

A. I. N° - 206925.0003/09-9
AUTUADO - TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAZ/VAREJO
INTERNET - 04.10.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0263-02/10

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, lavrado em 09/12/2009, exige ICMS, no valor de R\$29.217,32, em decorrência do recolhimento a menos do ICMS referente a comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 170806/2009-0.

O autuado apresenta defesa, fl. 73 a 83, impugnando o lançamento tributário, frisa que estão sendo cobrados supostos créditos de ICMS, por ter sido excluída do SIMBAHIA, em razão do Processo nº 170800/2009-2, decorrente das conclusões do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, datado de 30.07.2008, que considerou a existência de um Grupo Econômico familiar, formado pelos Srs. Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, doravante denominados “Empresários”. No entender da fiscalização, os referidos empresários utilizavam-se dos seus familiares na forma de “interpostas pessoas” para poder extrapolar o limite da receita ajustada bruta permitido pela legislação de regência do SIMBAHIA.

Salienta que, conforme consta do citado relatório, a Fiscalização 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, no intuito de aferir se estaria sendo respeitado o limite da receita ajustada bruta estabelecido pela legislação do SIMBAHIA. A impugnante fora uma das empresas enquadradas como sendo do “Grupo Companhia da Pizza”, de modo que a sua receita ajustada bruta foi somada à das outras empresas supostamente componentes do Grupo para determinação da Receita Bruta. As empresas componentes do Grupo seriam: i) Pati

Bebidas Ltda., ii) Tokai Iguatemi Comércio de Alimentos Ltda., iii) Tokai Barra Comércio de Alimentos Ltda., iv) Maotai Alimentos Ltda., v) Maotai Salvador Comércio de Alimentos Ltda., vi) Quanto Prima Alimentos Ltda. e vii) MGM Comércio de Confeções Ltda.

Argui nulidade da infração, por entender que houve cerceamento do direito de defesa em razão da precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, uma vez 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.

Entende que foi 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 figurassem no quadro societário das mesmas para que fosse respeitado o limite legal do SimBahia.

Assevera 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.

Ressalta que no 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 doutrina sobre.

Argumenta 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.

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. Diz 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.

Ressalta que, ao analisar o RIF que ensejou a sua exclusão do SimBahia, entende 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.

Não concorda com 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.

Salienta 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 Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto.

Destaca que no caso específico da empresa MGM, conforme consta

Valério de Carvalho Neto só figurou como sócio da MGM, efetivamente, no período compreendido entre 15 de abril de 1997 e 14 de julho de 1998, deixando de compor o 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). Afirma 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, não tendo o citado Sr. nenhuma participação na MGM nos períodos fiscalizados.

Requer a realização de Diligência Fiscal para colher 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 dividendos distribuídos aos familiares dos Empresários eram para estes últimos repassados, configurando, assim, a utilização dos laranjas, ou se os sócios das empresas eram efetivamente sócios e não interpostas pessoas.

Em relação a multa aplicada, aduz que não tem o menor cabimento o percentual de multa exigido (de 60%) diante de sua ilegal e inconstitucional aplicação, pois restaria confiscatória. Mais uma razão, pela qual, deve ser julgado improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

Ao final, requer pela improcedência da autuação, protesta pela produção de provas e que as intimações sejam feitas sempre em nome do patrono do autuado.

Na informação fiscal, fls. 172 a 178, o autuante salienta que o autuado foi excluído do SimBahia através do Processo nº 170806/2009-0 (Fls. 44 a 48), 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. A 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 EXCLUSÃO DO SIMBAHIA PARA EFEITO DE COBRANÇA RETROATIVA DE ICMS (Fls. 45), com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação, assim o desejando. Transcorrido o prazo legal, sem impugnação do contribuinte, foi emitida a Ordem de Serviço nº 517174/09, 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.

Frisa que o autuado não contestou, de modo algum, os dados apresentados no Demonstrativo da Apuração do Imposto em Função da Receita Bruta (fls. 05 e 06), levantamento elaborado em seu trabalho fiscal, 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.

Ressalta que a defesa discorreu longamente tentando eivar o Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, que motivou a sua exclusão do SimBahia, relatando os mesmos motivos listados na sua manifestação constante do processo nº 069810/2008-8, onde se apura a denúncia de irregularidades fiscais relativas ao enquadramento da empresa como sendo de pequeno porte, todavia, sem apontar nenhum fato ou fundamento de direito novo, que pudesse anular a acusação de formação de grupo econômico e interposição de pessoas na constituição das sociedades, a fim de diminuir o pagamento de imposto.

Diz entender ser o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMBAHIA P/ RETROATIVA DE ICMS o competente instrumento técnico-administrativo.

que autoriza a lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO, tornando-o PROCEDENTE, apesar das “razões” apresentadas pela Autuada, que versam sobre temas exauridos nas discussões anteriores. Ainda que se entenda que não cabe aqui a apreciação de mérito do citado relatório, pois eventuais esclarecimentos sobre o mesmo deverão ser encaminhados ao órgão que lhe deu origem, ou seja, a própria INFIP.

Em relação 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, 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.

Frisa que dando prosseguindo à investigação, os técnicos da Inspetoria de Fiscalização de Médias e Pequenas Empresas do Comércio Varejista – INFAZ Varejo, constatarem 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. 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), MAO TAI 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 aufram 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.

Assevera que os sócios da Autuada, 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. Todos os documentos, tais como Contrato Social e Alteração Contratual, que comprovam essas situações estão anexados ao Processo nº 069810/2008-8.

Argumenta que a empresa constituída com interposição de pessoas é motivo para exclusão de ofício do SimBahia, portanto, não existe ilegalidade alguma na ação fiscal, como afirmado pela Autuada, pois existem provas concretas, constantes do relatório da INFIP, obtidas mediante cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que o contribuinte 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.

Reitera que as acusações não são baseadas em suposições, como alega a defesa, mas em provas inferidas a partir da análise de um conjunto formado por documentos de constituições de sociedades e alterações contratuais posteriores, todos arquivados na JUCEB. Cita doutrina sobre prova.

Frisa que os documentos imprescindíveis à formação do convencimento, alicerçado na verdade trazida à tona, como já foi dito, estão anexados ao Processo nº 069810/2008-8. São documentos de fé pública, elaborados pela própria Autuada e arquivados nos órgãos competentes, portanto, incontestáveis.

Argumenta que as Declarações de Imposto de Renda dos sócios anexadas à defesa da Autuada (fls. 133 a 155), nada provam a seu favor. Foram apresentadas declarações do Sr. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA e da Sra. NOEMIA DE ALMEIDA DIAS, a mãe do Sr. MÚRCIO DE ALMEIDA DIAS, justamente dois dos três senhores acusados de encabeçar o consórcio de empresas apontadas no Processo de Denúncia já citado. Os dois senhores também estão investidos na função de ADMINISTRADORES não sócios da Autuada, o que comprova o vínculo entre as empresas.

Aduz que na Declaração de Imposto de Renda do Sr. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA consta a informação de cotas de capital social da Autuada em nome do seu filho, o menor LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA FILHO, como sendo de sua propriedade, conforme documentos acostados pela defesa (fls. 139, 145 e 153). Inclusive, o citado senhor recebeu, em nome do filho, os lucros distribuídos pela Autuada aos sócios, como está declarado por ele (fls. 144 e 154).

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. Entende que está provado que os lucros gerados pelas empresas consorciadas são destinados aos seus sócios de fato.

Acrescenta que, ainda segundo a defesa, 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. 80). Todavia, não mencionou que a Sra. MÔNICA DE ALMEIDA ARAÚJO VALÉRIO DE CARVALHO, sócia da empresa até 16/07/2007, é também ESPOSA do referido senhor, configurando o vínculo empresarial por parentesco.

Afirma que inexiste dúvida de que efetivamente o Sr. ANTONIO VALÉRIO DE CARVALHO NETO é o verdadeiro proprietário da empresa MGM COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. Essa certeza advém da sua própria Declaração de Imposto de Renda, onde constam as cotas de capital social e os rendimentos auferidos pela Sra. MÔNICA DE ALMEIDA ARAÚJO VALÉRIO DE CARVALHO, sua dependente declarada, como sendo seus. A comprovação desses dados pode ser feita pela leitura da Declaração de Imposto de Renda completa do referido senhor, anexada pela defesa ao Processo Administrativo Fiscal nº 207091/2009-3 (AI nº 206925.0007/09-4) da empresa Quanto Prima Alimentos Ltda., integrante do GRUPO COMPANHIA DA PIZZA.

Ressalta que a defesa fez referência a extratos bancários, que seriam provas das suas alegações (Fls. 81), isto é, as próprias sócias receberiam os dividendos da sua participação na empresa, todavia, nenhum extrato foi anexado ao processo. Infelizmente, não pode analisar as implicações de tais documentos bancários.

Destaca 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, mesmo 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 retornar 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 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 a impugnação, o impugnante entenda útil, indicando ou requerendo as provas e juntando, desde

demonstrativos referentes às suas alegações."

Ressalta que a defesa não contestou o demonstrativo de débito apresentado (Fls. 05 e 06), 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, o débito apontado no Auto de Infração está estribado em documentos obtidos da escrita fiscal e contábil do próprio contribuinte (Fls. 09 a 43), ou da base de dados da SEFAZ (dados da arrecadação). Entende não haver dúvidas quanto à fundamentação técnica e jurídica dos levantamentos e documentos que compõem o processo, sendo descabido o pedido de diligência.

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.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência do recolhimento a menos do ICMS referente a comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 170806/2009-0.

Em relação a argüição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que não houve cerceamento de direito de defesa, uma vez que a autuação 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. No tocante a alegação defensiva 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. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade.

Portanto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide. Os documentos fiscais que lastrearam a autuação encontram-se nos autos, assim como os demonstrativos elaborados pelo autuante, e ao sujeito passivo foram dadas todas as oportunidades para sua livre manifestação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a recolhimento a menor do ICMS devido no período de dezembro de 2005 a maio 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 regra pelo Regime do SimBahia, conforme Relatório de Investigação Fi

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 tributário encontra-se embasado nos dispositivos abaixo transcritos:

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.”

Logo, 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 caso em lide, 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. 49 a 70.

No referido Relatório consta que o mesmo teve o objetivo de apurar o teor da denúncia oriunda da INFAZ 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.

Aplicando a legislação que rege a matéria, a fiscalização 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 das operações envolvidas no grupo denominado Grupo Companhia da Pizzaria.

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.

Diante de tal conclusão, a Infaz de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do SIMBAHIA para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl. 48), 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.

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

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

Portanto, o autuante deu estrito cumprimento à recomendação constante no RIF, desenquadrando o autuado 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 e a Tabela Ilustrativa de Vínculos Entre as Empresas, 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.

Devo ressaltar que o débito de cada exercício foi apurado tomando por base os valores lançados no livro Registro de Saídas às folhas 09 a 43, 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 folhas 05 a 06, 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.

Quanto a multa aplicada, observo que o autuante incorreu em equívoco ao indicar o dispositivo da multa 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, pelo que fica modificado. Quanto as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório, ilegal e inconstitucional, não devem ser a

citada lei. e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, ;

Pelo acima 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 **206925.0003/09-9**, lavrado contra **TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.217,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR