o consórcio de empresas apontadas no Processo de Denúncia citado.

Aponta que na Declaração de Imposto de Renda do Sr. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA consta a informação sobre as cotas de capital social do autuado em nome da sua esposa, como sendo de sua propriedade, conforme documentos acostados pela defesa, ao Processo Administrativo Fiscal nº 207094/2009-2 (AI nº 206925.0002/09-2), fls. 118, da empresa PÁTIO ITÁLIA IGUATEMI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, integrante do GRUPO COMPANHIA DA PIZZA.

Questiona como os *menores impúberes* LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA FILHO, RODRIGO FERNANDES DIAS, GUILHERME FERNANDES DIAS e PEDRO HENRIQUE NARCISO DÓRIA, integrantes do quadro social de empresas do grupo e filhos dos Srs. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA e MÚRCIO DE ALMEIDA DIAS, poderiam ter algum rendimento próprio, na forma de dividendos, como é afirmado?

Quanto a alegação de que o Sr. ANTONIO VALÉRIO DE CARVALHO NETO teria deixado de compor o quadro societário da MGM COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. antes da formação do citado grupo Companhia da Pizza (fls.138), o autuante chama a atenção de que não foi mencionado que a Sra. MÔNICA DE ALMEIDA ARAÚJO VALÉRIO DE CARVALHO, sócia da empresa até 16/07/2007, é também ESPOSA do referido senhor, configurando, no seu entender, o vínculo empresarial por parentesco.

Por conta disso, conclui que o Sr. ANTONIO VALÉRIO DE CARVALHO NETO é o verdadeiro proprietário da empresa MGM COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, conclusão essa baseada em sua própria Declaração de Imposto Renda, onde as cotas de capital social e os rendimentos auferidos pela Sra. MÔNICA DE ALMEIDA ARAÚJO VALÉRIO DE CARVALHO, sua dependente, estão declarados como sendo seus. (doc.fls.188, 190 e 191).

No tocante à prova representada por extratos bancários, para comprovar que as próprias sócias receberiam os dividendos da sua participação na empresa, diz que nenhum extrato foi anexado ao processo para analisar as implicações de tais documentos bancários.

Assevera que não ficou clara a pretensão da defesa ao informar que a Sra. MÔNICA DE ALMEIDA ARAÚJO VALÉRIO DE CARVALHO firmou contrato de cessão de cotas com a Sra. CAROLINA MARIA QUEIROZ DE CASTRO, porque o referido instrumento data de 13/07/2007, já estando a empresa excluída do SIMBAHIA e do Simples Nacional, de forma retroativa, nessa data. Pelos motivos expostos, e por força da legislação, não poderia retomar ao sistema antes de transcorrido o prazo de 3 a 10 anos (Res. CGSN 15/2007, art. 6º, inc. VI comb. § 6º).

Quanto ao pedido de diligência fiscal (fl.139), entende não haver razões para tal procedimento, não encontrando amparo no artigo 145, combinado com o artigo 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99, e no artigo 133, do COTEB, que reza: "Art. 133. Na defesa será aduzida por escrito, de uma só vez, toda a matéria que o impugnante entenda útil, indicando ou requerendo as provas e juntando, desde logo, documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações."

Observa que o autuada não contestou o demonstrativo de débito apresentado (fls.09 a 11), limitando a sua defesa na tentativa de desqualificar o Relatório de Investigação Fiscal, que serviu de base ao processo de exclusão da empresa do SIMBAHIA. Por outro lado, diz que o débito apontado no Auto de Infração está estribado em documentos obtidos da escrita fiscal e contábil do próprio contribuinte (fls.13 a 100), ou da base de dados da SEFAZ (dados da arrecadação). Entende não haver dúvidas quanto à fundamentação técnica e documental que compõem o processo, sendo descabido o pedido de

Sobre a contestação da multa de 60% sobre o valor do débito apurado, o autuante diz que a mesma está estabelecida para tal tipo de infração, conforme disposto no artigo 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96.

Conclui solicitamos que o Auto de Infração seja considerado PROCEDENTE.

VOTO

Inicialmente, com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, indefiro o pedido do autuado para realização de diligência, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive recalcular o débito, se necessário.

Analizando, 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 a pretexto de cerceamento do direito de defesa, 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 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.

Inicialmente, com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, indefiro o pedido do autuado para realização de diligência, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive recalcular o débito, se necessário.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a recolhimento a menor do ICMS devido no período de janeiro de 2004 a junho de 2007, referente a comercialização de refeições, em razão da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), 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 SimBahia, conforme Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008.

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, por se tratar de contribuinte que atua no ramo de restaurante, com a 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 empresas:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza g

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, de 04/11/98, 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 Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008 subscrito pela Supervisora da Inspetoria Fazendária de Varejo, 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 INFRAZ 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 SimBahia.

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 SimBahia.

No RIF em comento, consta com detalhes o objetivo do relatório; a descrição dos fatos baseado em reportagem publicado em jornal desta cidade; a análise do vínculo entre as empresas envolvidas no grupo denominado Gruo 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 acionários das empresas; o enquadramento indevido no SimBahia /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 Confecções Ltda, sendo recomendada a fiscalização de todas as empresas citadas, com a apuração do imposto de forma retroativa pelo enquadramento indevido no SIMBAHIA, com fulcro no artigo 408-P do RICMS/97.

Dante de tal conclusão, a Infaz de origem lavrou o competente SIMBAHIA para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl.103), com

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.

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.

Cumpre 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 SIMBAHIA, 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, desenquadramento 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 Relatório de Investigação Fiscal nº 18/2008 da SEFAZ/INFIP (fls.107 a 128) 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 SIMBAHIA. 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, conforme art. 408-S, do RICMS/97.

O débito de cada exercício foi apurado tomando por base os valores da receita bruta mensal contabilizada no livro Diários às fls.13 a 100, mediante a aplicação das alíquotas de 5% e 4%, respectivamente, por se tratar de estabelecimento que atua no ramo de refeições, 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, conforme demonstrativos às fls.09 a 10, cujos números o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco.

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 19/2008, e serve como elemento de prova para a constituição do crédito tributário objeto da autuação.

Cumpre observar, no tocante a 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 a alínea “a” do inciso II do Art. 42, 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%.

Portanto, a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal é prevista no artigo 42, inciso IV, “a” 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206925.0007/09-4, lavrado contra **QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.509,80**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “j” do artigo 42, inciso IV, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR