

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0003/09-9
RECORRENTE - TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0263-02/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0301-11/12

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 RECURSAL VOLTADA CONTRA O ATO DE EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NO ÂMBITO DESTES 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 09/12/2009, exige ICMS, no valor de R\$29.217,32, em decorrência do recolhimento a menos do ICMS referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 170806/2009-0.

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

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

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

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que não houve cerceamento de direito de defesa, uma vez que a autuação está em conformidade com a legislação tributária, ou seja, os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96. No tocante a alegação defensiva de precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação

Fiscal RIF nº 19/2008, por se tratar de matéria relacionada com a prova da acusação fiscal, deixo para apreciar tal preliminar por ocasião do exame do mérito. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade.

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

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

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a recolhimento a menor do ICMS devido no período de dezembro de 2005 a maio de 2007, referente a comercialização de refeições, em razão da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), tendo em vista que o estabelecimento autuado faz parte de um grupo de seis empresas reunidas para fraudar o sistema simplificado de apuração do imposto, formado pelos Srs. Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, utilizando-se de seus familiares na forma de "interpostas pessoas" para não extrapolar o limite da receita bruta ajustada permitido pelo Regime do SimBahia, conforme Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008. O débito foi apurado, de forma retroativa, por motivo de enquadramento indevido no SIMBAHIA, pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, na forma prevista no artigo 408-S do RICMS/97, por se tratar de contribuinte que atua no ramo de restaurante, com a dedução do ICMS recolhido pelo Regime do SimBahia.

O lançamento tributário encontra-se embasado nos dispositivos abaixo transcritos:

Lei 7.357/98:

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

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

RICMS/97:

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

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

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

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

Logo, para um contribuinte se enquadrar no Regime do SIMBAHIA, instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, é necessário que ele atenda às condições e limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e simplificado dado pelo citado Regime é um benefício fiscal condicionado, sob pena de ser desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso. Esse desenquadramento será feito de ofício e com efeitos retroativos, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interpostas pessoas, para efetuar a sua opção pelo Regime do SimBahia (art. 22, IV, combinado com o art. 15, II e IV, tudo da Lei nº 7.357/98). Dessa forma, vê-se que o desenquadramento de ofício tem respaldo legal.

No caso em lide, a ação fiscal está baseada no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008 subscrito pela Supervisora da Inspetoria Fazendária de Varejo, demonstrativos, levantamentos e documentos às fls. 49 a 70.

No referido Relatório consta que o mesmo teve o objetivo de apurar o teor da denúncia oriunda da INFAZ VAREJO, da existência de um Grupo Econômico familiar, formado pelos Srs. Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, utilizando-se de seus familiares na forma de "interpostas pessoas" para não extrapolar o limite da receita ajustada bruta permitido pelo Regime do SimBahia.

Aplicando a legislação que rege a matéria, a fiscalização somou a receita ajustada bruta de todas as empresas de pequeno porte das quais fazem/faziam parte os referidos Empresários, bem como das sociedades das quais os referidos empresários sequer eram sócios, mas que, porém, tinham o seu quadro societário composto por familiares dos mesmos, aferindo que efetivamente não estava sendo respeitado o limite da receita ajustada bruta

estabelecido pela legislação do SimBahia.

No RIF em comento, consta com detalhes o objetivo do relatório; a descrição dos fatos baseado em reportagem publicado em jornal desta cidade; a análise 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 acionários das empresas; o enquadramento indevido no SimBahia /SIMPLES NACIONAL; vínculos por marca e/ou know how; vínculos por procurações.

A conclusão constante no RIF, é que o autuado figura como uma das empresas enquadradas como sendo do "Grupo Companhia da Pizza", a saber: 1) Patio Itália Iguatemi Alimentos e Bebidas Ltda., 2) Tokai Iguatemi Comércio de Alimentos Ltda., 3) Tokai Barra Comércio de Alimentos Ltda., 4) Maotai Alimentos Ltda., 5) Maotai Salvador Comércio de Alimentos Ltda., 6) Quanto Prima Alimentos Ltda. e 7) MGM Comércio de Confeções Ltda, sendo recomendada a fiscalização de todas as empresas citadas, com a apuração do imposto de forma retroativa pelo enquadramento indevido no SIMBAHIA, com fulcro no artigo 408-P do RICMS/97.

Diante de tal conclusão, a Infaz de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do SIMBAHIA para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl. 48), com fundamento nos artigos 15, II, III e IV, e 22, parágrafo único, da Lei nº 7.357/98, e nos artigos 406-A, 407-A, 408-P, 408-Q, 408-S, combinado com o artigo 915, III, IV e V, "a" e "c", do RICMS/97, e cientificou o autuado, para no prazo de 30 (trinta) dias impugnar a exclusão a que se refere o citado Termo.

Consta nos autos, que não houve qualquer impugnação à exclusão por parte do autuado, somente vindo a fazê-lo ao impugnar o presente lançamento tributário. Devo ressaltar que não é este o foro para impugnar o Relatório de Investigação Fiscal. O autuado teve a oportunidade ao ser intimado sobre sua exclusão do SIMBAHIA, e não se manifestou.

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

Portanto, o autuante deu estrito cumprimento à recomendação constante no RIF, desenquadrando o autuado com base no artigo 408-P, do RICMS/97, fato comprovado por meio de farta documentação e provas anexadas aos autos, destacando-se que o Relatório de Investigação Fiscal nº 18/2008 da SEFAZ/INFIP e a Tabela Ilustrativa de Vínculos Entre as Empresas, que demonstra que houve a interposição de pessoas na formação societária de diversas empresas com o objetivo de burlar o Regime do SIMBAHIA. Nessa situação, a legislação estabelece que o imposto deva ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, conforme art. 408-S, do RICMS/97.

Devo ressaltar que o débito de cada exercício foi apurado tomando por base os valores lançados no livro Registro de Saídas às folhas 09 a 43, mediante a aplicação das alíquotas de 5% e 4%, respectivamente, por se tratar de estabelecimento que atua no ramo de refeições, e corresponde à diferença entre o valor do imposto recolhido pelo Regime do SimBahia e o devido pelos critérios e alíquotas do regime normal de apuração, conforme demonstrativos às folhas 05 a 06, cujos números o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco.

Nestas circunstâncias, considero que o presente lançamento está amparado na verdade material dos fatos investigados e que resultou no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/20908, e serve como elemento de prova para a constituição do crédito tributário objeto da autuação.

Quanto a multa aplicada, observo que o autuante incorreu em equívoco ao indicar o dispositivo da multa como sendo a alínea "a" do inciso II do Art. 42, da Lei nº 7.014/96. Levando-se em consideração que se trata de infração de natureza grave, a infração se enquadra no inciso IV, alínea "j", do citado dispositivo legal, pelo que fica retificado o percentual da multa para 100%.

Portanto, a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal é prevista no artigo 42, inciso IV, "a" da Lei nº 7.014/96, pelo que fica modificado. Quanto as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório, ilegal e inconstitucional, não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei. e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, já acima citado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado com a Decisão da Primeira Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário de fls. 199/214, suscitando preliminar de nulidade da Decisão de primeira instância, 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 administrativo. 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 Confeções 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 compõem o quadro societário de uma determinada empresa, ali 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 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 às provas necessárias a desvendar a verdade material dos fatos. Com esses argumentos, frisa que estando o presente lançamento pautado única e exclusivamente no quanto apurado por meio do multicitado RIF e sendo, no seu entender, o RIF nulo, carece o lançamento dos requisitos essenciais para a sua validade, indo de encontro com o artigo 142 do CTN.
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". Afirmar 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 dúvidas que os senhores Maurício de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antonio Valério de Carvalho Neto não se utilizavam interposta pessoas para explorar a atividade econômica do recorrente, não havendo, portanto, razão para que a receita bruta ajustada fosse somada à receita bruta ajustada de qualquer outra empresa da qual supostamente fizesse parte os referidos empresários.

Discorre sobre o caso específico da *MGM Comércio de Confeções*, 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 José Coelho Lins Sento-Sé, emitiu Parecer pelo provimento do Recurso Voluntário, para declarar a nulidade da Decisão de Primeira Instância, ao argumento de que a Junta de Julgamento Fiscal deixou de apreciar as questões relativas ao RIF bem como em relação às provas colacionadas aos autos pelo sujeito passivo no intuito de demonstrar que a investigação fiscal não buscou elementos probatórios suficientes para a caracterização de interpostas pessoas.

No Parecer de fls. 223/227, a Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos divergiu do opinativo anterior, manifestando-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que existem provas suficientes acerca da legalidade do desenquadramento do recorrente do Simples Nacional e que não consta dos autos impugnação à exclusão do referido regime.

Conclui pela inexistência de vícios no procedimento fiscalizatório e na Decisão recorrida.

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 a 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, de modo expresso, que se entendia incompetente para reavaliar os fundamentos que conduziram ao desenquadramento do recorrente do Simples Nacional, entendimento esse que desafia Recurso por *error in iudicando*, não *error in procedendo* (nulidade), como equivocadamente suscitado na peça recursal.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão, por não constatar qualquer vício 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 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, onde há referência expressa ao motivo do desenquadramento.

De acordo com a informação fiscal prestada pelo autuante, não houve Recurso administrativo contra o ato administrativo de exclusão do Simples Nacional, autorizando, portanto, a emissão de ordem de serviço para apuração do imposto devido retroativamente.

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 reprisada 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, inocorrendo 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 e da jurisprudência dominantes, 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, 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.

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 inconstitucionalidade, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0003/09-9**, lavrado contra **TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.217,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS