

PROCESSO - A. I. N° 206925.0002/09-2
RECORRENTE - PATIO ITÁLIA IGUATEMI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 161-05/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0433-11/12

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 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 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 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 a Decisão da primeira instância e ausência de verdade material. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 17/12/09, acusa recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$8.867,53 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 SIMPLES NACIONAL, conforme documentos probatórios acostados ao Proc. nº 175390/2009-2.

O Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração, decidindo a lide da seguinte forma:

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 de 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 INFAPZ 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 citadas 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 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 vênha 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 Confeções 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 irressignar quanto ao fato de a empresa MGM Comércio de Confeções 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 JF, 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 Inspetoria 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, ressalto 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 dado 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.

No Recurso interposto (fls. 202/225), a empresa apresentou os seguintes argumentos:

Preliminarmente, requer a nulidade do julgamento na Primeira Instância, sob o argumento de que a 5ª JF 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 Simples Nacional e a 5ª JF 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 Simples Nacional 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 Simples Nacional 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 as senhoras 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 Simples Nacional 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 empresas 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 JF 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 quaisquer 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 pela i. Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento-Se (fls. 230/237) opina que a diligência realizada (fls. 149/159) não carrega ao PAF as provas para caracterizar que a sociedade empresarial foi constituída por pessoas interpostas. Opina pelo acatamento do pedido do recorrente no sentido de declarar a nulidade da Decisão recorrida nos termos dos art. 18, II do RPAF/BA e art. 119, §1º do COTEB.

No Parecer exarado pela i. Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos (fls. 233/237) foi manifestado discordância dos termos do citado Parecer, entendendo que tendo a INFIP concluído o RIF 19/08 (fls. 21/42) onde constatou que a sociedade empresarial era composta por interposição de pessoas, tendo a INFAZ VAREJO procedido a exclusão do Simples nacional e em seguida apurado o imposto devido com base no regime normal (Receita Bruta). Ressalta que o ato do desenquadramento tem amparo no art. 116 do CTN.

Também que o reenquadramento da multa feito pela JF tem suporte nas disposições dos artigos 19 e 116 do RPAF/BA e art. 119-B do COTEB e não caracteriza agravamento da infração.

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

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. 21/42) concluiu que a empresa era constituída por interposição de pessoas;
2. A INFAZ VAREJO expediu Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL para efeito de cobrança retroativa de ICMS em 26/10/09 (fl. 13) com fundamento nos artigos 28 e 29 Lei Complementar nº 123/06, artigos 5º, I a IX da Res. CGSN nº 15 de 23/07/07 e nos artigos 393-E e 393-F do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.
3. Foi publicado em edital no Diário Oficial dois dias 27 e 28/10/09 (fls. 17 e 18) a exclusão do Simples Nacional, tendo sido concedido prazo de trinta dias para que a empresa impugnasse a exclusão referida no citado Termo.
4. Não foi juntado com a defesa ou Recurso 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 Simples Nacional. 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 vez 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 ser acolhido 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 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 vislumbro 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 Empresarios era para estes últimos repassados*”. Conforme apreciado acima, a exclusão do estabelecimento autuado do Simples Nacional foi precedida de Termo de Exclusão (fls. 15/19) do qual ao ser cientificado foi concedido prazo de trinta dias para impugnação e não foi trazido ao processo qualquer prova de que o autuado tenha exercido tal direito. Logo, a exclusão do Simples Nacional 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 Simples Nacional – utilização de interpostas pessoas para burlar o limite de receita bruta – questão que extrapola 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 a existência de provas materiais que justificasse o ato de desenquadramento do Simples Nacional, 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 administrativo, 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. 21/42) no qual foi investigada a denúncia relativa a existência de um Grupo Econômico enquadrado indevidamente no regime do Simples Nacional, tendo concluído que o autuado figurava como uma das empresas enquadradas no “GRUPO COMPANHIA DA PIZZA”.

Em seguida, a INFAZ de origem lavrou o Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL para efeito de cobrança retroativa do ICMS com base no regime normal (fl.15), com fundamento nos artigos 28 e 29 Lei Complementar 123/06, artigos 5º, I a IX da Res. CGSN nº 15 de 23/07/07 e nos artigos 393-E e 393-F do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Cientificado do desenquadramento, não foi trazido ao processo qualquer documento que comprovasse impugnação à sua exclusão.

Portanto, o ato administrativo da exclusão do Simples Nacional foi devidamente formalizado, com suporte no relatório investigativo, devidamente cientificado ao estabelecimento autuado, fundamentado em dispositivos da LC 123/06, Resoluções do CGSN e RICMS/BA.

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.

Convém ressaltar que esta 1ª CJF já se manifestou, em algumas decisões, de que não compete a este Conselho de Fazenda apreciar o mérito quanto a 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 reprimada no Recurso Voluntário não merece acatamento, uma vez que a norma regulamentar estabeleceu, de modo expresse 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 25ª 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, no Acórdão CJF Nº 0400-11/11, cuja Relatora foi a Conselheira Alessandra Brandão Barbosa, não deu provimento a Recurso Voluntário interposto relativo a exigência do ICMS em consequência do desenquadramento do 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 apreciada, haja vista que se refere ao mérito do desenquadramento da empresa do Simples Nacional, matéria que não compete a este CONSEF.

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 (artigos 19 e 116 do RPAF/BA e art. 119-B do COTEB). Conforme disposto no art. 142 c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN), o ato de lançamento tributário é de competência da autoridade fiscal que propõe a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento normativo do fato tributável aos ditames da lei.

Com relação ao argumento de que não há proporcionalidade e razoabilidade da compatibilização da multa com a natureza da infração, verifico que o motivo que culminou o presente lançamento foi o fato de ter sido constatado que a empresa foi constituída por interposição de pessoas. Essa constatação resultou na exclusão do SIMPLES NACIONAL para efeito de cobrança retroativa do ICMS com base no regime normal. Assim sendo, interpreto que no momento que constituiu a empresa nos seus aspectos societários, o fez com base em informações que não condizia com a realidade dos fatos e por isso, a gravidade da infração decorrente se coaduna com o disposto no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, “*quando constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei*”. Portanto, correto o reenquadramento da multa.

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 à sua inconstitucionalidade, invoco o disposto no art. 167, I do RPAF/BA, que estabelece não ser da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Pelo exposto, está correta a Decisão da Primeira Instância e voto 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 que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0002/09-2**, lavrado contra **PATIO ITÁLIA ITUATEMI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de no valor de **R\$8.867,53**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS