

A. I. N° - 206925.0010/10-9
AUTUADO - MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 27/06/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0137-03/12

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A legislação prevê a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SIMPLES NACIONAL, a empresa constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, sendo este um dos casos de exclusão de ofício. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia e nova diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2010, refere-se à exigência de R\$12.322,70 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão de recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo a 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 Simples Nacional, conforme documentos acostados ao processo nº 175392/2009-5, período de janeiro a dezembro de 2008.

O autuado apresentou impugnação (fls. 73 a 82), alegando que estão sendo cobrados supostos créditos de ICMS, por ter sido o defensor excluído do Simples Nacional, em razão do citado Processo nº 175392/2009-5 (doc. 03). Diz que o mencionado processo decorreu das conclusões obtidas por meio do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, datado de 30.07.2008, e que, da análise do referido Relatório, tem-se que o autuante considerou a existência de um Grupo Econômico familiar, formado pelos Srs. Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, doravante denominados “Empresários”. Diz que no entender do autuante os referidos Empresários utilizavam-se dos seus familiares na forma de “interpostas pessoas” para poder extrapolar o limite da “receita ajustada bruta” permitido pela legislação de regência do Simples Nacional. De acordo com o citado relatório, 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, tinham o seu quadro societário composto por familiares dos mesmos, no intuito de aferir se estaria sendo respeitado o limite da receita ajustada bruta estabelecido pela legislação do Simples Nacional. Diz que a receita ajustada bruta do estabelecimento autuado foi somada à das outras empresas supostamente componentes do “Grupo Companhia da Pizza” para determinação da Receita Bruta Ajustada dos referidos Empresários. As empresas componentes do Grupo seriam: i) Patio Itália Iguatemi Alimentos e Bebidas Ltda., ii) Tokai Iguatemi Comércio de Alimentos Ltda., iii) Tokai Barra Comércio de Alimentos Ltda., iv) Maotai Alimentos Ltda., v) Maotai Salvador Comércio de Alimentos Ltda., vi) Quanto Prima Alimentos Ltda. e vii) MGM Comércio de Confecções Ltda.

O defensor alega que o Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, não está amparado pela verdade material dos fatos investigados e, como consequência disso, há de se reconhecer a improcedência do presente lançamento. Pede a nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa, alegando precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório

de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008. Diz que no mencionado Relatório de Investigação Fiscal, se pressupõe que haveria por parte dos citados Empresários a utilização de interpostas pessoas, de modo que, apesar de não comporem juridicamente o quadro societário de algumas das referidas empresas, os mesmos eram formados por parentes dos três empresários. Entende que a fiscalização pautou-se única e exclusivamente no fato de que as diversas empresas, com exceção da MGM, explorarem o mesmo ramo de atividade e em todas elas haverem parentes de um dos três empresários, ou algum deles. Afirma que não existe vedação jurídica à associação de familiares. Que a Constituição Federal assegura o pleno direito à livre associação e à livre iniciativa, a teor dos seus arts. 5º, XVII e 170, não existindo norma que disponha, expressamente, por exemplo, que a associação de familiares pressupõe a ocorrência de ilícito fiscal. Diz que se trata da utilização, por parte da fiscalização, de uma presunção que não encontra respaldo legal, e que, só há que se falar em “interpostas pessoas” caso seja comprovado, efetivamente, que as pessoas que compõem o quadro societário de uma determinada empresa, ali figuram apenas simbolicamente, não percebendo estas pessoas, de fato, os resultados da sua participação societária. Caso contrário, cada família só poderia permitir que um de seus membros se dedicasse ao exercício da mercancia, já que, caso contrário, poderia haver a presunção de que foram utilizadas “interpostas pessoas”. Diz que no caso em tela, só haveria que se falar em “interpostas pessoas” caso fossem os três citados empresários que percebessem, juridicamente, em todas as empresas, os respectivos dividendos, de modo que os seus parentes apenas figurassesem no quadro societário das mesmas para que fosse respeitado o limite legal do Simples Nacional, conforme imaginou a fiscalização. Também alega que não consta no RIF a informação de que a Fiscalização se preocupou com este fato, ou seja, 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. Estes elementos poderiam ser obtidos da análise de documentos pessoais dos sócios das empresas, os quais o autuante tem pleno acesso no exercício da sua função, a exemplo das Declarações de Imposto de Renda. Informa que, a título exemplificativo, no Procedimento Administrativo Fiscal nº 190981/2009-5, em apreciação ao Recurso interposto pela MGM em razão da sua exclusão do SIMPLES, o Parecerista consignou expressamente que: “*a interposição fraudulenta é típica presunção legal. Ou seja, cabe a requerente provar que não praticou a interposição e não o fisco.*”. O defensor entende que neste caso, não há presunção legal na espécie, mas típica autuação ilegal, sem fundamento de validade. Salienta que a desconstituição de uma situação jurídica regularmente constituída pressupõe a comprovação prévia e cabal por parte do fisco, acerca da ocorrência de uma atuação ilícita por parte do particular, o que, no presente caso, não aconteceu. Sobre o tema, cita a doutrina de Maria Rita Ferragut e diz que a postura adotada pelo autuante 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, afirmando que, estando o presente lançamento pautado única e exclusivamente no quanto apurado por meio do multicitado RIF, e sendo o RIF nulo, carece o lançamento dos requisitos essenciais para a sua validade.

Em seguida, o defensor fala sobre a notificação do lançamento e alega que deve ser declarada a nulidade do presente Auto de Infração, em razão da ausência de prova acerca da ocorrência do quanto alegado no bojo do RIF, bem como por carecer, o lançamento, de motivação e dos requisitos insculpidos na norma de regência, como visto acima.

O defensor alega que, conforme se pode depurar dos documentos que anexou aos autos, tais como a Declaração de Imposto de Renda dos sócios da Impugnante, eram eles que percebiam os dividendos relativos à sua participação na empresa. Ou seja, os frutos da empresa, leia-se, os seus dividendos, eram distribuídos para os seus sócios na medida da sua participação. Afirma que deve ser reconhecida a total improcedência do lançamento, haja vista que o impugnante está adstrito ao quanto disposto pela legislação de regência do Simples Nacional, não tendo, portanto, que recolher as exações que ora lhes são imputadas, por terem sido calculadas nos moldes da

regra geral, divergente da exceção trazida pela legislação do Simples Nacional, à qual, repita-se a exaustão, subsumia-se o impugnante. Pede a realização de diligência fiscal, dizendo que, se for entendido que as provas acostadas aos autos junto com a impugnação não forem suficientes para elucidar o quanto alegado, que seja realizada Diligência Fiscal, no bojo da qual deverão ser colhidos os elementos necessários à comprovação, ou não, do quanto alegado no curso do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, por entender o defendant que os lançamentos realizados pelo autuante, pautaram-se em suposições incorretas.

O autuado também contesta a multa exigida, no percentual de 60% do valor do tributo, dizendo que tal cobrança configura confisco ao patrimônio do impugnante. Comenta sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, citando ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Assim, o defendant conclui que não tem o menor cabimento o percentual da multa (60%), diante de sua ilegal e inconstitucional aplicação, porque restaria confiscatória, e que está é mais uma razão pela qual deve ser julgado improcedente o presente Auto de Infração. Protesta e requer ainda, por juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de prova permitidos em direito, inclusive pela realização de eventual perícia e diligência fiscal (arts. 123 e 145 do RPAF). O autuado pede que as intimações sejam feitas sempre em nome do seu patrono, Otávio Bulcão Nascimento, inscrito na OAB/BA sob o nº 12.009, sob pena de nulidade.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 191 a 197 dos autos, dizendo que o autuado foi excluído do Simples Nacional através do Processo nº 175392/2009-5 (fls. 41 a 47), com base nos artigos 28 e 29 da Lei Complementar nº 123/2006. A exclusão foi motivada por irregularidades apontadas no Relatório da INFIP nº 19/2008, onde se apurou que o estabelecimento em questão, sendo integrante de um conglomerado de empresas, utilizou-se de interpostas pessoas na sua constituição. Ressalta que o aludido processo seguiu todos os trâmites legais para a matéria em questão, sendo lavrado o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL (fl. 42), publicada a NOTIFICAÇÃO DE EXCLUSÃO (fls. 43 e 45) no Diário Oficial do Estado, com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação, assim o desejando. Informa que o autuado apresentou Recurso Administrativo, visando suspender a sua exclusão do Simples Nacional e teve o seu pedido indeferido, porque as suas alegações não foram capazes de elidir as provas apresentadas pelo Fisco em relação à situação que gerou a exclusão, ou seja, a utilização de interpostas pessoas na constituição das empresas participantes do grupo Companhia da Pizza, considerando que o somatório da receita desses estabelecimentos ultrapassou o limite legal de enquadramento no sistema, em todos os períodos analisados. Informa que após ter sido superada a etapa recursal, foi emitida a Ordem de Serviço nº 501017/10, determinando a apuração do imposto devido, de forma retroativa, em função da exclusão da empresa do Simples Nacional, pelos motivos apontados no processo original. Diz que o autuado não contestou, de modo algum, os dados apresentados no Demonstrativo da Apuração do Imposto em Função da Receita Bruta (fl. 06), tendo como método a apuração da diferença de ICMS entre o sistema de apuração em função da receita bruta, permitido para o segmento de restaurantes e similares, e o sistema que foi efetivamente utilizado por ela, ou seja, o Simples Nacional.

O autuante entende que o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL é o instrumento legal, necessário e suficiente, que autoriza a lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO, apesar das “razões” apresentadas pelo defendant, que versam sobre temas exauridos em discussões anteriores. Ainda que entenda que não cabe aqui a apreciação adjetiva ou de mérito do citado relatório, pois eventuais esclarecimentos sobre o mesmo deverão ser encaminhados ao órgão que lhe deu origem, ou seja, a própria INFIP, tece algumas observações que poderão ser úteis ao julgamento desta lide. Diz que a contestação do autuado não abrange todos os aspectos apontados no citado Relatório de Investigação Fiscal. Ela limita-se a dizer que houve cerceamento do direito de defesa em razão da precariedade das provas apresentadas, e que a fiscalização teria se pautado, unicamente, no fato de as empresas envolvidas, exceto a MGM, explorarem o mesmo ramo de atividade e terem a participação de parentes dos empresários citados no relatório como formadores de grupo econômico. Informa que se for analisado o Processo de nº 069810/2008-8,

constata-se que a origem deste reside na denúncia efetuada com base em uma publicação no jornal A Tarde, em 11/05/2008, anunciando a inauguração do restaurante Pátio Itália, resultado da associação entre os grupos Quanto Prima e Companhia da Pizza. Salienta que a finalidade precípua da lei que instituiu o Simples Nacional foi fomentar as microempresas e empresas de pequeno porte, capacitando-as, mediante benefícios fiscais, administrativos e trabalhistas, a sobreviverem em um cenário econômico difícil, onde grandes grupos empresariais tentam subverter os menores. Cita o art. 334 do Código de Processo Civil e diz que a citada notícia já se constitui em uma prova cabal e indiscutível do vínculo existente entre as empresas. As pesquisas fiscais posteriores apenas serviram para comprovar aquilo que já era do conhecimento público, pois a declaração foi dada pelos próprios gestores das empresas integrantes do grupo.

Em seguida, o autuante comenta sobre a investigação realizada pelos técnicos da Inspetoria de Fiscalização de Médias e Pequenas Empresas do Comércio Varejista – INFAS Varejo, que constataram a existência de um grupo de empresas enquadradas indevidamente no SIMBAHIA e SIMPLES NACIONAL. Transcreve o § 4º do art. 3º da Lei Complementar 23/2006 e o art. 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007. Informa que a empresa constituída com interposição de pessoas é motivo para exclusão de ofício do Simples Nacional, e que não existe ilegalidade alguma na ação fiscal, como afirmado pelo autuado. Diz que existem provas concretas e documentadas, constantes do relatório da INFIP, obtidas mediante cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que a Autuada se utilizou de artifícios para burlar a legislação do Simples Nacional, solicitando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo, assim, o seu imposto devido mensalmente, em razão das suas operações de vendas. Para atingir tal objetivo, o grupo dos citados empresários fracionou o seu negócio, constituindo empresas, mediante interposição de pessoas (sendo todas das suas próprias famílias), mantendo, contudo, o controle administrativo e econômico dessas empresas.

Quanto às Declarações de Imposto de Renda anexadas à defesa (fls. 105 a 109 do PAF), apresenta o entendimento de que nada provam a favor do contribuinte, pois foram apresentadas apenas declarações da sócia Sra. NOEMIA DE ALMEIDA DIAS, justamente, a mãe do Sr. MÚRCIO DE ALMEIDA DIAS, um dos três acusados de encabeçar o consórcio de empresas apontadas no Processo de Denúncia já citado. Diz que as cotas do capital social da referida senhora foram adquiridas com recursos doado pelo próprio filho, o citado senhor, conforme Declaração de Imposto de Renda (fl. 107). Mais ainda, o Sr. MÚRCIO DE ALMEIDA DIAS, juntamente com o Sr. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA, até a data de 28/04/2008, estão qualificados como Administradores não sócios da empresa, conforme Alteração Contratual registrada na JUCEB e anexada pela própria Autuada (fl. 86). Comenta sobre a situação dos demais sócios, e quanto ao pedido de realização de diligência fiscal entende não haver razões para tal procedimento, reproduzindo os arts. 145 e 147 do RPAF. Diz que o débito apontado no Auto de Infração está estribado em documentos obtidos da escrita fiscal e contábil do próprio contribuinte (fls. 09 a 40), ou na base de dados da SEFAZ (dados da arrecadação). Entende não haver dúvidas quanto à fundamentação técnica e jurídica dos levantamentos e documentos que compõem o processo, sendo descabido o pedido de diligência.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, diz que ao agente fiscalizador cabe aplicar a lei, estando a mencionada multa conforme estabelecido no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96. Pede a procedência do Auto de Infração.

O PAF foi pautado para julgamento, e o defendant, por intermédio de seu Procurador, em sustentação oral, reiterou as alegações defensivas e assinalou, dentre outros pontos, que teve conhecimento da existência de um processo “de mais de mil páginas”, que segundo o Procurador do contribuinte, teria dado sustentação do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, que o autuado não teve acesso, por isso, estaria cerceado o seu direito de defesa. Disse que em dois outros processos versando sobre o mesmo assunto de desenquadramento em razão do RIF 19/2008, tendo como sujeitos passivos as empresas Pátio Itália Iguatemi Alimentos e Bebidas Ltda. (AI

206925.0002/09-2) e Maotai Salvador Comércio de Alimentos Ltda. (AI 206925.0006/09-8), ambos em apreciação pela 5ª JJF deste CONSEF, processos estes que foram convertidos em diligência durante a sessão de julgamento, pelo que o defendant solicou conexão de processos e tratamento isonômico. Diante das alegações do autuado, esta 3ª JJF deliberou, na sessão de julgamento, por converter o presente processo em diligência à INFIP e, posteriormente, à Infaz de origem (fls. 201/203 do PAF), para que fossem tomadas as seguintes providências:

1. Caso existissem os documentos relativos ao Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, ou mesmo um processo, tal como aventado pelo sujeito passivo, e documentos que o autuado não tenha recebido cópia, que a INFIP juntasse cópias ao presente processo.
2. Após o atendimento do quanto solicitado à INFIP que o PAF fosse encaminhado à Infaz de origem para que entregasse cópia do encaminhamento de diligência e dos novos documentos que fossem acostados aos autos, mediante recibo, concedendo o prazo de trinta dias ao defendant, reabrindo o prazo de defesa.

Foi prestada informação pela Inspetora da INFIP (fls. 205/206), esclarecendo que o pedido formulado na diligência encaminhada por esta 3ª JJF se refere a todos os elementos probatórios dos fatos que ensejaram a exclusão de ofício do autuado no Cadastro do Simples Nacional. Transcreve os arts. 393-E a 393-H do RICMS/BA e diz que, no âmbito do Estado da Bahia, para exclusão de ofício do cadastro do Simples Nacional, deve ser expedido Termo de Exclusão e ser publicado Edital no Diário Oficial, o que foi feito, conforme os documentos acostados aos autos às fls. 41 a 47. Em caso de impugnação, cabe ao Inspetor Fazendário apreciar, e no âmbito da DAT/Metro, o agente competente é o titular da Coordenação de Processo. Apresenta o entendimento de que não cabe ao Conselho de Fazenda Estadual a apreciação dos motivos que levaram o Estado da Bahia a proceder à exclusão de ofício do contribuinte autuado. Finaliza, informando que deixou de anexar os elementos probatórios dos fatos que ensejaram a mencionada exclusão.

Intimado da informação prestada pela Inspetora da INFIP, com reabertura do prazo de defesa, o autuado se manifestou às fls. 215 a 222 dos autos, alegando que ficou consignado no julgamento realizado por esta 3ª JJF que o presente PAF carece de elementos probatórios capazes de comprovar os fatos que ensejaram a exclusão do tratamento tributário diferenciado, e em resposta à diligência fiscal determinada, a Inspetora da INFIP se valeu apenas dos arts. 393-E a 393-H do RICMS/BA, para fundamentar a sua resposta. Diz que não está discutindo os motivos que levaram à exclusão do autuado do Simples Nacional, mas sim a legalidade da acusação fiscal que ensejou a lavratura do Auto de Infração. Alega que o Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, carece de verdade material e não apresenta elementos capazes de comprovar a acusação perpetrada, e que não há outro caminho que não a realização de diligência para confirmar a invalidade do lançamento realizado. Diz que o não atendimento da diligência na forma requerida implica diretamente no deslinde da causa, por entender que a ausência de elementos probatórios invalida a autuação. Salienta 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 nelas haver parentes de um dos três empresários, ou algum deles. Alega que em resposta à diligência encaminhada, não houve a juntada dos elementos probatórios, e que não há que prevalecer a alegação de que não caberia ao CONSEF apreciar a exclusão do autuado do Simples Nacional, fato que culminou na lavratura do presente Auto de Infração. Alega que não restam dúvidas de que o Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008 que ensejou a exclusão do autuado do Simples Nacional é completamente nulo e pede o retorno dos autos em diligência para que seja atendido o quanto solicitado na diligência fiscal anteriormente encaminhada.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 224/230 dos autos, dizendo que a manifestação do autuado não acrescentou nada de novo à sua defesa inicial. Todos os argumentos apresentados já foram refutados na informação fiscal anterior, cujo teor o autuante ratifica integralmente. Salienta que, diferentemente do afirmado pelo defendant, o escopo da

diligência encaminhada pela 3^a JJF, não foi verificar os fatos contidos no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008. A finalidade da diligência foi apensar cópias dos documentos que já constam no Processo Administrativo Fiscal nº 069810/2008-8. Assegura que o processo de exclusão do autuado do Simples Nacional seguiu todas as etapas descritas nos Procedimentos e Rotinas da SEFAZ. Em seguida, o autuante reproduz as informações prestadas anteriormente e diz que o CONSEF tem, reiteradamente, proferido decisões no sentido de declarar a procedência dos Autos de Infração lavrado contra as demais empresas do grupo Companhia da Pizza, conforme Acórdãos que citou, transcrevendo as ementas. Finaliza, comentando sobre os verdadeiros proprietários da empresa e pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 234/236 esta JJF converteu o presente processo em nova diligência para que o órgão responsável pelo desenquadramento do autuado do Simples Nacional, e procedimentos administrativos correlatos, informasse, anexando aos autos os documentos comprobatórios: a) se o contribuinte recebeu toda a documentação relativa ao Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, ou se existem documentos relativos ao desenquadramento que não foram entregues ao contribuinte; b) se houve, ou não, impugnação do sujeito passivo contra o seu desenquadramento, nos termos do art. 393-G do RICMS/BA, e a data de sua protocolização nesta SEFAZ; c) se esta impugnação contra o desenquadramento não houver sido apresentada pelo contribuinte, verificar se foi respeitado o decurso do prazo para a sua interposição antes das demais providências relativas ao desenquadramento do sujeito passivo; d) se, em tendo havido impugnação pelo contribuinte, foi o mesmo cientificado da resposta administrativa à sua impugnação, e em que data foi efetuada esta científicação.

Após o atendimento do quanto solicitado à INFIP, que a Inspetoria Fazendária entregasse ao contribuinte e ao autuante cópia do encaminhamento da diligência e dos novos documentos acostados aos autos, mediante recibo, concedendo o prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

Atendendo a diligência encaminhada por esta JJF, o Coordenador da Infaz Varejo prestou os seguintes esclarecimentos à fl. 244 do PAF:

1. A empresa tomou conhecimento de toda documentação relativa ao Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, em 02/09/2008, conforme ciência à fl. 69 do presente processo.
2. A empresa protocolou sob o nº 190985/2009-0, em 25/11/2009, impugnação ao Edital de Exclusão do Simples Nacional nº 02/2009 (fl. 240), publicado no Diário Oficial do Estado em 27/10/2009.
3. Foi indeferida a impugnação, conforme Parecer nº 22228/2009 (fl. 241), de 30/11/2009, e a empresa tomou ciência por intimação em 07/12/2009, através de correspondência via “AR” (fls. 242/243).
4. Os originais copiados (fls. 240, 241, 242 e 243) estão apensados no processo de nº 190085/2009-0.

O autuante tomou ciência das informações prestadas pela Coordenação de processos à fl. 244 dos autos, conforme está registrado à fl. 245, mas não apresentou qualquer manifestação.

À fl. 247, o presente PAF foi redistribuído para o atual relator porque a relatora anterior foi designada e assumiu como Conselheira da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Considerando a falta de comprovação nos autos de que o deficiente tomou conhecimento das informações prestadas pelo Coordenador da Infaz Varejo, esta JJF converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem para que fosse dado conhecimento ao sujeito passivo, com a entrega de cópia do documento à fl. 244 dos autos, mediante recibo, concedendo o prazo de dez dias para o deficiente se manifestar, querendo, sobre o documento a ele fornecido.

O autuado foi intimado na forma solicitada e apresentou manifestação às fls. 254 a 257 dos autos, aduzindo que esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal, mais uma vez, converteu o presente PAF em diligência à Inspetoria Fazendária de investigação e Pesquisa - INFIP, órgão responsável pelo

desenquadramento da empresa do Simples Nacional, a fim de que fossem supridos os questionamentos que motivaram a anterior solicitação de diligência, eis que não haviam sido fornecidas as informações fiscais solicitadas. Diz que foram feitos questionamentos atinentes aos motivos que teriam levado a empresa a ser excluída do Simples Nacional, mais especificamente aos documentos de que se valeu a Fiscalização para embasar tal decisão, confirmando-se a necessidade de comprovação por meio de diligência quanto à documentação constante do Relatório RIF nº 19/2008. Alega que tais questionamentos deveriam ser respondidos pelo referido Órgão, anexando-se aos autos os devidos documentos comprobatórios, e que o Coordenador da Diretoria de Administração Tributária da Região Metropolitana prestou informações às fls. 240 a 244, limitando-se a aduzir, superficialmente, que empresa teria sido cientificada, em 02 de setembro de 2008, de toda a documentação relativa ao Relatório RIF nº 19/2008. Afirma que a mera informação prestada não é hábil a comprovar a ciência dos documentos que instruíram o Relatório de Informação Fiscal por parte da Manifestante. Se o fosse, não teria sido designada nova diligência por esta JJF a fim de comprovar a veracidade das informações fornecidas pela Autuada. Entende que a controvérsia instaurada reside, primordialmente, na legalidade da acusação fiscal, quanto à comprovação dos fatos constantes do supracitado RIF nº 19/2008, uma vez que este serviu como substrato para a lavratura do presente Auto de Infração. Os supostos créditos de ICMS ora em cobrança são decorrentes da exclusão do autuado do Simples Nacional, em razão do Processo nº 175392/2009-5. Salienta que o citado processo decorreu das conclusões obtidas por meio do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, datado de 30 de julho de 2008, que o deficiente alega não estar amparado pela verdade material dos fatos investigados e não apresenta elementos capazes de comprovar a acusação perpetrada. Entende que as informações prestadas pela INFIP e os documentos acostados ao presente processo não foram capazes de dirimir a controvérsia, especialmente no que tange à constatação da utilização de “interpostas pessoas” por parte dos empresários componentes do suposto grupo econômico, o que invalida o lançamento realizado. Que a Fiscalização não trouxe elementos de provas suficientes à caracterização das “interpostas pessoas” e à comprovação de que as pessoas que compõem o quadro societário das sete empresas não recebiam os seus resultados nem praticavam atos de administração. Que o elemento motivador do presente Auto de Infração, para fins de constatação do recolhimento a menos de ICMS pelo autuado foi o Relatório RIF nº 19/2008, e o autuado afirma que carece de elementos probatórios capazes de justificar as constatações feitas pelos autuantes para motivar a exclusão do Simples Nacional com a consequente autuação. Conclui afirmando que não restam dúvidas quanto à nulidade do Relatório de Investigação Fiscal e que, ante a inexistência de documentos comprobatórios, reitera a todos os argumentos anteriormente firmados, pugnando pela improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 261 a 269 do presente PAF, dizendo que o autuado não acrescentou absolutamente nada de novo à sua defesa inicial (fls. 73 a 83) e posterior manifestação (fls. 215 a 222). Todos os argumentos apresentados já foram devidamente refutados na informação fiscal anterior (fls. 191 a 197) e na resposta à manifestação original (fls. 224 a 230), cujo teor das referidas peças o autuante ratifica integralmente. Salienta que todos os quesitos formulados pelo CONSEF à fl. 235, direcionados ao órgão responsável pelo desenquadramento da empresa do Simples Nacional foram respondidos de forma clara e objetiva pelo titular da Coordenação de Processos (fl. 244), tendo o mesmo inserido novos documentos probatórios ao PAF (fls. 240 a 243), clarificando ainda mais as questões formuladas inicialmente. Entende que, apesar das alegações apresentadas pelo autuado em sua nova manifestação às fls. 255 e 256, o PAF encontra-se fartamente documentado com provas cabais e irrefutáveis da utilização de interpostas pessoas na composição do quadro social da empresa, objeto da autuação fiscal, com o intuito de reduzir irregularmente a sua carga tributária de ICMS. Diz que as afirmações do autuado (fls. 255 e seguintes) não representam a almejada busca da “verdade material”, e que o processo de exclusão do autuado do Simples Nacional seguiu todas as etapas descritas nos PRS – Procedimentos e Rotinas Sefaz – disponibilizadas como Padrão Operacional Específico, sob o código POE-DAT-1163, conforme publicado na intranet da Secretaria da Fazenda. Lembra que a

empresa constituída com interposição de pessoas é motivo para exclusão de ofício do Simples Nacional, inexistindo ilegalidade alguma na ação fiscal, haja vista que existem provas concretas e documentadas, constantes do relatório da INFIP, obtidas mediante cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que o autuado se utilizou de artifícios para burlar a legislação do Simples Nacional, solicitando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo, assim, o seu imposto devido mensalmente, em razão das suas operações de vendas. Para atingir tal objetivo, o grupo dos citados empresários fracionou o seu negócio, constituindo empresas, mediante interposição de pessoas (sendo todas das suas próprias famílias), mantendo, contudo, o controle administrativo e econômico dessas empresas. Informa que o CONSEF tem reiteradamente proferido decisões no sentido de declarar a procedência dos Autos de Infração lavrados contra as empresas do grupo Companhia da Pizza, reproduzindo as ementas. Conclui dizendo que apesar de o autuado alegar que o RIF é nulo, as alegações defensivas não têm o mínimo fundamento. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa, alegando precariedade probatória do Procedimento Fiscal adotado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008. Entende que a fiscalização pautou-se única e exclusivamente no fato de que as diversas empresas, com exceção da MGM, explorarem o mesmo ramo de atividade e em todas elas haver parentes de um dos três empresários, ou algum deles.

Rejeito a preliminar de nulidade, tendo em vista que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

No mencionado Relatório de Investigação Fiscal – RIF constam os detalhes relativos ao desenvolvimento da apuração efetuada, com a descrição dos fatos, a caracterização dos vínculos entre as empresas, o histórico de cada uma delas, os elementos indiciários da fraude. Foi elaborado um organograma dos vínculos por parentesco das pessoas envolvidas na composição societária de cada uma das empresas, concluindo pela recomendação de que fossem realizadas fiscalizações nas empresas para efetuar cobrança retroativa pelo enquadramento indevido no SimBahia e Simples Nacional.

Ademais, Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração de nº 206925.0012/10-1 foi exarado Parecer PGE/PROFIS, com o entendimento de que o processo administrativo fiscal não é o meio processual adequado à discussão do RIF, nem mesmo quanto à efetiva exclusão do autuado do Simples Nacional, haja vista que o contribuinte poderia ter se manifestado no prazo estabelecido no Termo de Exclusão.

Em sustentação oral realizada na sessão de julgamento anteriormente realizadas por esta JJF, o defendant, por intermédio de seu Procurador, alegou que teve conhecimento da existência de um processo “de mais de mil páginas”, que segundo o Procurador do contribuinte, teria dado sustentação do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, que o autuado não teve acesso, por isso, estaria cerceado o seu direito de defesa.

Atendendo a diligência encaminhada por esta JJF, o Coordenador da Infaz Varejo informou à fl. 244 do PAF, que o autuado tomou conhecimento de toda documentação relativa ao Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, em 02/09/2008, conforme ciência à fl. 69 do presente processo, onde consta o Termo de Ciência assinado por preposto do contribuinte.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de nova diligência fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. A prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária a realização de perícia em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foram realizadas diligências fiscais e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado das mencionadas diligências.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão da perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime estabelecido pelo Simples Nacional, porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares deste regime, fato comprovado mediante ação fiscal, ficando sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Simples Nacional, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, conforme demonstrativo à fl. 06 dos autos.

De acordo com a descrição dos fatos, foi efetuada exclusão do Simples Nacional, com a cobrança retroativa do ICMS, por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, conforme documentos acostados ao Processo nº 175392/2009-5 e Relatório de Investigação Fiscal – RIF (fls. 48 a 69 deste PAF).

No Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, foi apresentada a conclusão de que houve enquadramento indevido do estabelecimento autuado no Simples Nacional, sugerindo o desenquadramento de todas as empresas e recomendado que fosse realizada fiscalização em todos os estabelecimentos, incluindo o autuado, com vistas a apurar o ICMS referente à cobrança retroativa pelo enquadramento indevido.

Foi informado no referido RIF, que em pesquisa no banco de dados da SEFAZ e da JUCEB, através dos sócios da empresa PATIO ITÁLIA IGUATEMI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., foram encontradas as empresas TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (IE 67.653.287), TOKAI BARRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (IE 69.877.279), MAOTAI ALIMENTOS LTDA (IE 53.344.966), MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (IE 73.753.306), QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA (IE 57.170.992) e MGM COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA (IE 46.456.078), todas com a participação societária dos Srs. LUIZ AUGUSTO DO VALE DÓRIA, MURCIO DE ALMEIDA DIAS, ANTONIO VALÉRIO DE CARVALHO NETO e seus familiares, conforme tabela ilustrativa de vínculos entre empresas, elaborada no Relatório RIF (fl. 51 do PAF). Assim, conforme recomendado, foi realizada fiscalização efetiva das empresas.

O autuado foi excluído do Simples Nacional (com efeitos retroativos a 01/01/2008), conforme cópia do Edital publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia e Termo de Exclusão do SIMBAHIA à fl. 42 do PAF.

Foi concedido o prazo de trinta dias e o autuado apresentou impugnação de exclusão do Simples Nacional, tendo sido indeferido o pedido, conforme (fls. 241/242 do PAF), constando cópia do Aviso de Recebimento à fl. 243 dos autos, comprovando a entrega da mencionada decisão.

Vale salientar, que neste PAF não caber discutir a validade do RIF, nem mesmo quanto à efetiva exclusão do autuado do Simples Nacional, haja vista que o contribuinte teve o prazo de defesa para impugnar sua exclusão, apresentou recurso no prazo estabelecido no Termo de Exclusão, tendo sido indeferido o recurso, com a determinação de que fosse excluído o estabelecimento autuado do Simples Nacional, de acordo com o previsto no inciso IV do art. 5º da Resolução CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional) nº 15/2007.

Constatou que o presente Auto de Infração encontra-se fundamentado na exclusão do contribuinte do Regime do Simples Nacional, conforme estabelecem os artigos 3º, § 4º, incisos III, IV e V da Lei Complementar nº. 123/06 e no art. 5º, inciso IV da Resolução CGSN nº 15, datada de 23 de julho de 2007.

O autuado alegou que Fiscalização não trouxe elementos de provas suficientes à caracterização

das “interpostas pessoas”. Que o elemento motivador do presente Auto de Infração, para fins de constatação do recolhimento a menos de ICMS pelo autuado foi o Relatório RIF nº 19/2008, mas o autuado entende que o referido Relatório carece de elementos probatórios capazes de justificar as constatações feitas pelos autuante para motivar a exclusão do Simples Nacional com a consequente autuação.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que foram adotadas todas as providências previstas na legislação, inclusive com a concessão de prazo e impugnação da exclusão do Simples Nacional, cujo pedido foi indeferido pela autoridade competente para a devida apreciação, não cabendo fazer nova avaliação, nesta fase processual.

Em relação à exclusão do Simples Nacional, transcrevo os artigos 28 e 29, inciso IV da Lei Complementar 123/2006, e os arts. 387 e 393-E do RICMS/BA:

Lei Complementar 123/2006:

“Art.28 A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

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

...

IV-a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;”

RICMS/BA:

“Art. 387. As microempresas e empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão às normas de tributação aplicáveis aos demais contribuintes do ICMS, podendo, se for o caso, optar pelo regime de apuração em função da receita bruta.”

“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”.

Observo, ainda, que o cálculo do imposto exigido foi efetuado mediante apuração do resultado mês a mês, considerando a Receita Bruta do estabelecimento. Foi apurado o ICMS devido e deduzidos os valores recolhidos em cada mês, e o autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal. Portanto, não foi trazido na impugnação, qualquer elemento que demonstrasse dúvida quanto aos dados numéricos do levantamento fiscal.

Concluo pela subsistência da autuação fiscal, haja vista que legislação prevê a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SIMPLES NACIONAL, a empresa constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, sendo este um dos casos de exclusão de ofício.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Vale salientar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 159, do RPAF/99.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de

intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

Não me parece que esteja sendo seguido o devido processo legal neste julgamento. O órgão julgador solicitou elementos relevantes, e os elementos solicitados não vieram aos autos.

Note-se que esta Junta deliberou que o processo fosse retirado de pauta e fosse remetido em diligência à INFIP e depois à INFAZ de origem para juntada de determinados instrumentos, e em resposta foi simplesmente informado que os elementos probatórios não seriam anexados.

O motivo da exclusão do contribuinte do cadastro do Simples Nacional é precisamente o fato que implicou a lavratura deste Auto de Infração. A relação jurídica é uma só, pois não há como separar a causa de seu efeito.

O Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81 prevê:

“Art. 128. Instaura-se o Processo Fiscal na esfera administrativa:

- I – quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando lançamento de crédito tributário;
- II – quando da apresentação de petição, pelo contribuinte, impugnando qualquer medida ou exigência fiscal imposta.”

Note-se que o Código, no art. 128, chama de processo fiscal administrativo não somente aquele relativo à impugnação de lançamento de crédito tributário (inciso I), mas também aquele em que haja impugnação de “qualquer medida ou exigência fiscal imposta” (inciso II).

No caso em exame, se o órgão julgador não tem acesso aos elementos atinentes aos fatos que implicaram o lançamento do crédito tributário, esvai-se o conteúdo do processo, não havendo o que julgar.

À INFIP compete apurar os fatos atinentes a irregularidades porventura existentes, porém não é a INFIP que procede à exclusão do contribuinte do Simples, ela apenas sugere.

Diante da opinião da INFIP, o inspetor exclui o contribuinte do regime, porém ele não “julgá” a acusação, ele apenas, acatando a sugestão da INFIP, procede à exclusão do contribuinte do regime do Simples.

Caso o contribuinte queira, pode apresentar pedido de reconsideração ao inspetor, mas não “recurso”, pois o conceito de recurso pressupõe que quem o apreciará seja um órgão distinto daquele cuja medida ou decisão é questionada.

Mas, afinal, quem é que julga a impugnação do contribuinte quanto à “medida fiscal imposta”, ou seja, quanto à exclusão?

A resposta é dada pelo Código – Lei nº 3.956/81: se o contribuinte não se conforma com o ato do inspetor, que é uma medida imposta contra o contribuinte, quem tem competência para apreciar a impugnação é o CONSEF, através de suas Juntas, na primeira instância, e através de suas Câmaras, em segunda instância. Isso está previsto com todas as letras no inciso II do art. 128 do COTEB.

A previsão da competência do CONSEF neste sentido encontra-se no art. 140 do COTEB:

“Art. 140. O julgamento do processo administrativo fiscal compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF).”

Na regulamentação dos arts. 128 e 140 do COTEB, o RPAF prevê no art. 176 que compete ao CONSEF julgar em primeira instância os processos administrativos fiscais através de suas Juntas de Julgamento, e em segunda instância através de suas Câmaras.

Neste caso, não foram carreados aos autos os elementos solicitados na diligência.

O lançamento seria nulo, por falta de tais elementos.

Porém consta nos autos que outros Autos de Infração lavrados em face do mesmo relatório de investigação foram julgados procedentes. Embora não me sinta convencido de que esteja sendo seguido o devido processo legal, submeto-me à opinião da maioria.

Acompanho, com essas ressalvas, o voto do nobre Relator, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0010/10-9**, lavrado contra **MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$12.322,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/ VOTO EM SEPARADO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA