

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0011/10-5
RECORRENTE - QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0286-02/10
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 27/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0364-11/11

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. ARGUMENTAÇÃO RECUSAL VOLTADA CONTRA O ATO DE EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DESTE CONSELHO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A teor das normas vigentes, compete ao Inspetor Fazendário ou ao Coordenador de Processos no âmbito da DAT Metro apreciar a impugnação contra o ato de exclusão de um determinado contribuinte do regime de apuração do Simples Nacional. O mérito do ato administrativo alvejado, portanto, não pode ser revisto pelo Conselho de Fazenda, mas, apenas, os aspectos formais do procedimento que culminou com a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, efetivamente observados na hipótese dos autos. Rejeitada a preliminar de nulidade da Decisão de primeira instância. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o presente Auto de Infração, o qual foi lavrado em 03/03/2010 para exigir ICMS no valor de R\$9.579,22, acrescido da multa de 60%, referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em função da Receita Bruta, correspondente ao período de julho de 2007 a junho de 2008.

Consta, da descrição da infração, que se trata de cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no Simples Nacional, conforme documentos acostados no Processo nº 175384/2009-0.

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

"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.

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

Quanto à 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.

Com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF, 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 menos do ICMS devido no período de julho de 2007 a junho de 2008, referente à comercialização de refeições, em razão da perda do direito aos benefícios do Simples Nacional, tendo em vista que o estabelecimento autuado faz parte de um grupo de seis empresas reunidas para fraudar o aludido sistema 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 "interpistas pessoas" para não extrapolar o limite da receita bruta ajustada permitido pelo Regime do Simples Nacional, conforme Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008.

Desta forma, o débito foi apurado, de forma retroativa, por motivo de enquadramento indevido no SIMPLES NACIONAL.

O Auto de Infração se fundamento na exclusão do autuado do SIMPLES NACIONAL, com amparo no artigo 3º, parágrafo 4º, III, IV e V da Lei Complementar 123/2006 e a Resolução CGSN número 15, art. 5º, IV de 23 de julho de 2007.

Ficou evidenciado que 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 próprio 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, o aludido relatório traz provas concretas e documentadas, 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 SIMPLES NACIONAL, solicitando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo, assim, o seu imposto devido mensalmente, em razão das suas operações de vendas.

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 e termo de exclusão do SIMPLES NACIONAL à fl. 12 dos autos.

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 "interpistas pessoas" para não extrapolar o limite da receita bruta ajustada permitido pelo Regime do SIMPLES NACIONAL.

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

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 acionário 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) Pátio 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 SIMPLES NACIONAL.

Diante de tal conclusão, a Infaz de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl.12), com fundamento nos artigos 28 E 29 DA Lei Complementar 123/2006, art. 5º, inciso XI, da Resolução CGSN número 15/07 e nos artigos 399-E e 393-F do RICMS, Decreto 6284/97, e

cientificou e notificou o autuado à fl. 16, DOE de 28/10/2009, 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 SIMPLES NACIONAL, 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 50019/10, 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, fato comprovado por meio de farta documentação e provas anexadas aos autos, destacando-se o Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008 da SEFAZ/INFIP e a Tabela Ilustrativa de Vínculos Entre as Empresas.

O débito de cada exercício foi apurado tomando por base na Declaração Anual do Simples Nacional, às fls. 09 e 10 dos autos, mediante a aplicação das alíquotas de 4%, por se tratar de estabelecimento que atua no ramo de refeições, deduzidos os valores recolhidos através do SIMPLES NACIONAL, conforme demonstrativos às fls.06 e 07, 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%.

Assim, 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 lê., e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

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

Inconformado com a Decisão da Primeira Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário de fls. 138/153, suscitando preliminar de nulidade da Decisão, ao argumento de que o Órgão de Julgamento Administrativo deixou de apreciar questões levantadas em sede de defesa, o que era seu dever, no exercício do controle da legalidade dos atos administrativos. Defende que este Conselho pode e deve rever as ilegalidades perpetradas no Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, que culminou com o seu desenquadramento do Simples Nacional.

Argui, ainda, preliminar de nulidade do lançamento tributário, por "ausência do princípio da verdade material no Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008", deduzindo a seguinte argumentação:

1. Observa que no referido RIF, a fiscalização considerou a existência de um Grupo Econômico formado pelas empresas 1) Pátio 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 Carvalho Neto, e os demais seriam pessoas da mesma família dos três empresários.
2. 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.
3. 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. Entende que só há o que falar em interpostas pessoas caso comprovasse efetivamente que as pessoas que compõem o quadro

societário de uma determinada empresa, ali o foram apenas simbolicamente, não percebendo estas pessoas, de fato, os resultados da sua participação societária.

4. 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.
5. Faz referência ao Parecer Final do Processo nº 190981/2009-5, em apreciação ao Recurso Voluntário 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.*"
6. Sustenta 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 nº 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 ao artigo 142 do CTN.
7. 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 nº 9.784/99, pois pretendeu o autuante inverter o ônus da prova que lhe incumbe, cerceando o direito constitucional à ampla defesa.
8. Analisando o RIF que ensejou a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, 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, considerando, por conseguinte, o Auto de Infração nulo.

Em tópico intitulado "*Da inexistência do Grupo Companhia da Pizza - Do respeito aos limites impostos pela legislação do Simples Nacional*", o recorrente contesta a conclusão do RIF de que existe um "Grupo Companhia da Pizza". Afirma que o fato de terem figurado no seu quadro societário 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. Considera não restar dúvida de que os senhores Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antonio Valério de Carvalho Neto não se utilizavam de interpostas pessoas para explorar a atividade econômica do recorrente, não havendo, portanto, razão para que a receita bruta ajustada fosse somada à recita bruta ajustada de qualquer outra empresa da qual supostamente fizessem parte os referidos empresários.

Discorre sobre o caso específico da *MGM Comércio de Confecções*, esclarecendo a participação do Sr. Antônio Valério Carvalho Neto e da esposa dele, Sra. Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho, em seus quadros societários.

Pugna pela realização de diligência fiscal, destinada à obtenção dos documentos relativos a todas as pessoas que integraram os quadros societários das sete empresas tratadas no RIF nº 19/2008, 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.

Impugna a multa aplicada, no percentual de 60%, por entendê-la confiscatória e desproporcional, pedindo, ao final, o Provimento do Recurso Voluntário ofertado.

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

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

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

VOTO

Inicialmente, indefiro o pedido de realização de diligência fiscal, uma vez que os elementos constantes dos autos são suficientes ao julgamento da lide, além do que a medida encarecida visa à obtenção de documentos que, pelo menos em parte, encontram-se em poder do recorrente, duas hipóteses normativas que desautorizam a produção da referida prova, a teor do art. 147, I, alíneas "a" e "b", do RPAF vigente.

Ademais, vale registrar que a diligência solicitada pelo sujeito passivo tem por objetivo a análise de elementos probatórios acerca da existência ou não de justa causa para o desenquadramento do recorrente do regime de apuração do Simples Nacional - utilização de interpostas pessoas para burlar o limite de renda ajustada bruta -, questão esta que desborda da matéria cuja apreciação toca a este Conselho de Fazenda.

Por todos esses motivos, fica indeferido o pedido de diligência.

Outrossim, a preliminar de nulidade da Decisão alvejada não merece acolhimento, pois, ao revés do quanto sustenta o recorrente, não houve omissão quanto aos argumentos levantados em sede de defesa. Na verdade, a Primeira Instância administrativa enfrentou as questões postas à sua apreciação, expondo os fundamentos de fato e de direito que lastreiam a conclusão adotada.

Com relação aos alegados vícios do Relatório de Investigação Fiscal, do mesmo modo, a JJF consignou, expressamente, que se entendia incompetente para reavaliar os fundamentos que conduziram ao desenquadramento do recorrente do Simples Nacional, entendimento esse que desafia Recurso Voluntário por *error in judicando*, não *error in procedendo* (nulidade), como equivocadamente suscitado na peça recursal.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão, por não constatar qualquer víncio que possa macular referido ato decisório.

Com relação à preliminar de nulidade do Auto de Infração, verifica-se que o recorrente sustenta, em síntese, que o Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, violou o princípio da verdade material, culminando com o seu desenquadramento indevido do regime de apuração do Simples Nacional, sem que houvesse provas efetivas de que as sociedades empresárias investigadas realmente fizeram uso de interpostas pessoas para burlar o limite de renda ajustada bruta estabelecido pela legislação de regência.

A questão trata, portanto, da competência para eventual revisão do ato de desenquadramento, sustentando o recorrente que este Conselho de Fazenda tem o dever de fazer o controle da legalidade dos atos administrativos, sobretudo quando implicam lançamento de tributo.

Vejamos o que nos diz a legislação do Simples Nacional e a nossa legislação estadual.

A Lei Complementar nº 123/03, prevê, no artigo 29, inciso IV, e seu § 1º, a exclusão de ofício do regime simplificado “*quando a constituição da empresa ocorrer por interpostas pessoas*”, produzindo efeitos a partir do próprio mês que for incorrida a infração, *in verbis*:

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

....
IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Os artigos 5º, inciso IV, e 6º, inciso VI, da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/07, sobre o tema, dispõem:

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

(...)
IV – a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

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

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

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

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

Do exame da legislação, verifica-se que é possível a exclusão de ofício de determinado contribuinte do regime de apuração do Simples Nacional uma vez caracterizada a constituição por interpostas pessoas. Desse ato de exclusão, deve o sujeito passivo ser cientificado, podendo, inclusive, oferecer impugnação, cuja competência para apreciação é exclusiva do Inspetor Fazendário e do Coordenador de Processos no âmbito da DAT Metro.

Todas essas formalidades foram seguidas pelos órgãos competentes da Administração Tributária. A exclusão do recorrente do regime simplificado foi publicada no Diário Oficial do Estado dos dias 27, 28 e 29/10/09, por meio do Edital de Notificação nº 01/2009 (fls. 13 a 17), onde há referência expressa ao motivo do desenquadramento, a saber “*constituição da empresa por interpostas pessoas*”.

De acordo com a informação fiscal prestada pelo autuante, houve Recurso Voluntário administrativo contra o ato administrativo de exclusão do Simples Nacional, que foi improvido “*pois as suas alegações não foram capazes de 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 Companhia da Pizza, considerando que o*

somatório da receita desses estabelecimentos ultrapassou o limite legal de enquadramento no sistema, em todos os períodos analisados".

O ato de exclusão, portanto, está formalmente correto. Quanto ao seu mérito, ou seja, aos fundamentos que ensejaram a exclusão do recorrente do Simples Nacional, tenho que a tese levantada em sede de defesa e repriseada no Recurso Voluntário não merece acatamento, uma vez que a norma regulamentar estabeleceu, de modo expresso e exclusivo, a competência do Inspetor Fazendário e do Coordenador de Processos no âmbito da DAT Metro para rever o ato administrativo de desenquadramento. É dizer: este Conselho Fazendário não detém competência para apreciar o ato de exclusão do Simples Nacional, mas apenas os agentes públicos expressamente mencionados na legislação que disciplina o respectivo procedimento.

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, inociorrendo 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 majoritária e a jurisprudência dominante, 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 Simples Nacional, pois há norma regulamentar expressa atribuindo tal competência a agentes públicos específicos (Inspetor Fazendário e Coordenador de Processos no âmbito da DAT Metro) e é vedada, expressamente, a delegação de competência na hipótese vertente (Decisão de Recurso administrativo contra o ato de exclusão). A análise da questão por este Conselho de Fazenda, por todos esses motivos, seria censurável do

ponto de vista jurídico, daí porque repilo todos os argumentos recursais que se referem à fundamentação do Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008.

Este entendimento não subtrai o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo; houve possibilidade de impugnar o RIF, mas em esfera administrativa distinta, que, no caso dos autos, não foi adequadamente provocada pelo contribuinte.

Por derradeiro, no que tange à multa aplicada, a sua manutenção é medida que se impõe, por contar com previsão legal, não podendo ser apreciada a alegação de constitucionalidade, tendo em vista a vedação contida no art. 167, I, do RPAF/97.

Ante o exposto, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Conquanto concorde com o voto proferido pelo Relator no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário, ressalto que a base de cálculo da exigência fiscal em tela, no nosso entendimento, deveria ser apurada pelo regime normal de apuração do imposto, e não pelo regime de apuração do imposto em função da receita bruta, visto que tal regime somente pode ser aplicado àqueles contribuintes que tiverem efetuado opção por ele, a teor do disposto no inciso II do art. 504 do RICMS/BA.

O fato de que houve, acertadamente, a exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional de forma retroativa, como determina a LC 123/06, não determina que a ele seja aplicado, na apuração do imposto lançado, forma de apuração em relação a qual não exerceu opção - como determina o dispositivo regulamentar retro citado.

Também o fato de que seria impossível ao contribuinte exercer esta opção, tendo em vista que a constituição do estabelecimento se deu através de outra condição, por quanto optante pelo Simples Nacional, ainda assim não possibilita a cobrança do imposto que deixou de ser lançado pelo regime da receita bruta, nos termos do art. 504.

Na hipótese de exclusão do Simples Nacional, com efeitos retroativos, o ICMS devido deve ser apurado, nos termos dos §§8º e 9º do art. 6º da Resolução CGSN nº 15, abaixo transcritos, em conformidade com as regras gerais de incidência deste tributo:

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

.....
§ 8º A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

§ 9º Para efeito do disposto no § 8º, na hipótese do inciso III do art. 6º, bem como na do § 3º desse mesmo artigo, a ME ou a EPP desenquadrada do Simples Nacional ou impedida de recolher o ICMS e o ISS na forma desse regime especial de arrecadação, ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.”

Assim, a norma geral de incidência a que se reporta o dispositivo em tela, no que toca à apuração da base de cálculo do ICMS devido, elemento valorativo do fato gerador, deve ser aquela aplicada de forma geral aos contribuintes do ICMS, qual seja, através do regime normal de apuração, nos termos do art. 116 do RICMS/BA, e não através de um regime que tem natureza de regra especial, como o é o regime de apuração em função da receita bruta, previsto no art. 118 do mesmo diploma regulamentar.

A exigência do imposto devido com apuração pelo regime da receita bruta, portanto, não encontra amparo legal, tendo o contribuinte sido beneficiado ao se aplicar uma carga tributária menor – de 4% - resultando também em cobrança a menor do ICMS, mormente pelo fato de que sendo o estabelecimento autuado fornecedor de alimentos e bebidas, produtos estes na maior parte na substituição tributária ou isentos, impossibilitando crédito nas suas aquisições, evidencia

que ao exigir o ICMS pelo regime normal – débitos e créditos – com aplicação das alíquotas legais previstas, o imposto seria maior que o lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 206925.0011/10-5, lavrado contra **QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$9.579,22, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

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