

PROCESSO - A. I. Nº 083440.0086/12-9
RECORRENTE - MAO TAI ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0165-01/13
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 13.11.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0426-13/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. EXCLUSÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. O autuado limitou-se a arguir a nulidade do lançamento de ofício, sob o fundamento de absoluta precariedade probatória do procedimento fiscal. Consignou o seu inconformismo quanto ao resultado apresentado no Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, no qual restou comprovado que a empresa era administrada por interposição de pessoas cujos empresários administradores, de fato, participavam da composição societária de outras empresas, o que implicou no seu desenquadramento do regime simplificado de apuração do imposto. Correta a exigência fiscal. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitada a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0165-01/13, por ter julgado Procedente o Auto de Infração nº 083440.0086/12-9, que imputou à Recorrente o recolhimento a menos de ICMS referente a comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, acrescido da multa de 60%

Após regular apresentação de impugnação pelo sujeito passivo, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal exarou Acórdão nº 0165-01/13 por meio do qual julgou procedente o Auto de Infração nos seguintes termos:

Em verdade, constato que o impugnante argui a nulidade do lançamento de ofício sob o fundamento de absoluta precariedade probatória do procedimento fiscal, apresentando o seu inconformismo quanto ao resultado apresentado no Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, que considerou a existência de um Grupo Econômico formado pelas empresas i) Patto 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, das quais seriam sócios de fato apenas os senhores Murcio de Almeida Dias, Luis Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto.

Certamente que o momento próprio para que o impugnante rechaçasse o resultado apresentado no Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008 – que culminou no seu desenquadramento do regime simplificado – seria dentro do prazo que lhe foi concedido, após a ciência do referido relatório, pela autoridade competente, no caso o Inspetor Fazendário.

Não resta dúvida que, no presente momento, não há como esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar as razões defensivas sobre o Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008 e o seu consequente desenquadramento. Primeiro, por faltar-lhe competência. Segundo, por ser intempestiva, considerando que no momento próprio não foram apresentadas a autoridade competente.

Desse modo, não há como prosperar a nulidade arguida sob este fundamento.

No que tange à realização de diligência/perícia, considero que os elementos existentes nos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide, motivo pelo qual indefiro uma possível postulação nesse sentido, com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, II, “b”, do RPAF/99.

No mérito, constato que o autuado nada trouxe na impugnação que pudesse elidir a autuação.

Na realidade, limitou-se a arguir a nulidade do lançamento por discordar do resultado apresentado pelo Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, conforme discorrido acima.

Diante disso, o Auto de Infração é subsistente, pois lavrado em razão de o contribuinte ter apurado e recolhido o imposto como optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, quando deveria ter apurado e recolhido o imposto devido pelo Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, com aplicação da alíquota de 5%, conforme previsto no art. 504, do RICMS/BA/97.

No que concerne à arguição de que a multa de 60% deve ser “desconsiderada” por ser confiscatória, cabe observar que esta tem previsão no art. 42, da Lei nº. 7.014/96, não tendo este órgão julgador competência para apreciar a sua inconstitucionalidade, consoante estabelece o art. 167, I, do RPAF/97.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Desta decisão, o sujeito passivo apresentou tempestivamente Recurso Voluntário alegando, preliminarmente a nulidade do lançamento realizado por absoluta precariedade probatória do procedimento fiscal no que diz respeito à suposta constituição de empresas através de interposição fraudulenta. Requer, também, 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 em razão da ausência de prova da ocorrência do qual alegado no bojo do RIF.

Continua em suas razões recursais alegando que, caso superada a preliminar de nulidade, é de se notar que o autuante equivocou-se no que diz respeito ao desenquadramento do Simples Nacional por entender que a ora Recorrente fazia parte do suposto grupo denominado 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 no RIF de que a sociedade é composta de pessoas interpostas. Continua dizendo em seu Recurso Voluntário 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, que 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 06/07/2000 (MAOTAI ALIMENTOS LTDA - CNPJ nº 03.866.536/0001-82).

Por fim, alega que a multa de 60% imposta tem caráter confiscatório. Para abalizar sua tese cita a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello e Sacha Calmon Navarro, bem como transcreve decisão do STF no julgamento do RE 91.101, pedindo, então, o cancelamento da multa diante de sua ilegalidade e caráter confiscatório.

Alfim, requereu a nulidade da decisão de primeira instância para que sejam apreciadas as questões omitidas quando do julgamento, esgotando-se a verdade material. Requer, ainda, seja declarada a ilegalidade do lançamento tributário, extinguindo-se o PAF em tela. E caso não reconhecida a nulidade do lançamento, requereu que a multa fosse cancelada por ter caráter confiscatório e violar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

É o que me cabe relatar.

VOTO

No que diz respeito à preliminar de nulidade do lançamento, entendo que esta não deve prosperar uma vez que não consigo enxergar qualquer vício que possa macular o PAF em tela. Entendo que a Junta de Julgamento Fiscal analisou à exaustão a matéria versada neste PAF e foi analisada toda argumentação trazida pela Recorrente em sua Impugnação, não podendo se falar em qualquer omissão da 1ª JF. Afasto a preliminar argüida.

No mérito, melhor sorte não assiste ao Recorrente.

Em relação a alegação de inexistência de grupo econômico, em verdade me parece que o Recorrente pretende discutir nestes autos o ato de exclusão do Simples Nacional. Noto que no caso em tela o sujeito passivo foi excluído de ofício através do Termo nº 204143/2009, tudo com espeque nos artigos 5º, inciso IV, e 6º, inciso VI, da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/07, bem como na Lei Complementar 123/03, que prevê em seu art. 29, IV a possibilidade de exclusão de ofício do regime simplificado quando ocorrer a constituição de empresa através de interposta pessoa, como no caso em tela.

Ainda, importante notar que a ora Recorrente foi notificada da sua exclusão do regime, conforme art. 393-F do RICMS, mas ficou-se inerte e não apresentou impugnação oportunamente. Lá seria o foro oportuno para discutir a sua exclusão e a constituição ou não de empresas através de interposta pessoa. Há, inclusive, nestes autos, extrato de consulta ao site do Simples Nacional que confirma a exclusão do Recorrente, como determinado pelo art. 393-H do RICMS/97.

Por fim, 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.

Diante do que foi até aqui visto, entendo que o Auto de Infração é subsistente, pois lavrado em razão de o contribuinte ter apurado e recolhido o imposto como optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, quando deveria ter apurado e recolhido o imposto devido pelo Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, com aplicação da alíquota de 5%, conforme previsto no art. 504, do RICMS/BA/97, já que fora regularmente excluído do Simples. Ainda, é importante ressaltar que o débito foi apurado com base nos valores lançados no livro Registro de Saídas (fls. 21 a 31 dos autos), com base nas alíquotas de 5% e 4% uma vez que o autuado é 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. Por isso tudo, considero que o lançamento não contém qualquer mácula e, portanto, o Auto de Infração é procedente. Assim, não acolho as alegações defensivas, negando, por conseguinte, provimento ao Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **083440.0086/12-9**, lavrado contra **MAO TAI ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.216,75**, 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, 16 de outubro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

EDMUNDO JOSÉ BUSTANI NETO – RELATOR

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