

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0007/09-4
RECORRENTE - QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0215-02/10
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 17.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0053-13/12

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. 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 com a exclusão do contribuinte do SIMBAHIA, 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

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0215-02/10, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, o qual foi lavrado em 10/12/2009, para exigir o ICMS, no valor de R\$ 62.509,80, em decorrência do recolhimento a menos do ICMS no período de janeiro/2004 a junho/2007, referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, com cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, utilizando-se “interpostas pessoas” para não extrapolar o limite da receita bruta ajustada permitido pelo Regime SimBahia, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 170806/2009-0.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, diante das seguintes considerações: Indeferiu o pedido de diligência, por considerar que o processo contém todos os elementos necessários para a convicção dos julgadores sobre a lide e rejeitou a preliminar de nulidade do Auto de Infração por entender que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais.

Quanto ao mérito foi consignado que 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, estando o lançamento fiscal fundamentado no artigo 15, V, da Lei nº 7.357/98 e nos artigos 408-L, V; 408-P e 408-S, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, então vigentes, os quais previam que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS

a empresa que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente, ficando sujeita ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

Destaca a JJF que, 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. 9 a 101, cuja conclusão constante no RIF é de 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 Confecções 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.

Assim, diante de tal conclusão, a INFRAZ de origem lavrou o competente Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl. 103), 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. Contudo, 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. Assim, ressalta a JJF que não é este o foro para impugnar o Relatório de Investigação Fiscal e que o autuado teve a oportunidade ao ser intimado sobre sua exclusão do SIMBAHIA, e não se manifestou.

O órgão julgador destaca que o preposto fiscal, ao lavrar 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. Nesta 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.

Ressalta que o débito de cada exercício foi apurado tomando por base os valores da receita bruta mensal contabilizada no livro Diário às fls. 13 a 100, 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 9 e 10, cujos números o sujeito passivo não apontou qualquer equívoco.

Nestas circunstâncias, a decisão da JJF é de que o presente lançamento está amparado na verdade material dos fatos investigados e que resultou no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, e serve como elemento de prova para a constituição do crédito tributário objeto da autuação.

Contudo, quanto à multa aplicada, observa 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, pois, levando-se em consideração que se trata de infração de natureza grave, deve-a enquadrar no inciso IV, alínea “j”, do citado dispositivo legal, pelo que fica retificado o percentual da multa para 100%. Assim, a JJF decide pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão da Primeira Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário, às fls. 271 a 285 dos autos, no qual traça breve síntese dos fatos já relatados para, em seguida, suscitar a preliminar de nulidade do lançamento, sob a alegação de ausência do princípio da Verdade Material do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, visto que a fiscalização se pautou, única e exclusivamente, no fato de as diversas empresas, com exceção da MGM Comércio de Confecções Ltda., explorarem o mesmo ramo de atividade e em todas elas haverem parentes de um dos três empresários, ou algum deles.

Salienta que, conforme se depreende da Decisão de primeira instância, os julgadores se eximiram da obrigação de apreciar as questões fundamentais ao deslinde da controvérsia, especificamente aquelas ligadas às constatações feitas pelo Relatório de Investigação Fiscal, uma vez que é dever do órgão julgador administrativo, no exercício do controle da legalidade, avaliar todos os fatos postos, ainda que pretéritos ao lançamento, de modo a sanar eventuais ilegalidades perpetradas pela Administração Tributária, reconhecendo eventuais nulidades que se apresentem em desrespeito à ordem jurídica vigente. Assim, requer que o CONSEF reveja as ilegalidades perpetradas no RIF, procedendo a desconstituição do trabalho realizado que não está amparado pela verdade material, que culminou com o seu desenquadramento do SimBahia e no Auto de Infração, do que diz não existir vedação jurídica à associação de familiares para que atuem em negócios do mesmo ramo, mas, sim, direito à livre associação e à livre iniciativa, conforme previsto na Constituição Federal.

Considera uma presunção fiscal a conclusão de que houve interposição de pessoas na formação societária das empresas, pois entende que só há o que falar em “interpostas pessoas” caso fossem os três citados empresários que percebessem, juridicamente, em todas as empresas, os respectivos dividendos, de modo que os seus parentes apenas figurassesem no quadro societário das mesmas para que fosse respeitado o limite legal do SimBahia, conforme tergiversou a fiscalização, o que não se depreende dos documentos apresentados e do Contrato Social da recorrente. Aduz que o ônus probatório não pode ser invertido pela ilação da fiscalização. Cita doutrina.

Sustenta que o procedimento fiscal ignora todos os princípios constitucionais e legais tais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a motivação dos atos da Administração, a teor dos arts. 5º e 37, da Constituição Federal e art. 2º e 50, da Lei nº 9.784/99, pois está suportado apenas em presunções, não tendo sido colhidas as provas necessárias a desvendar a verdade material dos fatos. Com esses argumentos, frisa que estando o presente lançamento pautado única e exclusivamente no quanto apurado por meio do multicitado RIF e sendo, no seu entender, o RIF nulo, carece o lançamento dos requisitos essenciais para a sua validade, indo de encontro com o artigo 142 do CTN.

Analizando o RIF que ensejou a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, o autuado considerou que o mesmo carece dos elementos que lhe são necessários, em razão da ausência de prova acerca da ocorrência do quanto alegado no bojo do RIF, bem como por carecer, o lançamento de motivação, considerando, por conseguinte, o Auto de Infração nulo.

Em tópico intitulado *"DA INEXISTÊNCIA DO GRUPO COMPANHIA DA PIZZA - DO RESPEITO AOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEGISLAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL"*, o recorrente contesta a conclusão do RIF de que existe um “Grupo Companhia da Pizza”. Afirma que o fato de terem figurado no seu quadro societário pessoas físicas que possuem vínculo de parentesco com os supracitados Empresários, ou algum deles pessoalmente, não implica dizer que são eles que estão a explorar a empresa por meio de interpostas pessoas.

Discorre sobre o caso específico da *MGM Comércio de Confecções*, esclarecendo a participação dos sócios 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 apresentado para que esta Câmara:

- I) Declare a nulidade da Decisão de 1ª instância, retornando-se os autos à instância inferior para que sejam apreciadas as questões omitidas quando do julgamento, esgotando a busca da verdade material;

II) Caso entenda-se que existem nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da nulidade do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, requer seja declarada a ilegalidade do lançamento tributário impugnado, determinando a imediata extinção do PAF;

III) Na eventual hipótese de serem superadas as nulidades acima, requer seja reformado o julgamento de primeira instância, reconhecendo-se a improcedência da autuação;

Por fim, requer que as intimações sejam feitas sempre em nome do seu patrono, sob pena de nulidade.

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. 295 a 299, a Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos divergiu do opinativo anterior, manifestando-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por vislumbrar que a egrégia JJF entendeu presentes nos autos elementos suficientes para proceder ao julgamento do PAF, ante a comprovação da regularidade da exclusão da empresa autuada do SIMPLES NACIONAL, em face da existência de interposição fraudulenta de pessoas. Assim, a decisão fustigada pelo contribuinte não se absteve de apreciar os argumentos suscitados pela Recorrente, quando do seu pleito impugnatório, estando o *decisum* devidamente fundamentado.

Aduz sobre a legalidade do desenquadramento do recorrente do Simples Nacional e que não consta dos autos impugnação pelo contribuinte à exclusão do referido regime, quando lhe foi concedida oportunidade de manifestação, em respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Assim, as razões recursais se limitam a discutir o procedimento/motivos do desenquadramento do autuado agendado pela SEFAZ, não tendo sido apresentados argumentos concernentes ao cálculo para apuração do imposto pelo regime normal.

Concluiu que todo o procedimento, levado a efeito, bem como a decisão de 1ª Instância estão a salvo de qualquer mácula, devendo, portanto, permanecer incólumes. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, pois não houve omissão quanto às alegações de defesa, tendo a Decisão de primeira instância enfrentado as questões postas à sua apreciação, expondo os fundamentos de fato e de direito que lastreiam a posição adotada, concluindo que a ação fiscal está baseada no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 19/2008, no qual concluiu que o autuado figura como uma das empresas enquadradas como sendo do "Grupo Companhia da Pizza", o que ensejou no competente Termo de Exclusão do SimBahia para efeito de cobrança retroativa do ICMS (fl. 103), 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, tendo sido, à época, cientificado o autuado, para no prazo de 30 (trinta) dias impugnar a referida exclusão, o que não ocorreu, do que concluiu a JJF não ser este o foro para impugnar o Relatório de Investigação Fiscal e que o autuado teve a oportunidade ao ser intimado sobre sua exclusão do SIMBAHIA, e não se manifestou, uma vez que se trata de rito processual distinto do lançamento do crédito tributário, ora sob exame.

Assim, comungo com o entendimento do segundo opinativo da PGE/PROFIS de que a egrégia JJF entendeu presentes nos autos elementos suficientes para proceder ao julgamento do PAF, ante a comprovação da regularidade da exclusão da empresa autuada do SIMPLES NACIONAL, em face da existência de interposição fraudulenta de pessoas. Logo, a decisão fustigada pelo contribuinte não se absteve de apreciar os argumentos suscitados pela recorrente, quando do seu pleito

impugnatório, estando o *decisum* devidamente fundamentado.

Como as razões recursais se limitam a discutir o procedimento/motivos do desenquadramento da autuada agendado pela SEFAZ, não tendo sido apresentados argumentos concernentes ao cálculo para apuração do imposto pelo regime normal, não há como prosperar a pretensão do recorrente para modificar a Decisão recorrida, haja vista não ser de competência deste órgão colegiado a reavaliação da exclusão do contribuinte do SIMBAHIA, em cujo rito processual, o autuado teve a oportunidade de impugnar, porém, não o fez, mantendo-se silente.

Assim, diante de tais considerações, também indefiro o pedido de realização de diligência fiscal, a qual 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 SimBahia - 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.

O ICMS, assim, está sendo exigido de forma retroativa, face ao enquadramento indevido do estabelecimento no SimBahia. A legislação prevê que 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, Lei nº 7.357/98). Consta no Relatório de Investigação Fiscal (RIF) o histórico da composição societária das empresas do grupo, restando apurado que as empresas integrantes do grupo utilizaram interposição fictícia de pessoas na sua constituição, promovendo o fracionamento do negócio com o objetivo de possibilitar o enquadramento indevido no regime simplificado de apuração do ICMS.

Portanto, do exame da legislação, verifica-se que é possível a exclusão de ofício de determinado contribuinte do regime de apuração do SimBahia, 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, não havendo impugnação contra o ato administrativo de exclusão, o que autorizou a apuração do imposto devido retroativamente. Logo, o ato de exclusão do SIMBAHIA está formalmente correto, não sendo este CONSEF competente para apreciá-lo.

Dante de tais considerações, comungo com o entendimento da Decisão recorrida de que o presente lançamento está amparado na verdade material dos fatos investigados e que resultou no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, o qual serve como elemento de prova para a constituição do crédito tributário, ora sob análise. Há de ressaltar que houve possibilidade de o sujeito passivo impugnar o RIF, contudo em esfera administrativa distinta, que, no caso dos autos, não foi adequadamente provocada pelo contribuinte.

No que tange à multa de 60% aplicada, a alegação de inconstitucionalidade não há de ser apreciada, tendo em vista a vedação contida no art. 167, I, do RPAF/99.

Por derradeiro, quanto à pretensão do apelante de que as intimações sejam em nome do seu patrono, sob pena de nulidade, em que pese poder ser atendida, tal inobservância não implica em nulidade, pois, nos termos do art. 108 do RPAF/99, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0007/09-4**, lavrado contra **QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.509,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

FERNANDO A. BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGF/PROFIS