

PROCESSO - A. I. N° 206925.0006/09-8
RECORRENTE - MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 162-05/11
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 08/08/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0231-11/12

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. ARGUMENTAÇÃO RECURSAL VOLTADA CONTRA O ATO DE EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DESTE CONSELHO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. 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 SimBahia. O mérito do ato administrativo alvejado, portanto, não pode ser revisto pelo Conselho de Fazenda, mas, apenas, os aspectos formais do procedimento que culminou na sua exclusão. Feita a exclusão do regime simplificado o imposto exigido em função da receita bruta, como determina a legislação. Infração caracterizada. Não acatadas as nulidades suscitadas quanto à Decisão da primeira instância e ausência de verdade material. Indeferido o pedido de diligência. Restabelecida a multa proposta pelo autuante. Mantida a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO apenas quanto à correção da multa aplicada. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/12/09, acusa recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.543,04 referente a comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Consta ainda, que a cobrança retroativa se deu por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 170810/2009-0.

O Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma:

Cabível antes apreciar as questões preliminares suscitadas pelo sujeito passivo e, de logo, a nulidade da autuação, a pretensa 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.

Entendemos que o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima, pois, o procedimento fiscal está de acordo com os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e da garantia da ampla defesa.

Sobre o pedido de diligência fiscal solicitado 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 apreciadas por ocasião do exame de mérito.

A acusação fiscal diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS devido no período de maio / junho de 2007, referente a comercialização de refeições, em razão da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), previstos na Lei nº 7.357/98 com base no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, acostado aos autos, fls. 17/38. Desta forma, o débito foi apurado, de forma retroativa, por motivo de enquadramento indevido no SimBahia, pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, na forma prevista no artigo 408-S, RICMS BA, com a dedução do ICMS recolhido no período.

O lançamento fiscal está fundamentado nos artigos abaixo:

Lei 7.357/98:

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

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

RICMS/97:

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

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

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

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

Portanto, 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 os 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 a indicação do caso examinado.

Por outro lado, o 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.

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

I – (...)

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

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

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

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 que deve ser anulado; que não existe vedação à associação familiar; que não 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. 08 a 38. Da análise do referido Relatório, verifico que o mesmo teve o objetivo de apurar o teor da denúncia oriunda da INFAZ VAREJO, da existência de um Grupo Econômico enquadrado indevidamente no regime do SimBahia.

Em atendimento à legislação que rege a espécie, o preposto fiscal encarregado pelo citado RIF, somou a receita ajustada bruta de todas as empresas de pequeno porte das quais fazem/faziam parte os referidos empresários, bem como das sociedades das quais os referidos empresários sequer eram sócios, mas que, porém, tinham o seu quadro societário composto por familiares dos mesmos, aferindo que efetivamente não estava sendo respeitado o limite da receita ajustada bruta estabelecido pela legislação do SimBahia.

No RIF em comento, consta com detalhes o objetivo do relatório; a descrição dos fatos observados, 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 SimBahia; 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 enquadradas como sendo do "GRUPO COMPANHIA DA PIZZA", sendo recomendada a fiscalização de todos os estabelecimentos citados, com a apuração do imposto de forma retroativa pelo enquadramento indevido no SimBahia, com fulcro no artigo 408-P do RICMS/97.

Não prospera, portanto, a reclamação defensiva de que há precariedade probatória no relatório. 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 dos fractionados estabelecimentos.

Cumpre observar, todavia, que este sequer é o foro para impugnar o mencionado Relatório de Investigação Fiscal, uma que o contribuinte fora, oportunamente, cientificado sem que tenha havido quaisquer providências com o fito de sua contestação.

Diante de tal conclusão, a INFIP de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl.13), 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 igualmente cientificou o autuado, para no prazo de 30 (trinta) dias impugnar a exclusão a que se refere o citado Termo, fl. 16.

Intimado para conhecer do Termo de Exclusão do SimBahia (fl. 13/16), além de receber cópia do Relatório de Investigação Fiscal 19/2008 (fl. 17), poderia o contribuinte apresentar impugnação à exclusão, do que não cuidou, permitindo a preclusão de tal direito, surtindo efeito retroativo a partir de 06.04.2007.

Verifico, assim, que a Decisão de promover a exclusão encontra-se também devidamente formalizada, vinculada, com a exposição das razões de fato e de direito, 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. 133/134 foi solicitada para que se juntasse aos autos, nesse momento processual, provas dos fatos que determinaram a exclusão do sujeito passivo do SimBahia. Ocorre que a aludida exclusão já se encontra perfeitamente delineada e a apresentação dos elementos de prova já foi objeto do processo 170810/2009-2, cujos principais documentos estão anexos ao processo administrativo fiscal, às fls. 12/38.

Na realidade, não existem nos autos, 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 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 sua exclusão, 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 SimBahia, pela utilização da mesma composição societária nas empresas vinculadas.

De outra banda, se é verdade que a associação familiar não é causa para exclusão do SimBahia, nem motivo que afaste o usufruto de benefícios fiscais, é também verdade que a legislação não admite na forma de interposição de familiares, cuja função seja ocultar os verdadeiros “sócios”. Motivo de exclusão prevista no art. 15, II e IV, Lei nº 7.357/98.

Desta forma, excluído regularmente do SimBahia, 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 e o ICMS da forma como exigido nas operações.

Cabível ainda o esclarecimento 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 30.07.08, nem mesmo com relação à exclusão do SimBahia, que têm procedimentos e prazos específicos e sobre os quais, oportunamente, o contribuinte optou por não se manifestar.

Assim, o preposto fiscal que lavrou o Auto de Infração objeto, deste PAF, apenas deu cumprimento à Ordem de Serviço nº 517170/09 e o lançamento fiscal tem respaldo na legislação e na verdade material dos fatos investigados que serviram como elementos de prova na constituição do crédito tributário.

O débito contido no presente Auto de Infração foi apurado tomando por base os valores da receita bruta mensal contabilizada no Livro de Registro de Saídas, fls.08 a 11, mediante a aplicação das alíquotas de 4%, nos termos do art. 118, RICMS BA, por se tratar de estabelecimento que atua no ramo de refeições, e corresponde à diferença entre o valor do imposto recolhido tempestivamente e o valor devido pelos critérios e alíquotas acima referidos, conforme demonstrativos às fls.06, cujos números o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco.

Cumpre 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 constitucional, 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.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 189/209), a empresa apresentou os seguintes argumentos:

Preliminarmente, requer a nulidade do julgamento na primeira instância, sob o argumento de que a 5ª JJF determinou a realização de diligência para trazer ao processo provas quanto à constituição da sociedade com interposição de pessoas o que não foi atendido pela INFIP. Argumenta que diante da ausência de provas, a empresa não poderia ter sua exclusão do Simbahia e a 5ª JJF não poderia proferir tal Decisão. Requer nulidade do julgamento da primeira instância, para que sejam produzidas as provas necessárias em busca da verdade material.

Requer ainda, nulidade do lançamento efetuado em decorrência do desenquadramento do Simbahia com base no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008 que considerou a existência de um Grupo Econômico formado por empresas cujos sócios Múrcio de Almeida Dias, Luiz Gustavo do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto utilizando interposição de pessoas, explorando o mesmo ramo de atividades, com exceção de uma empresa (MGM).

Alega que a CF assegura o direito à livre associação de pessoas (art. 5º, XVII e 170), inexistindo norma quanto à associação de familiares e só ficaria caracterizada a “interposição de pessoas” se os empresários recebessem dividendos em lugar das pessoas que figuraram no contrato social, fato que não foi provado. Argumenta que existem indícios e não pode ser imputado o ilícito fiscal com base em presunção, cabendo a quem acusa constituir as provas. Requer que, caso não

acatada a nulidade da Decisão, que seja declarado nulo o lançamento.

No mérito, alega que houve equívoco por parte da fiscalização quanto ao desenquadramento do Simbahia por entender que a empresa fazia parte do suposto grupo Companhia da Pizza. Afirma que o fato de possuir em seu quadro societário pessoas que possuem laços de parentesco com os Srs. Múrcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antonio Valério de Carvalho Neto, não há prova de que a sociedade é composta de pessoas interpostas. Afirma que os dividendos da empresa foram distribuídos para os sócios e não há que se falar em interposição de pessoas.

Salienta que, no caso específico da empresa MGM, a presunção da sua participação no grupo partiu da presença do Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto no quadro societário da MGM, figurou como sócio da MGM entre 15/04/97 e 14/07/98 e deixou de compor o quadro societário dois anos antes de ter sido constituído o suposto Grupo, no caso do autuado, constituída em 06/07/00 (MAOTAI ALIMENTOS LTDA - CNPJ nº 03.866.536/0001-82). Passou a figurar enquanto sócio de outras empresas que supostamente compõem o grupo COMPANHIA DA PIZZA, em 22/08/06.

Conclui que antes dessa data não há que se falar na participação da MGM no multicitado grupo.

Alega que a fiscalização com base em presunção entendeu que a senhora Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho figurou como sócia da empresa, mas que, de fato, era gerida pelo Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto em virtude do grau de parentesco, sem apresentar provas.

Da mesma forma, quando da saída da sociedade, a Srª Mônica de Almeida firmou um instrumento particular de cessão de cotas com a Srª Carolina Maria Queiroz de Castro, conforme depósitos efetuados mensalmente na conta bancária da primeira.

Finaliza dizendo que não há provas que o Sr Antônio Valério possuía participação na empresa no período fiscalizado, sendo injustificável o desenquadramento da empresa no Simbahia e cobrança do imposto com base no regime de receita bruta.

Requer, em busca da verdade material a realização de diligência fiscal para que comprove que os três empresários recebiam dividendos da empresa e se os sócios da empresa eram pessoas interpostas.

Argui que a multa de 60% aplicada tem efeito confiscatório, e sua majoração de ofício pela 5ª JJF para 100% contraria o disposto nos artigos 155 e 156 do RPAF/BA. Entende que o art. 30 do Regimento Interno do CONSEF não possibilita retificação de ofício que configure majoração da multa aplicada, extrapolando suas competências, motivo pelo qual deve ser declarada nula. Mesmo porque não tendo incorrido em qualquer infração não há do que se falar em multa.

Cita textos de doutrinadores acerca dos princípios da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade, citando doutrina de Antônio Bandeira de Mello e Sacha Calmon.

Requer nulidade da Decisão da Primeira Instância; nulidade do RIF 19/08, declarando ilegal o lançamento e se superadas que no mérito seja julgado improcedente o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, no Parecer exarado às fls. 214/216 opina que o desenquadramento do SimBahia foi feito pela Inspetoria Fazendária com base no relatório da INFIP que comprova que as empresas constituídas pertencem aos mesmos sócios e foi legal (art. 116 do CTN).

Também, que não há prova no processo quanto aos recebimentos dos dividendos gerados pela empresa autuada e que a multa aplicada “é a prevista em lei para a infração, não cabendo ao CONSEF apreciar alegação de constitucionalidade”.

Conclui que os argumentos recursais não são suficientes para modificar a Decisão recorrida e opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na assentada do julgamento a representante da PGE/PROFIS opinou que a multa proposta pelo autuante pode ser modificada para adequar à infração efetiva ocorrida, sem que isso represente agravamento da mesma, porém que na situação presente devem ser mantidos a tipificação e porcentual da multa proposta pelo autuante por ser a mais adequada.

VOTO

Preliminarmente, quanto ao pedido de nulidade da Decisão do julgamento da primeira instância, sob o argumento de que diligência realizada não produziu provas quanto à constituição da sociedade com interposição de pessoas, não pode ser acolhida pelos seguintes motivos.

1. O Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008 (fls. 17/38) concluiu que a empresa era constituída por interposição de pessoas, a INFRAZ VAREJO expediu Termo de Exclusão do Simbahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS em 05/10/09 (fl. 13) com fundamento nos artigos 15, II, III e 22, § Único da Lei nº 7.357/98.
2. Cientificada da exclusão do Simbahia em 20/10/09, foi concedido prazo de trinta dias para que a empresa impugnasse a exclusão referida no citado Termo e não foi juntado com a defesa ou manifestação qualquer documento pertinente à impugnação do desenquadramento.

Pelo exposto, entendo que foi facultado ao autuado questionar a validade do procedimento fiscal quanto à legalidade da exclusão do Simbahia. Na Decisão da primeira instância esta questão foi enfrentada tendo o Relator fundamentado que “*sequer é o foro para impugnar o mencionado Relatório de Investigação Fiscal, uma que o contribuinte fora, oportunamente, cientificado sem que tenha havido quaisquer providências com o fito de sua contestação*”.

Por isso, não acato o pedido de nulidade da Decisão da Primeira Instância.

Também não merece reparo o pedido de nulidade sob o argumento de “*ausência do princípio da verdade material*” do RIF 19/2008 ao concluir que a empresa é constituída por uma sociedade com interposição de pessoas, o qual foi negado na Decisão da primeira instância “*por se tratar de matéria do mérito*”. A 5ª JJF afastou o pedido de nulidade, fundamentando que o lançamento está amparado em dispositivos regulamentares com amparo na Lei nº 7.014/96. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA, o contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbrou inobservâncias formais que conduzam a sua nulidade, nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No Recurso Voluntário ora interposto, o autuado requereu a realização de diligência fiscal no sentido de “*esclarecer se os dividendos distribuídos aos familiares dos Empresários era para estes últimos repassados*”. Conforme apreciado acima, a exclusão do estabelecimento autuado do Simbahia foi precedido de Termo de Exclusão (fl. 13) do qual ao ser cientificado foi concedido prazo de trinta dias para impugnação e não foi trazida ao processo qualquer prova de que o autuado tenha exercido tal direito. Logo, a exclusão do Simbahia é fato concreto e o pedido de diligência fundamenta-se na busca de provas acerca do procedimento administrativo que desenquadrou o contribuinte do regime de apuração do SimBahia – utilização de interpostas pessoas para burlar o limite de receita bruta – questão que extrapola a a apreciação da infração ora imputada. Por isso, nego provimento ao pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

No mérito, considero correta a Decisão da Primeira Instância, não merecendo reforma, exceto quanto ao porcentual da multa a ser aplicada.

No que tange à existência de provas materiais que justificassem o ato de desenquadramento do Simbahia, a questão que se apresenta é que o recorrente sustenta que este Conselho de Fazenda tem o poder-dever de fazer o controle de atos administrativos, sobretudo quando implicam lançamento de tributos.

Conforme apreciado pela 5ª JJF, foi juntado ao processo cópia do Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008 (fls. 8/38) no qual foi investigada a denúncia relativa a existência de um Grupo

Econômico enquadrado indevidamente no regime do SimBahia, tendo concluído que o autuado figurava como uma das empresas enquadradas no "GRUPO COMPANHIA DA PIZZA".

Em seguida, a INFRAZ de origem lavrou o Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa do ICMS com base no regime normal (fl.13), com base nos artigos 15, II, III e IV, e 22, § 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.

O autuado foi cientificado do seu desenquadramento do Simbahia e concedido no prazo de 30 (trinta) dias impugnar a exclusão conforme Termo de Exclusão do SimBahia (fl. 13/16), além de receber cópia do Relatório de Investigação Fiscal 19/2008 (fl. 17). Não foi trazido ao processo qualquer documento que comprovasse apresentação da impugnação à exclusão.

Portanto, o ato administrativo da exclusão do Simbahia foi devidamente formalizado, com suporte e relatório investigativo, devidamente cientificado ao estabelecimento autuado, fundamentado em dispositivos da Lei nº 7.357/98.

Em consequência do desenquadramento, a fiscalização promoveu este lançamento para exigir a diferença do imposto apurado em relação ao valor devido com base no regime normal (receita bruta) e o que foi recolhido no período fiscalizado apurado com base no regime simplificado (Simbahia).

Convém ressaltar que esta 1^a CJF já se manifestou em algumas decisões que não compete a este Conselho de Fazenda apreciar o mérito quanto ao ato de exclusão e, sim quanto ao cumprimento legal das formalidades. Tanscrevo abaixo parte de textos contido no Acórdão CJF Nº 0364-11/11 cujo Relator foi o Conselheiro Fabio de Andrade Moura, que trata de formalidades do ato administrativo de exclusão do Simples Nacional:

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 reprimida 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, incorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isso deixarão de persistir existindo". (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores 25^a ed., pp. 145/146).

A novel legislação do processo administrativo no âmbito do Estado da Bahia, Lei nº 12.209/2011, 0absorvendo 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.

Posicionamento idêntico foi manifestado no Acórdão CJF Nº 0394-11/11, cuja Relatora foi a Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, também relativa à exclusão do Simples Nacional.

E, ainda, que na apreciação da Decisão recorrida do Acórdão 4ª JJF nº 0398-04/10, esta 1ª CJF no Acórdão CJF Nº 0400-11/11, cuja Relatora foi a Conselheira Alessandra Brandão Barbosa, não deu provimento ao Recurso Voluntário interposto relativo ao Auto de Infração nº 206925.0005/09-1 lavrado contra a empresa MAO TAI ALIMENTOS LTDA que tratava também de exigência do imposto na comercialização de refeições apurado de acordo com o regime de apuração em função da receita bruta, cuja cobrança foi retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia.

Quanto ao argumento do recorrente de que só ficaria comprovada a constituição da sociedade com interposição de pessoas, caso os supostos sócios recebessem efetivamente dividendos, não pode ser acolhida, visto que, conforme acima apreciado, a exigência do imposto ora exigido foi precedida de desenquadramento legal do regime simplificado (SimBahia).

Com relação ao argumento de que os julgadores da primeira instância não possuem competência para retificar o percentual da multa de 60% (art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96) para 100% (art. 42, “j” da citada Lei) não pode ser acolhida tendo em vista que a multa a ser aplicada é a prevista em lei e, caso a multa proposta pelo autuante não se coadune com a infração praticada, de ofício o julgador pode fazer a retificação da mesma, aplicando a multa cabível, sem que isso implique em agravamento da infração.

Entretanto, quanto à invocação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade da compatibilização da multa com a natureza da infração, verifico que a natureza das infrações previstas no inciso IV, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que foi retificada na Decisão da primeira instância, reporta-se à operação ou prestação sem documentação fiscal; mercadoria encontrada sem documentação fiscal; mercadoria entregue destinatário diverso do indicado no documento fiscal; quando documento fiscal acobertar, mais de uma vez a operação, emissão de documento fiscal com numeração em duplicidade; adulteração de documentos; não emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo; arbitramento, ou quando constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei.

Na situação presente, a base de cálculo foi apurada com base nos livros Registro de Saída de Mercadorias (fls. 8/11) relativo a operações em que foram emitidos documentos fiscais devidamente escriturados, que culminou com exigência do ICMS em função do Regime de Receita Bruta face a exclusão do Simbahia para efeito de cobrança retroativa. Dessa forma, a multa proposta pelo autuante prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 está correta, pois, se

coaduna mais com esta tipificação: “*razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente*”.

Assim sendo, deve ser restabelecida a multa de 60% (sessenta por cento) proposta pelo autuante.

Quanto à alegação de caráter confiscatório da multa, ressalto que a mesma é prevista na Lei nº 7.014/96, portanto é legal e, quanto a sua constitucionalidade, invoco o disposto no art. 167, I do RPAF/BA, que estabelece não ser da competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade da legislação tributária.

Pelo exposto, está correta a Decisão da Primeira Instância e voto pelo PROVIMENTO EM PARTE do Recurso Voluntário apenas quanto à correção da multa que foi retificada na Decisão da Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado apenas com relação à correção da multa indicada e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206925.0006/09-8, lavrado contra **MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.543,04**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

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