

A. I. Nº - 206925.0002/09-2
AUTUADO - PATIO ITÁLIA IGUATEMI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 01.07.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-05/11

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 SIMPLES NACIONAL com a interposição de pessoas na formação societária, 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 17/12/2009, sob acusação de recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$ 8.867,53, referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, correspondente ao período de maio de 2008 a julho de 2008. Em complemento consta: *“Cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMPLES NACIONAL, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 175390/2009-2.”*

O sujeito passivo, através de advogados legalmente constituídos, com Mandato de Procuração, fl. 62, impugna o Auto de Infração com defesa protocolada às fls. 49 a 59, o que o faz com base nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Destacou a tempestividade das razões, expressando o seu entendimento sobre o fulcro da autuação, e arguiu a improcedência do presente lançamento, sob a alegação que o Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008, não está amparado na verdade material dos fatos.

Preliminarmente, clama pela nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa da impugnante em razão da 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: I) Patio Itália Iguatemi Alimentos e 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 Confecções Ltda., das quais seriam sócios de fato apenas os senhores Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antonio Valério de Carvalho Neto.

Diz ainda que, conforme consta do relatório, haveria por parte dos empresários supra-citados a utilização de interpostas pessoas de modo que, apesar de não comporem juridicamente o quadro societário de algumas das referidas empresas, os mesmos eram formados por parentes dos três empresários. Pautou a fiscalização exclusivamente no fato de as empresas explorarem o mesmo ramo de atividade (exceto MGM) e em todas existirem parentes dos 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 artigos 5º, XVII e 170 inexistindo norma dispondo que a associação de familiares pressupõe a ocorrência de ilícito fiscal. Trata-se, pois, de presunção que não encontra amparo legal.

Diz que somente haveria de se falar em “interpostas pessoas” 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.

Diz que não consta no RIF a informação de que a Fiscalização tenha buscado elementos de provas suficientes à caracterização das “interpostas pessoas”; a 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.

Citou e anexou aos autos, fls. 103 a 104, 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"*. Diz que é inaceitável uma imputação de ilícito fiscal pautada apenas em indícios e que não há presunção legal na espécie. Ainda que houvesse uma presunção relativa, dever-se-ia provar, previamente, a existência dos indícios que justificasse a sua aplicação. Cita a doutrina da professora Maria Rita Ferragut sobre 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 artigos 5º e 37º da Constituição Federal e art. 2º e 50º 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.

Frisa que o presente lançamento carece dos requisitos essenciais para a sua validade, indo de encontro com o artigo 142 do CTN; que pretendeu o autuante inverter o ônus da prova que lhe incumbe, cerceando o direito à ampla defesa; que o RIF é nulo por carecer de elementos, maculando por consequência o lançamento.

Protesta o fato da existência de pessoas físicas com vínculo de parentesco com os empresários, implica dizer que estão a explorar a empresa por meio de interpostas pessoas.

Ressalta que para configurar interpostas pessoas, é preciso que se prove, previamente, que as pessoas tidas como interpostas não percebem dividendos relativos à sua participação societária. Para comprovar a assertiva, juntou cópia das declarações do imposto de renda, no que chamou de “doc. 05”, em nome de Múrcio de Almeida Dias, Luiz Gustavo do Vale Dória, (fls.106 a 120), aduzindo que os dividendos eram distribuídos para os seus sócios na medida de sua participação.

Salienta, no caso específico da empresa MGM, que presunção da sua participação no grupo partiu da presença do Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto no quadro societário da MGM. Ocorre que, conforme consta do próprio RIF, às fls. 10 e 11, o Sr. Antônio 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). Assinalando que o referido empresário só passou a figurar enquanto sócio de outras empresas que supostamente compõem o grupo COMPANHIA DA PIZZA, em 22 de agosto de 2006; concluindo que antes dessa data não há que se falar na participação da MGM no multicitado grupo.

Esclarece que quando da entrada em atividade da segunda empresa do suposto grupo, a impugnante tinha em seu quadro societário as senhoras Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho e Lícia Maria Valério de Carvalho, que não fazem parte de outras empresas em que

também façam parte os empresários. Diz ainda que 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; frisa ainda, quando da saída de Mônica, esta formou um instrumento particular de cessão de cotas com Carolina Maria de Queiroz Castro (doc.06).

Por conta disso, reafirma que o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto não tinha nenhuma participação na MGM nos períodos fiscalizados, seja pessoalmente ou por interpostas pessoas.

Reitera que o 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 a todos aqueles que integram o quadro societário das sete empresas, os elementos necessários à comprovação, ou não, do quanto alegado no curso do RIF nº 19/2008.

Argui confiscatório o percentual de multa de 60% sobre o valor do imposto lançado, violando os princípios da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade, citando em seu favor a doutrina de Antônio Bandeira de Mello.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração, protesta pela juntada posterior de provas, produção de todos os meios de provas admitidos em direito, inclusive perícia ou diligência fiscal, além de sustentação oral de suas razões.

Pede ainda 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, Edf. Garibaldi Memorial, 5º e 6º andares, Federação, CEP 40.210-245, Salvador – Bahia.

O autuante em sua informação fiscal às fls.137 a 143 esclarece, inicialmente, que o contribuinte autuado foi excluído do SimBahia através do Processo nº 175390/2009-2 (fls. 15 a 20), 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 restou apurado 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. 15), notificada a exclusão no Diário Oficial do Estado, (fl.17) 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 517173/09, 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. 06), 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 EXCLUSÃO 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 adjetiva ou de mérito do citado relatório, pois eventuais esclarecimentos sobre o mesmo deverão ser encaminhados ao órgão que lhe deu origem, a própria INFIP. Contudo, passa a tecer algumas observações que diz serem úteis ao julgamento desta lide.

Diz antes que a contestação da autuada não abrange todos os aspectos apontados no Relatório de Investigação Fiscal, limitando-se à existência de cerceamento de defesa por precariedade das

provas e que a fiscalização pautou-se apenas no fato de as empresas explorarem, com exceção de MGM, o mesmo ramo de atividade e a participação de parentes dos empresários na formação do grupo econômico.

Aduz o preposto fiscal que, analisando o Processo de nº 06981012008-8, verificou que sua origem 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. Lembra que a finalidade do SimBahia foi fomentar as microempresas e empresas de pequeno porte, capacitando-as mediante benefícios fiscais a sobreviverem no cenário econômico difícil em face dos grandes grupos empresariais.

Enfatiza que a própria notícia do jornal equivale a uma declaração pública da formação de grupo econômico, a teor do art. 334, CPC, informando que “*não dependem de provas os fatos notórios*”.

Diz ainda que na investigação, os técnicos da Inspetoria de Fiscalização de Médias e Pequenas Empresas do Comércio Varejista - INFAZ Varejo constataram um grupo de empresas de forma indevida inscrito no SIMBAHIA/Simples Nacional e quadro social composto pelos Srs. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA, MÚRCIO DE ALMEIDA DIAS, ANTONIO VALÉRIO DE CARVALHO NETO e seus familiares. Diz que todos participam ou participaram de 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).

Concorda com os advogados da empresa no sentido de não haver vedação jurídica à associação de familiares, contudo, em tal ocorrência, a lei veda que as empresas aufram os benefícios fiscais decorrentes do enquadramento indevido no SIMPLES NACIONAL.

Transcreveu o artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e o artigo 5º da Resolução CGSN 15, de 23.07.07, para mostrar que perderá o direito à adoção do citado regime, a empresa cuja constituição ocorrer por interpostas pessoas ou havendo vinculação entre empresas na forma de participação do capital dos sócios, ou na forma de participação administrativa dos sócios.

No presente 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; todos os documentos, tais como Contrato Social e Alteração Contratual que comprovam as situações estão anexados ao Processo nº 069810/2008-8 e que as empresas constituídas com interposição de pessoas é motivo para exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL, sendo legal, em contrário do que afirma o autuado, a ação fiscal.

Sustenta que provas concretas e documentadas no relatório da INFIP foram obtidas mediante cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público; 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, na lição de Moacyr Amaral Santos; reitera que documentos anexados ao Processo nº 069810/2008-8 têm fé pública, foram elaborados pelo próprio autuado e estão arquivados nos órgãos competentes. Assevera que não tem fundamentação a afirmação de que o RIF é nulo por carecer de elementos essenciais.

Aduz que as Declarações de Imposto de Renda dos sócios anexadas à defesa do autuado (fls. 106

a 120), nada provam a seu favor, pois foram apresentadas apenas declarações de Múrcio de Almeida Dias e Luiz Gustavo do Vale Dória, justamente dois dos três acusados de encabeçar o consórcio de empresas apontadas no processo. 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, filhos dos empresários poderiam ter rendimento próprio, na forma de dividendos, como é afirmado?

Quanto à alegação de que o Sr. ANTÔNIO 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.56), 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 o vínculo empresarial por parentesco.

Por conta disso, conclui que o Sr. ANTÔNIO 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. Fato esse que põe por terra a tese defensiva segundo a qual os sócios formais receberiam dividendos de sua participação societária.

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 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).

Sobre o pedido de diligência fiscal, entende não haver razões para tal procedimento, nos termos dos artigos 145, 147, I, “a” e “b”, do RPAF/BA; artigo 133, do COTEB; observa que não houve contestação ao demonstrativo de débito apresentado (fls.06), limitando-se a defesa na tentativa de desqualificar o Relatório de Investigação Fiscal, que serviu de base ao processo de exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL; diz que o débito apontado no Auto de Infração está estribado em documentos obtidos da escrita fiscal e contábil do próprio contribuinte (fls.08 a 13) e na base de dados de arrecadação da SEFAZ; opina não haver dúvidas quanto à fundamentação técnica e jurídica dos levantamentos e documentos que compõem o processo e descabido o pedido de diligência.

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

Os membros da 5ª JJF, na assentada do julgamento do dia 16.11.2011, decidiram pela conversão dos autos em diligência para apensar comprovantes das informações contidas no Relatório de Investigação Fiscal – RIF 19/2008 e que autorizaram a conclusão de formação de grupo econômico ou outros documentos que demonstrem o acordo das partes no negócio dissimulado, além de provas que os fatos indiciários se estenderam até a data de início das atividades do autuado, em 10.01.2008.

A própria titular da Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP, em atendimento à diligência proposta, informa que os pedidos formulados se referem aos elementos de prova dos fatos que ensejaram a exclusão de ofício do autuado no cadastro do Simples Nacional, fls. 151/52.

Explica que no âmbito do Estado da Bahia, para a exclusão de ofício deverá ser expedido Termo de Exclusão, comunicado através de Diário Oficial, o que foi obedecido, no presente caso, através do Processo nº 175390/2009-2.

Diz ainda, caso haja impugnação à exclusão por parte do contribuinte, apreciará o Inspetor Fazendário; no âmbito da DAT METRO, a competência é do Coordenador de processos. Conclui que ao CONSEF compete analisar as formalidades do ato e não os motivos que levaram o Estado proceder à exclusão de ofício.

Intimado para conhecer do resultado do pedido da diligência, o autuado manifesta-se frisando que não se discute os motivos que levaram à exclusão do Simples Nacional, mas a legalidade da acusação fiscal e que ensejou a lavratura do Auto de Infração com a imposição da multa.

Reitera que o RIF carece de verdade material e não apresenta elementos capazes de comprovar a acusação perpetrada e o não atendimento do quanto requerido pela 5ª JF implica no deslinde da causa e a ausência de elementos comprobatórios invalida a autuação. Insiste que o RIF relata fatos supostamente ocorridos até o ano de 2007, o presente Auto de Infração refere-se a 2008.

Lembra que a INFIP se eximiu de juntar elementos fundamentais ao deslinde de controvérsia, não podendo prevalecer a alegação de que não caberia ao CONSEF apreciar a exclusão do manifestante do Simples Nacional, fato que culminou na lavratura do presente Auto de Infração, uma vez que compete a esse órgão o controle da legalidade dos atos da administração Pública Estadual, notadamente, os que impendam na constituição de crédito tributário. Assim, deve e pode o CONSEF rever as ilegalidades perpetradas no citado RIF, sendo seu papel perquirir a verdade material dos fatos debatidos.

Repete que não há vedação para que familiares atuem em negócio do mesmo ramo; a associação familiar não é causa para desenquadramento de sociedades válidas nem motivo que afaste o usufruto de benefícios fiscais; o que se veda, conclui, é a utilização como interpostas pessoas para a prática de atos empresariais, o que não é o caso, nem o que consta do RIF.

Diz que é inaceitável uma imputação pautada em indícios; não há presunção legal na espécie, ou inversão do ônus de prova. Transcreve trecho da doutrina de Maria Rita Ferragut afirmando que o limite para a desconconsideração do ato negocial reside na prova da ocorrência do fato típico dissimulado.

Finaliza afirmando que o RIF que ensejou a exclusão do autuado do Simples Nacional é nulo por carecer de elementos que lhe são necessários; pede o retorno dos autos à diligência.

O Auditor Fiscal, autor do feito, a seu turno, fls. 170/177, presta nova Informação arguindo que a manifestação defensiva nada acrescenta à sua defesa inicial. Sublinha, contudo, que o escopo da diligência solicitada pelo CONSEF não foi verificar os fatos contidos no RIF, mas apensar os documentos que constam do processo 069810/2008-8. Contesta a afirmação defensiva de busca da verdade material, uma vez que todos os procedimentos que levaram a exclusão do Simples Nacional estão estribados legalmente.

Relembra que técnicos da Inspetoria de Médias e Pequenas Empresas do Comércio Varejista constatarem a existência do grupo de empresas em questão, enquadrado indevidamente no SIMBAHIA / SIMPLES NACIONAL. Repete a fundamentação legal que autoriza a exclusão e que a interposição de pessoas é motivo para exclusão de ofício.

Diz que o relatório da INFIP coletou, cruzou informações de dados buscados nos bancos de diversas esferas do poder público, provas de que o autuado utilizou artifício para burlar a legislação do Simples Nacional, solicitando enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo o imposto devido mensalmente, ao fracionar o seu negócio, constituindo empresas, mediante a interposição de pessoas.

Transcreve decisões do CONSEF relativo à empresa do grupo COMPANHIA DA PIZZA.

Lembra, finalmente, que Antônio Valério de Carvalho Neto deixou a MGM, antes da formação do grupo econômico Companhia da Pizza, mas assumiu a sua esposa Mônica de Almeida Valério de Carvalho e consta na sua declaração a informação sobre as cotas do capital social e rendimentos auferidos por sua esposa Mônica, sua dependente, como sendo seus. Isto faz cair por terra a sua

tese, segundo a qual, os sócios formais da referida empresa receberiam os dividendos de sua participação societária. Conclui pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS recolhido a menos, valor de R\$ 8.867,53, apurado de acordo com o regime de apuração em função da Receita Bruta. Consta que ocorreu a cobrança por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no Simples Nacional, conforme documentos probatórios do processo 175390/2009-2.

Cabível antes apreciar as questões preliminares suscitadas pelo sujeito passivo e, de logo, a nulidade da autuação, a pretexto de cerceamento do direito à ampla defesa e ao devido processo legal. Observo, no entanto, 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.

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.

Sobre o pedido de diligência fiscal solicitada e a alegação do cerceamento do direito de defesa, em face da precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação – RIF nº 19/2008, elaborado pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP, por se tratar de matéria de mérito, serão apreciados por ocasião do exame de mérito.

A acusação fiscal diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS devido no período de maio / julho de 2008, referente à comercialização de refeições, em razão da perda do direito aos benefícios do SIMPLES NACIONAL, forma de arrecadação unificada de tributos e contribuições devidos pelas micro e pequenas empresas, nos âmbitos dos governos federal, estaduais, municipais, estabelecida pela Lei Complementar nº 123/06. Assim, o débito foi apurado de forma retroativa, pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais. Por se tratar de contribuinte que atua no ramo de restaurante, a apuração do imposto foi feita em função da Receita Bruta, nos termos do art. 118, RICMS BA, conforme demonstrativo de débito de fl. 06.

Não obstante a afirmação defensiva de que a lide se faz sobre a legalidade da acusação fiscal e não sobre o motivo da exclusão do Simples Nacional, certo é que a exclusão ensejou e justificou a lavratura do presente Auto de Infração.

Nessa quadra, estabelece a legislação que o lançamento fiscal de exclusão do SIMPLES NACIONAL será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes e fundamentado nos artigos abaixo:

LC 123/96:

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

IV – a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

RESOLUÇÃO CGSN nº 15:

“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;

RICMS BA

Art. 393-E. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada pela Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho e 2007.

Art. 393-F. 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.

Portanto, para um contribuinte se enquadrar no Regime do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/06, é necessário que atenda às condições e os limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é benefício fiscal condicionado à observação de requisitos previstos na própria legislação (art. 3º, § 4º).

Por outro lado, a exclusão será feita de ofício, com efeitos retroativos a partir do próprio mês em que se observar o fato que a provocou, conforme previsão do art. 6º, inciso VI, Resolução 15 do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interpostas pessoas, para efetuar o seu enquadramento no Estatuto Nacional de microempresa.

Na apreciação da relação jurídica tributária que se formou e diante da resistência administrativa formalizada pela presente impugnação, o sujeito passivo alega a precariedade do RIF, que carece de verdade material, de elementos capazes de comprovar a acusação perpetrada, e, por isso deve ser anulado; que não existe vedação à associação familiar; que na espécie não cabe presunção legal ou inversão do ônus de prova; que a INFIP se eximiu de juntar elementos essenciais ao deslinde da controvérsia, devendo o PAF retornar para cumprimento da diligência.

No presente caso, a ação fiscal tomou por base, além das informações contidas no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008 subscrito pela Supervisora da Inspetoria Fazendária de Varejo, demonstrativos, levantamentos e documentos colados às fls.06 a 42. Da análise do referido Relatório, verifico que o mesmo teve o objetivo de apurar o teor da denúncia oriunda da INFAP VAREJO, da existência de um Grupo Econômico enquadrado indevidamente no regime do SIMPLES NACIONAL.

Em atendimento à legislação que rege a espécie, no mencionado relatório foram somados os itens da 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 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 e, a partir de 01 de julho de 2007, o limite de receita bruta, estabelecido para o SIMPLES NACIONAL pela LC 123/07.

No RIF em comento, consta com detalhes o objetivo do relatório; a descrição dos fatos, a partir da reportagem publicada em jornal desta cidade; a análise do vínculo entre as empresas envolvidas no grupo denominado GRUPO 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 SIMPLES NACIONAL; vínculos por marca e/ou know how; ainda os vínculos por procurações e o desaparecimento de empresa.

Concluiu o relatório que o autuado figurava como uma das empresas do grupo econômico, sendo recomendada a fiscalização de todos os estabelecimentos citados com a apuração do imposto de forma retroativa e com fundamento na legislação que rege à espécie.

Não prospera, portanto, a reclamação defensiva de que há precariedade probatória no relatório e carência de verdade material. Observo exatamente o contrário. Trata-se de uma peça de investigação minuciosa, em que a Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa - INFIP coletou e cruzou informações de dados, provando o vínculo entre as empresas, utilizando-se de tabela ilustrativa demonstra interposição de pessoas, sobretudo, familiares, na formação societária das diversas e fracionadas empresas.

Cumpra observar, todavia, que este sequer é o foro para impugnar o mencionado Relatório de Investigação Fiscal, uma vez que o contribuinte fora, oportunamente, cientificado (fl. 21/42), sem que tenha havido quaisquer providências com o fito de sua contestação.

Diante de tal conclusão, a Inspetoria Fiscal de origem do contribuinte lavrou o competente

Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL, para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl.15), com fundamento nos artigos 28, 29 da LC 123/06, art. 5º, inciso VI da Resolução CGSN nº 15/07 e nos artigos 393-E e 393-F do RICMS BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Cientificado novamente o autuado, conforme Edital de Notificação 02/2009, fls.16/19, para no prazo de 30 (trinta) dias, querendo, impugnar a exclusão, não consta nos presentes autos que o tenha feito.

Na sequência à sua emissão, o Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL foi publicado em Diário Oficial do Estado de 28.10.09, constando expressamente a possibilidade de o contribuinte impugnar a exclusão, no prazo de 30 dias, do que também não cuidou. Permitiu a preclusão de tal direito, além de registro do Termo de Exclusão no Portal do Simples Nacional da Receita Federal do Brasil, surtindo efeito retroativo a partir de 01.01.2008, o que compatibiliza o resultado da diligência à INFIP, a seguir comentado

Verifico que a decisão de promover a exclusão encontra-se devidamente formalizada, vinculada, com a exposição das razões de fato e de direito, integralizando o devido processo legal, em atendimento ao princípio da indispensável motivação dos atos administrativos, com a indicação do texto legal que o ampara, explicitado o fundamento fático da decisão, de forma a confirmar a legalidade do ato administrativo, a sua razoabilidade, e mesmo a realização do princípio da verdade material, equivocadamente, reclamado pelo impugnante.

Nos autos, o sujeito passivo alega que o RIF deve ser anulado, tendo em vista que a INFIP se eximiu de juntar elementos essenciais ao deslinde da controvérsia, devendo o PAF retornar para cumprimento da diligência.

A diligência fiscal objetiva a observação de exigência processual ou investigação, cálculo ou outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada (art. 150, I, RPAF BA); não é remédio, no entanto, para suprir a ausência de prova, mas tão-somente para esclarecer dúvidas presentes no processo. A acusação fiscal deverá estar provada no processo e, de certo, cabe à administração o ônus da prova no ilícito tributário; entretanto, não conferiu a lei ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade de cumprir prazos, da entrega dos elementos materiais de que dispõe para apreciação objetiva e subjetiva dos fatos em questionamentos.

Nessa quadra, a diligência de fl. 148/149 foi solicitada para que se juntasse aos autos, nesse momento processual, provas dos fatos que determinaram a exclusão do sujeito passivo do SIMPLES NACIONAL. Ocorre que a aludida exclusão já se encontrava perfeitamente delineada e a apresentação dos elementos de prova já foram objeto do Processo nº 175390/2009-2, cujos principais documentos estão anexos ao processo administrativo fiscal, às fls. 14/42, conforme discussões retro-mencionadas.

Na realidade, não existem nos autos, quaisquer atos ou fato que comprometam a validade do presente PAF. Por outro lado, não há também, nessa decisão, qualquer influência da posição assumida pela INFIP ao alegar a incompetência do CONSEF na apreciação dos motivos da exclusão, considerando que esse órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias, alegações e provas constantes no processo (art. 153, RPAF BA). Na hipótese de entendimento diverso, de que o processo estivesse prenhe de dúvidas que precisassem de esclarecimentos, o seu retorno para a INFIP ou outro órgão fazendário seria determinado com o fito de sanar a lacuna. Aliás, é o próprio autuado a afirmar que na presente lide não se discute o motivo da exclusão do Simples Nacional, mas sobre a legalidade da acusação fiscal; esta legalidade está posta nos autos e não foi enfrentada com objetividade pelo impugnante.

Argui ainda o autuado que a associação familiar não é causa para exclusão de sociedades válidas nem motivo que afaste o usufruto de benefícios fiscais e que na espécie não há presunção legal ou inversão do ônus de prova.

De fato, na presente exação, não houve inversão de ônus da prova, posto que não estamos diante de hipótese de presunção fiscal, mas de procedimento regular, em estrita obediência ao devido processo legal, que apurou fatos que culminaram com a exclusão do autuado, além dos demais estabelecimentos do grupo, do SIMPLES NACIONAL, pela utilização da mesma composição societária nas empresas vinculadas.

A associação familiar não é causa para exclusão do SIMPLES NACIONAL, nem motivo que afaste o usufruto de benefícios fiscais. É verdade. No entanto, a legislação não a admite na forma de interposição de familiares, cuja função seja ocultar os verdadeiros “sócios”. Motivo da exclusão prevista no art. 29, IV, da LC 123/06.

De outra banda, não prospera também a reclamação de que o RIF relata fatos ocorridos até o ano de 2007 e o presente Auto de Infração se refere ao exercício de 2008. Isto porque, os fatos que determinaram a exclusão, de ofício, do sujeito passivo do SIMPLES NACIONAL são os mesmos contidos no Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008 e que apurou o vínculo entre as diversas empresas do grupo econômico denominado COMPANHIA DA PIZZA, do qual passou a fazer parte o estabelecimento ora autuado, e que se mantém no mesmo modelo de operacionalidade no tempo da constituição do estabelecimento ora autuado.

Portanto, excluído regularmente do Simples Nacional, o autuado sujeitar-se-á, a partir do período em que vigerem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 6, § 8º, Resolução nº 15, CGSN).

Reiteramos, outrossim, que o presente processo administrativo fiscal não é o meio processual adequado à discussão do Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008, datado de 30/07/2008; nem mesmo da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, que tem procedimento e prazos específicos, sobre os quais, no tempo em que a legislação lhe permitia, o sujeito passivo optou por não se manifestar.

O preposto fiscal que lavrou o Auto de Infração objeto, deste PAF, apenas deu cumprimento à Ordem de Serviço nº 517173/09 e o lançamento fiscal tem respaldo na legislação, na verdade material dos fatos investigados que serviram como elemento de prova na constituição do crédito tributário objeto da autuação.

Cumprir observar, no tocante à multa pelo descumprimento da obrigação principal, que o autuante incorreu em equívoco ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo 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.

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

VOTO EM SEPARADO (Quanto à fundamentação)

Peço *vênia* aos colegas para tecer as seguintes considerações neste processo administrativo fiscal, embora tenha acompanhado o voto do relator quanto à procedência da infração em lide.

O presente Auto de Infração exige ICMS em razão de recolhimento a menos, referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em função da Receita Bruta, correspondente ao período de maio de 2008 a julho de 2008. Em complementos consta: “*Cobrança retroativa por meio de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 175390/2009-2*”.

Na peça de defesa, o defendente, preliminarmente, clama pela nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa em razão da 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: I) Patio Itália Iguatemi Alimentos e 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

Confecções Ltda. Contudo, segundo ele, o fato de haver nestas empresas pessoas físicas com vínculo de parentesco não implica dizer que eles estão a explorar a empresa por meio de interpostas pessoas, ao tempo em que junta cópias das declarações do imposto de renda em nome de Múrcio de Almeida Dias, Luiz Gustavo do Vale Dória, para provar que os dividendos eram distribuídos para os seus sócios, na medida de suas participações.

Deste modo, após expor a participação dos sócios em cada empresa e se irresignar quanto ao fato de a empresa MGM Comércio de Confecções Ltda, ter sido incluída no rol do suposto conglomerado de empresas sob acusação, o autuado requereu a realização de diligência fiscal, para que fossem colhidos, junto a todos aqueles que integram o quadro societário das sete empresas, os elementos necessários à comprovação ou não do quanto alegado no curso do RIF nº 19/2008. Salientou ainda o defendente, que não há vedação jurídica à associação de familiares, e que não pode se defender quanto à exclusão do Simples Nacional, pois fora intimada por Edital, e não teve acesso ao Diário Oficial do Estado, no qual foi publicada.

Diante da controvérsia, os membros da 5ª JJF, na assentada do julgamento do dia 16.11.2011, decidiram pela conversão dos autos em diligência para apensar comprovantes das informações contidas no Relatório de Investigação Fiscal – RIF 19/2008 e que autorizaram a conclusão de formação de grupo econômico ou outros documentos que demonstrem o acordo das partes no negócio dissimulado, além de provas que os fatos indiciários se estenderam até a data de início das atividades do autuado, em 10.01.2008.

A própria titular da Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP, em atendimento à diligência proposta, fls. 151/52, informa que os pedidos formulados se referem aos elementos de prova dos fatos que ensejaram a exclusão de ofício do autuado no cadastro do Simples Nacional. Explica que no âmbito do Estado da Bahia, para a exclusão de ofício deverá ser expedido Termo de Exclusão, comunicado através de Diário Oficial, o que foi obedecido, no presente caso, através do Processo nº 175390/2009-2.

Diz ainda que, caso haja impugnação à exclusão, por parte do contribuinte, apreciará o Inspetor Fazendário; no âmbito da DAT METRO, a competência é do Coordenador de processos. Conclui que ao CONSEF compete analisar as formalidades do ato e não os motivos que levaram o Estado proceder à exclusão de ofício.

Intimado para conhecer do resultado do pedido da diligência, o autuado manifesta-se, frisa que não se discute os motivos que levaram à exclusão do Simples Nacional, mas a legalidade da acusação fiscal. Insiste que o RIF relata fatos supostamente ocorridos até o ano de 2007, o presente Auto de Infração refere-se a 2008.

Em decorrência de todos os fatos acima relatados, em que a acusação versa sobre a utilização de “interpostas pessoas”, que, segundo o Aurélio, são aquelas que, sem ter legítimo interesse, aparecem em um ato jurídico como parte, a fim de ocultar o verdadeiro interessado que, por motivos quase sempre ilícitos, não quer figurar na relação societária, do que resultou a exclusão da empresa no cadastro do SIMPLES NACIONAL, resalto o que segue:

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme Constituição Federal, art. 5º, LV: *“A capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativo ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa”* (TRJ 83/385; RJTJSP 14/219).

A ampla defesa constitui-se em assegurar ao réu as condições que lhe possibilitam trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, e o contraditório impõe a condução dialética do processo, onde a todo ato de acusação cabe o oferecimento de uma interpretação jurídica diversa feita pelo autor.

Ademais, temos princípios constitucionais que são aplicáveis tanto ao processo quanto ao procedimento administrativo, como é o caso dos seguintes princípios: da legalidade, da

oficialidade, da vinculação, da verdade material, do dever de colaboração, do dever de investigação, da lealdade e da boa-fé, e devem ser preservados no âmbito de um Estado de Direito, em que a Administração Pública está vinculada aos ditames legais.

Por estes motivos ressalto que todo e qualquer procedimento administrativo tributário, para ser válido, deve realizar-se com o prévio conhecimento do contribuinte, o que decorre do princípio da publicidade e da lealdade (moralidade) da Administração Pública.

Assim, posiciono-me no sentido de que devemos ficar atentos para o fato de que os acusados foram cientificados da exclusão do Simples Nacional, por meio de Edital, quando a publicidade dos atos administrativos deve ser a mais ampla possível, e a Administração Pública deve dar publicidade não apenas do ato em si, mas, inclusive, das razões que o determinaram. Isto para que possa ser conferida ao ato a necessária legitimidade, a salvo de nulidades futuras. Lembremos ainda do primado do devido processo legal em que, nos termos da CF, art. 5º, LIV *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*, e entre eles destaco o direito à ampla instrução probatória, direito ao duplo grau de cognição e o direito à ampla cognição formal e material.

Na presente lide, o que motivou a infração foi o fato de o contribuinte ter sido excluído, de ofício, do Simples Nacional, por uma das hipóteses previstas no art. 29 da LC 123/06, especificamente a do inciso IV, que se refere a uma hipótese de simulação por constituição de empresa por interposta pessoa.

Quanto ao fato de que o contribuinte foi intimado por Edital, do qual não teve ciência, nem se defendeu no âmbito da INFIP, e o processo correu à revelia, penso que seria de bom alvitre que a diligência solicitada pela 5ª JF tivesse sido cumprida, em sua inteireza, na salvaguarda dos princípios constitucionais adrede mencionados, princípios estes de vital importância para o processo administrativo fiscal.

Conforme disposto no art. 4º §§ 3º e 4º, da Resolução CGSN, nº 015/07, ao contribuinte será dada ciência do termo de exclusão pelo ente federativo que o lavrou, segundo a sua respectiva legislação, mas, a fim de satisfazer plenamente as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, é importante que se dê preferência à intimação pessoal ou por via postal, relegando-se a intimação editalícia para quando o contribuinte estiver em local incerto ou não sabido, por questão de razoabilidade, seguindo a ordem do art. 221 do CPC.

Estas são as ressalvas que coloco neste processo, a fim de que sejam resguardados os interesses das partes envolvidas, tanto a Fazenda Pública, como o administrado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0002/09-2**, lavrado contra **PATIO ITÁLIA IGUATEMI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.867,53**, 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, 10 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO EM SEPARADO
(Quanto à fundamentação)