

A I. N.º. - 083440.0086/12-9
AUTUADO - MAO TAI - ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - SUZANA QUINTELA NUNES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09. 08. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-01/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/12/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$8.216,75, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de recolhimento a menos de ICMS referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 39 a 49) consignando que se trata de Sociedade Empresária atuante no ramo alimentício e tem como objeto o comércio de alimentos e bebidas em geral, restaurante e bar, conforme se depreende do seu Estatuto Social.

Diz que de acordo com a autuação o suposto crédito tributário de ICMS exigido, decorreu do fato de ter sido indevidamente excluído do Simples Nacional, em razão do PAF nº 175392/2009-5. Registra que o referido processo foi fundamentado a partir das conclusões obtidas por meio do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, datado de 30/07/2008.

Aduz que o referido Relatório considerou a existência de um suposto Grupo Econômico Familiar formado pelos sócios que se utilizavam dos seus familiares na forma de “*sócios interpostas pessoas*” de modo a poder extrapolar o limite da receita ajustada bruta permitida pela legislação de regência do Simples Nacional.

Assinala que fora uma das empresas enquadradas como sendo do “Grupo Companhia da Pizza”, de modo que a sua receita ajustada bruta foi somada a das outras empresas supostamente componentes do Grupo para determinação da Receita Bruta Ajustada dos referidos Empresários. Afirma que, em que pese o extenso trabalho desenvolvido pela Fiscalização quando da elaboração do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, este não está amparado pela verdade material dos fatos

investigados e, como consequência disso, há de se reconhecer a improcedência do presente lançamento, ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Argui a nulidade do lançamento de ofício por absoluta precariedade probatória do procedimento fiscal.

Registra que compulsando o Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, percebe-se que a Fiscalização considerou a existência de um suposto 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*, das quais seriam sócios de fato apenas os senhores Murcio de Almeida Dias, Luis Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto.

Alega que a Fiscalização se pautou, única e exclusivamente, no fato de as diversas empresas, exceto a MGM, explorarem o mesmo ramo de atividade e em todas elas haverem parentes dos três empresários, ou de algum deles, contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a vedação à associação de parentes com fins empresariais. Acrescenta que a Constituição Federal assegura a livre associação e a livre iniciativa. Diz não ser conhecida qualquer norma que disponha expressamente, por exemplo, que a associação de familiares pressupõe ocorrência de ilícito fiscal.

Sustenta que se percebe com clareza hialina que a Fiscalização se utilizou no RIF nº 19/2008 de uma presunção que não encontra nenhum respaldo legal.

Observa que só há que se falar em “Interpostas Pessoas” caso seja possível comprovar, 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. Frisa que estas informações poderiam ser facilmente obtidas da análise de documentos pessoais dos sócios das empresas, os quais o Fisco tem pleno acesso pelo exercício de sua função, tais como declarações do Imposto de Renda, podendo, assim, verificar que esta hipótese fraudulenta não se enquadra no presente caso.

Assevera que só haveria que se falar em “Interpostas Pessoas” caso fossem unicamente os três citados empresários que percebessem, juridicamente, em todas as empresas, os respectivos dividendos, de modo que os seus parentes figurassem no quadro societário das mesmas com o objetivo único de que fosse respeitado o limite legal do Simples Nacional, conforme imaginou a Fiscalização, sem que auferissem os resultados das suas participações

Assegura que dessa forma, a postura adotada pela Fiscalização, como visto, 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 9.784/99, pois está suportada apenas em presunções, não tendo sido colhidas as provas necessárias a desvendar a verdade material dos fatos.

Afirma 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. Nesse sentido, invoca e reproduz o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Salienta que para poder desconstituir as presunções jurídicas vigentes em favor dos contribuintes, tem o Agente Fiscal que descrever e comprovar a ocorrência dos fatos que justifiquem a sua conduta, ou seja, não basta que haja uma presunção da ocorrência de um ilícito tributário, tem o Fisco que carrear o procedimento de lançamento com todos os documentos que comprovam o quanto por ele alegado e que demonstrem, de maneira inequívoca, o crédito tributário, devendo tal ato ser sempre motivado, sob pena de nulidade por desrespeito aos princípios constitucionais contidos no art. 37 da Magna Carta e nos arts. 2º e 50 da Lei 784/99, pois pretendeu a Fiscalização

inverter o ônus da prova que lhe incumbe, cerceando o direito o seu direito constitucional de ampla defesa.

Reitera que não restam dúvidas de que o RIF que ensejou a sua exclusão do Simples Nacional é completamente nulo, por carecer dos elementos que lhe são necessários, maculando, por consequência, o Auto de Infração em lide, por estar este diretamente ligado ao quanto apurado no bojo daquele.

Conclui afirmando que há que ser declarada a nulidade do presente lançamento, 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, conforme visto.

Continuando, reporta-se sobre o princípio da verdade material, observando que este encontra o devido albergue na redação do art. 2º, *in fine*, do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, bem como no art. 2º do RPAF, aprovado pelo Decreto de nº 7.529/99.

Aduz que no processo administrativo fiscal, predomina tal princípio, no sentido de que, nele, busca-se descobrir se realmente ocorreu ou não, o fato gerador do tributo. Acrescenta que para formar sua convicção, pode o julgador mandar realizar diligências ou perícias, conforme for o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo.

Registra que este CONSEF, por meio dos membros que compõem suas Juntas e Câmaras, tem mostrado o bom hábito de converter processos em diligência ou perícia fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito.

Ressalta que na busca da verdade material a regra basilar é que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco, cabendo a ele provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Afirmar que somente deve haver inversão do ônus da prova, para transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressa da norma legal nesse sentido.

Menciona que o princípio da inquisitorialidade, devidamente aplicável ao ramo do Direito Tributário, o fato gerador deve ser apurado “*ex officio*”, devendo a autoridade julgadora administrativa presidir a determinação do modo e da extensão dessa apuração, não estando adstrita, apenas, às alegações e provas produzidas pelas partes, no caso, o autuante e autuado.

Salienta que se reconhecendo a inquisitorialidade como princípio ínsito à atividade administrativo-tributária, as autoridades devem, sempre, atentar-se para as normas que regulamentam o processo administrativo fiscal, no tocante a ir em busca de novas provas, determinando, a pedido do sujeito passivo ou de ofício, a realização de perícias ou diligências necessárias, bem como a resposta de quesitos feitos pelo sujeito passivo, que visem a esclarecer os fatos conectados com o lançamento do crédito tributário.

Prosseguindo, diz que caso seja ultrapassada a preliminar aduzida acima, a Fiscalização se equivocou, também, quando do seu enquadramento enquanto parte do suposto Grupo Econômico Companhia da Pizza, pois, conforme se depreende do RIF, entendeu que teria o seu quadro societário composto pelos senhores Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, somando-se, portanto, a sua receita ajustada bruta a receita ajustada bruta das outras empresas das quais supostamente seriam sócios os referidos empresários, extrapolando o limite de Receita Ajustada Bruta imposto pela legislação do Simples Nacional.

Afirma que o simples fato de ter figurado no seu quadro societário pessoa física que possui 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.

Assevera que para que se configure a ocorrência da utilização de *interpostas pessoas*, é preciso que se prove, previamente, que as pessoas tidas como interpostas não percebem os frutos das empresas.

Sustenta que há de ser conhecida a total improcedência do lançamento, haja vista que está enquadrado em tudo 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, a qual deve obediência.

Argui que a multa no percentual de 60% é confiscatória, sendo abusiva e viola os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Invoca e reproduz lições de Celso Antônio Bandeira de Melo, Sacha Calmon Navarro, nesse sentido. Transcreve ainda jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido.

Afirma que outra não pode ser a solução no que tange à sujeição da multa aplicada senão o seu cancelamento, em virtude de seu caráter nitidamente confiscatório.

Finaliza a sua peça de defesa requerendo:

- que seja declarada a nulidade da decisão administrativa de primeira instância, retornando os autos à instância inferior para que sejam apreciadas as questões omitidas quando do julgamento, esgotando-se a busca pela verdade material;
- caso se entenda que existem nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da nulidade do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 19/2008, que seja declarada a ilegalidade do lançamento de ofício em lide, determinando a sua imediata extinção;
- em caso de se entender pela procedência do Auto de Infração, que seja desconsiderada a multa aplicada no percentual de 60%, por revelar-se absolutamente abusiva e violadora dos princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

A autuante prestou informação fiscal, às fls. 82 a 84, afirmando que o impugnante conduz sua contestação buscando desconsiderar o relatório apresentado pela INFIP, no RIF 19/2008, que concluiu pela existência de um grupo econômico, formado por familiares, com o intuito de se enquadrar no regime do Simples Nacional e com isso recolher menos imposto que o devido.

Diz que o impugnante pede a nulidade do lançamento de ofício, menciona a Constituição Federal, e os argumentos relatados, contudo, não há motivo para que o pedido seja atendido.

Contesta a argumentação defensiva sobre a realização de diligência, asseverando que inexistente dúvida sobre a base de cálculo e o imposto devido, sendo bastante claro o lançamento.

Aduz, quanto à argumentação defensiva sobre o caráter confiscatório da multa, que não lhe cabe apreciar já que exerce uma atividade vinculada. Registra que o CONSEF já se pronunciou sobre esta matéria, conforme se verifica às fls. 76 a 81.

Conclui mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, devo registrar que não vislumbro no lançamento de ofício em exame qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade. Verifico que inexistiu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99. É possível determinar, com segurança, a infração, o infrator, o autuado, e o montante do débito.

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) 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, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **083440.0086/12-9**, lavrado contra **MAO TAI - ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, 18 de julho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR