

AI. Nº - 110120.0004/07-7
AUTUADO - G. CARDOSO COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 06/10/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0255-03/10

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Restou comprovado que a empresa foi constituída por interposição de pessoa que não era efetivo sócio ou proprietária, por não comprovar capacidade econômico-financeira e foi desenquadrada do regime SIMPLIFICADO por utilizar declaração falsa na sua constituição. O imposto foi apurado corretamente pelo regime normal com dedução do imposto recolhido no regime que foi desenquadrado. Não acatada as preliminares de nulidade suscitadas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/2007 e exige ICMS no valor total de R\$99.589,42, relativo aos exercícios de 2002 a 2005, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos, por erro na apuração do imposto. Consta, na descrição dos fatos, que “A empresa faz parte do Grupo Cold Air e foi alvo de uma informação fiscal (cópia anexa) no curso da qual foram constatadas varias irregularidades. Na conclusão do inquérito foi determinado o desenquadramento da empresa, com base no Artigo 408 L incisos II e IV do RICMS em vigor, do regime SIMBAHIA para o regime Normal. Efetuado o desenquadramento constatamos que a empresa tem ICMS a recolher no exercício de 2002 no valor de R\$394,81, tudo conforme demonstrativo anexo cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Exercício de 2003 – Valor do ICMS a recolher R\$32.420,24 (desenquadramento). Exercício de 2004 ICMS a recolher no valor de R\$62.829,86 (desenquadramento). Exercício de 2005 deixou de recolher parte do ICMS devido no mês de referência dezembro de 2005 no valor de R\$3.944,51. O valor do saldo devedor do mês 12/2005 era de R\$15.778,04 e foram recolhidas três parcelas de R\$3.944,51, respectivamente nas datas 09/01/2006, 23/02/2006 e 20/03/2006, totalizando R\$11.833,53. Tudo conforme demonstrativo anexo com cópia para o contribuinte. Em 2006 a empresa não teve movimento comercial (...)”.

Constam, à fl. 05, 08, e 12, demonstrativos intitulados “Cálculo do ICMS a Recolher Desenquadramento” referentes aos exercícios de 2002 a 2004; à fl. 15, Levantamento fiscal do ICMS lançado e não recolhido do exercício de 2005; às fls. 06/07, 09, 13 cópias de DMES dos exercícios 2002, 2003 e 2004 do autuado; às fls. 10 e 14, Relação de DAEs do autuado, exercícios de 2003 e 2004; à fl. 11, Levantamento fiscal do ICMS recolhido em 2004. Às fls. 16 a 38, Relatório intitulado “Investigação Fiscal Grupo Cold Air”, expedido pela Inspetoria de Fiscalização de Varejo/SEFAZ.

O autuado, por intermédio de advogado com Procuração à fl. 48, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 42 a 47, inicialmente descrevendo os termos da imputação e, a seguir, aduzindo que “Não foi indicado o dispositivo legal da multa aplicada ” Prossegue dizendo que a autuação estaria comprometida com irregularidades e argui a sua nulidade.

1. “De início a intimação se fez em pessoa estranha aos quadros da autuada, o que retardou o conhecimento da autuação fiscal.”;
2. O Auto de Infração não teria indicado dispositivo legal aplicável à infração sancionada com a multa, o que dificultaria o exercício da defesa;
3. A descrição dos fatos não atenderia ao artigo 39, inciso III, do RPAF/99, porque não teria sido “clara, precisa e sucinta, limitando-se a fazer indicação de uma investigação fiscal que teria apurado irregularidades. Contudo não descreve estas irregularidades no auto de infração, o que é exigido pelo RPAF”;
4. Apenas as presunções estabelecidas em lei de modo razoável seriam admissíveis, e as presunções levantadas na investigação fiscal não estariam previstas em lei, nem seriam razoáveis, além de que “estes fatos coincidentes não estão elencados como presunções legais.”

O contribuinte passa a alegar a improcedência da autuação, afirmando que os artigos tidos como infringidos seriam os incisos II e IV do artigo 408 L do RICMS/BA. Que estes dispositivos dizem que perderão o direito à adoção do Regime Simplificado de apuração do ICMS – SIMBAHIA as empresas que optarem pelo enquadramento utilizando-se de declarações inexatas, ou falsas; ou constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios, ou proprietários. Que a autuação não indicaria quais foram as declarações falsas, ou inexatas, de que se utilizou a empresa, “até porque não poderia”; que a indicação e prova da inexatidão, ou falsidade das declarações, é dever dos autuantes.

Afirma que a acusação de que a empresa é constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios, ou proprietários, “pode-se dizer que tal imputação é incorreta, além de incoerente.” Que ele, empresa autuada, “foi criada com a ajuda de Maria da Conceição Gomes Cardoso valente, que resolveu criar uma empresa para um de seus filhos com a ajuda de uma empregada mais experiente”, querendo amparar este filho economicamente. Que a promoção de empregados mais velhos e experientes à condição de sócio é uma política seguida por muitas empresas. Que, “No caso, também se pretendeu conjugar a experiência de empregados de confiança com a inexperiência empresarial dos filhos.” Que a transferência de valores para filho e empregados, para integralizar o capital da sociedade, foi feito de forma transparente, conforme declarações de rendimentos. Que cada empresa segue com autonomia, comprando e vendendo, sendo raras as vezes em que a Sr^a Maria da Conceição teria ajudado as empresas dos filhos e de suas irmãs. Que o fato de dar “o seu imóvel em garantia de empréstimo da empresa do filho” seria prática corrente no mercado, entre amigos, ou parentes, que querem ajudar uns aos outros. Que o autuado seria uma empresa real “e que seus sócios não são fictícios ou laranjas.” Que nada de ilegal, ou irregular, foi praticado.

O sujeito passivo aduz que as coincidências de ramo de atividade, que não seriam iguais, porque os segmentos variariam; e “de contador não são determinantes, bem como o fato de haver parentesco.” Que tais fatos são comuns. Que se repudia a existência de um grupo de empresas comandado por Sr^a Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente. Que trata-se de presunção sem origem legal e sem condição de “conduzir às conclusões que inspiraram a ação fiscal.” Que as provas documentais comprovam que a mencionada Sr^a não seria titular, ou sócia, da empresa autuada. Que a investigação ter-se-ia pautado em “ódio” de ex-empregada denominada Selma Maria dos Santos Batista, que “fraudou os recolhimentos de ICMS da empresa, apossando-se dos valores alheios.”

O contribuinte passa a falar que teria havido erros no cálculo do tributo lançado no Auto de Infração, porque “indicou-se como base de cálculo de 31.12.02 a quantia zero, sob a qual faz-se incidir a alíquota de 17% e se encontra (...) R\$384,81”. Afirma q cálculo do crédito “se aplique apenas 8%, quando se sabe que a ali Conclui pedindo, sucessivamente, pela declaração de nulidade e de

O sujeito passivo anexa, às fls. 49 e 50, documentos bancários; às fls. 51 a 69, Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física, respectivamente, de Selma Maria dos Santos Batista, Lucas Cardoso valente, e Maria da Conceição Gomes Cardoso valente; às fls. 70 e seguintes, cópias de notas fiscais.

A autuante, em sua informação fiscal à fl. 75, expõe que a ação fiscal foi baseada no resultado do Relatório da Investigação Fiscal anexado às fls. 16 a 38, que concluiu pelo desenquadramento do contribuinte do regime SIMBAHIA para o regime normal, de acordo como artigo 408 L, incisos II e IV, do RICMS/BA. Aduz que as razões que levaram à exclusão do contribuinte daquele regime encontram-se detalhadas no mencionado Relatório. Que o desenquadramento foi efetuado desde o exercício de 2002, até o exercício de 2004, com demonstrativos anexados às fls. 05, 08, 11 e 12 do presente PAF. Que, no exercício de 2005, a empresa já estava sob regime normal de apuração de imposto, e que neste exercício de 2005 foi exigido parte do ICMS devido no mês de dezembro. Que o cálculo para o desenquadramento foi realizado considerando o valor declarado como vendas nos exercícios de 2002 a 2004, e sobre estes valores foi concedido o crédito de 8%. Que, como a maior parte das mercadorias adquiridas são provenientes de Estados cuja alíquota interestadual é de 7%, o crédito presumido de 8% beneficia o contribuinte. Que, do valor assim apurado, foram deduzidas as parcelas pagas do ICMS mensal, e ICMS devido por antecipação parcial. Conclui solicitando o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

À fl. 78 esta 3ª JJE, em pauta suplementar, considerando as alegações defensivas de que a intimação do repente Auto de Infração teria sido assinada por pessoa estranha aos quadros da empresa, tendo sido argüida a ocorrência do cerceamento de defesa e ao contraditório, deliberou por converter o processo em Diligência à INFAZ de origem para que a autuante identificasse a pessoa que assinou o Auto de Infração às fls. 02 e 03, e a função exercida na empresa.

A autuante cumpriu a Diligência à fl. 81, expondo que o autuado estava sem movimento comercial desde 2006, consoante consta à fl. 01 deste PAF. Que o antigo contador da empresa não era mais o responsável pela sua escrita fiscal e contábil, tendo os seus documentos fiscais entregues ao Fisco pelo Sr. Euvaldo Figueredo, CRC nº 8810-BA, contador de várias empresas do Grupo, consoante documento de fl. 35 dos autos. Que a Srª Maria de Fátima Neves Gomes compareceu à repartição fiscal acompanhada pelo Sr. Euvaldo Figueredo, identificou-se como gerente do estabelecimento e assinou o presente Auto de Infração.

Às fl. 82, consta Aviso de Recebimento – AR expedido pelos correios, assinado por Sr. Marcelo Costa Valente - identificado à fl. 83 como sócio da empresa - referente ao Termo de Intimação e recibos de cientificação dos documentos de fls. 78 a 81, atinentes à Diligência requerida.

O contribuinte volta a manifestar-se nos autos às fls. 86 e 87, por intermédio de seu advogado, aduzindo que atende ao pedido da Diligência expondo que a intimação do Auto de Infração teria sido irregular, “pois não se fez na pessoa de gerente ou preposto da autuada.” Disse que não lhe caberia fazer prova de que “não tem nenhuma empregada, preposta ou gerente com o nome de Fátima Maria Neves Gomes, pois o Direito não exige prova negativa. Cabe, assim, aos autuantes fazer a prova da sua contestação...Contudo, a autuada não se exime de colaborar com a Justiça Administrativa Fiscal. Tanto assim é que junta cópia de sua relação de empregados, para demonstrar que a citada pessoa não é e não era, desde 01 de junho de 2005, sua empregada, preposta ou gerente. Realmente, consoante a documentação anexa, Maria de Fátima Neves Gomes deixou de ser empregada da autuada em 31 de maio de 2005, de modo que não tinha legitimidade para receber intimação em nome da empresa autuada em abril de 2007. A intimação recebida por ela é nula. O contrato social não indica a aludida pessoa como sócia e muito menos como gerente da autuada.” Volta a pedir o acolhimento da “preliminar de nulidade argüida”

O contribuinte acosta, às fls. 89 a 92, cópia de Livro de Emprego Empregado de Srª Fátima Maria Neves Gomes.

À fl. 95, a autuante pronuncia-se aduzindo que, na cópia de Livro registro de Empregados, às fls. 89 a 92, inexistente a assinatura da funcionária no campo da data de demissão, à fl. 92 dos autos. Que à fl. 81, ela, autuante, demonstra as condições em que o Auto de Infração foi assinado. Que o contribuinte apresentou impugnação ao lançamento de ofício às fls. 43 a 47 do processo, pelo que não há justificativa para o pedido de declaração de nulidade baseado na tese de cerceamento de defesa, pelo que sugere que o mesmo não seja acatado por este CONSEF.

Encaminhado o PAF para julgamento, o contribuinte, por intermédio de seu advogado, em sustentação oral reprisou termos das impugnações, citou o artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional – CTN; argüiu que houve aporte de receita por empréstimo da mãe do sócio “Marcelo”, sustentando os termos da impugnação inicial, inclusive o pedido de declaração de nulidade; reiterou o pedido de declaração de improcedência.

Às fls. 98 e 99, considerando os argumentos defensivos; considerando que os levantamentos fiscais acostados ao Auto de Infração não continham a assinatura da autuante, e que não havia prova de que o autuado houvesse recebido cópia dos mesmos; considerando que no demonstrativo do débito do Auto de Infração, constava o valor “zero” como base de cálculo dos créditos tributários exigidos nos exercícios de 2002 e de 2004; considerando, ainda, que embora nos demonstrativos fiscais os valores de imposto a recolher nos exercícios de 2003 e de 2004 estejam calculados por período mensal de apuração, no demonstrativo de débito do Auto de Infração estão lançados em data única de ocorrência, no último mês de cada exercício; considerando, a busca da verdade material, e a necessidade de garantir o direito de ampla defesa do sujeito passivo, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, em sessão de julgamento, por converter o PAF em diligência à INFAZ de origem para que fossem adotadas as seguintes providências pela autuante: 1. Com base nos demonstrativos do levantamento fiscal, às fls. 05, 08, 11, 12 e 15 do processo, elaborasse novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, lançando, por período mensal de apuração, a base de cálculo e o correspondente imposto exigido, assinando-o; 2. Em relação ao demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 05, referente ao exercício de 2002, cuja base de cálculo do ICMS lançado fôra questionada pelo sujeito passivo, indicasse a origem do valor de R\$14.609,00, referente ao valor das saídas de mercadorias do contribuinte. Foi também solicitado, na mesma Diligência, que após o atendimento da Diligência pela autuante, a Inspeção Fazendária - INFAZ de origem intimasse o autuado para fornecer-lhe cópia de todos os demonstrativos do levantamento fiscal, às fls. 05, 08, 11, 12 e 15; do Relatório INFIP/SEFAZ de fls. 16 a 38; das informações fiscais de fls. 75, 81, e 95; daquela Diligência; e de todos os documentos juntados ao processo pela autuante em seu atendimento. Foi exposto, também, que na intimação deveria constar que, caso o contribuinte decidisse apresentar nova impugnação ao lançamento de ofício, poderia anexar ao processo os documentos que embasassem suas possíveis alegações, inclusive no que dissesse respeito ao direito à utilização de crédito fiscal presumido nos termos do §2º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98, em vigor à época dos fatos geradores da obrigação tributária.

Na Diligência foi determinada, também, a reabertura do prazo de trinta dias para apresentação de impugnação pelo sujeito passivo.

À fl. 102 a autuante, atendendo à Diligência, informou ter elaborado os demonstrativos de fls. 103 a 106, e que a base de cálculo referente ao exercício de 2006, no montante de R\$14.609,00, foi baseada na DME do exercício de 2006, anexada à fl. 06 do PAF, no item “Vendas de Mercadorias e/ou produção”.

A fl. 107 e 108, a Inspeção Fazendária de origem acosta Termos de Intimação e de cientificação de reabertura do prazo de defesa, estando o Termo de Intimação de fl. 107 assinado pelo sócio “Marcelo Cardoso Valente”. Nestes Termos de Intimação consta dos documentos de fls. 05, 11, 12, 15, 16 a 38, 75, 81, 95, 98 e 99, dos au

O contribuinte volta a manifestar-se às fls. 110 a 114 expondo que a Diligência determinada por esta 3ª JF deu oportunidade a que o Fisco consertasse “as nulidades e omissões”, aduzindo que, em seu entendimento, teria sido mais correto decretar a nulidade do Auto de Infração. Reitera os termos defensivos, reportando-se às impugnações anteriores, que diz ser desnecessário repetir. Contesta o desenquadramento da empresa. Fala no Grupo Cold Air e nas motivações do desenquadramento da empresa, que diz ser absurdo.

Repete que “há de se por em relevo que a sociedade autuada não era uma mera filial que se destacou, para constituir-se uma nova sociedade. Ela foi criada para um propósito legítimo, sem qualquer desobediência legal. A Sra. Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente tem dois filhos adotivos e resolveu montar uma loja para cada um, com sócio de sua confiança, com pequena participação, já que os filhos precisavam estar acompanhados de pessoas com experiência comercial. No caso da G. Cardoso Comercial, doou R\$78.200,00 (setenta e oito mil e duzentos reais) a seu filho Marcelo Cardoso Valente, fato este devidamente registrado na sua declaração de bens. Nada mais normal e natural. O Fisco simplesmente não aceitou o fato, porque não se apresentou o DAE do recolhimento do ITD. O outro sócio com apenas R\$1.800,00 (um mil e oitocentos reais) de capital não teve sua capacidade financeira não aceita pela autuante, por estar o valor no limite da isenção do imposto de renda.”

Prossegue reproduzindo a argumentações já expostas nas manifestações anteriores acerca do desenquadramento

Afirma que “Tudo ocorreu porque a Sra. Selma Maria dos Santos Batista, que falsificou o pagamento de DAE, apropriando-se do dinheiro para pagar o ICMS, flagrada, pretendeu vingar-se com denúncias a todos os órgãos possíveis (Fisco, Polícia Civil, Ministério do Trabalho...). Nenhuma dessas denúncias vingou na Polícia Civil, no Ministério do Trabalho, por falta de fundamento! Infelizmente o Fisco Estadual, sem qualquer base legal, jurisprudencial ou doutrinária, resolveu autuar a empresa, como se ela fosse uma “empresa de papel”, desconsiderando o contrato social e outros atos jurídicos legítimos, cuja validade se encontra intacta.”

Conclui pedindo pela declaração de nulidade, ou de improcedência, da autuação.

À fl. 132 a autuante presta informação fiscal expondo que o contribuinte foi autuado em razão de falta de recolhimento do ICMS, apurado quando de seu desenquadramento do Regime Simplificado SIMBAHIA, passando para o regime normal de apuração do imposto. Que tal desenquadramento foi realizado conforme determinação contida no Relatório de Investigação Fiscal anexado às fls. 16 a 38. Que a manifestação do contribuinte, às fls. 109 a 130, versa sobre o mencionado relatório, contestando as conclusões ali contidas. Que, ela, representante do Fisco, nada mais tem a acrescentar, além do já exposto em suas informações fiscais de fls. 75, 81, 95, e 102 a 106, dos autos.

Às fls. 136 e 137, em sessão de pauta suplementar, verificando que nos autos do processo inexistia comprovação de entrega, ao contribuinte, dos documentos acostados às fls. 102 a 106, em atendimento à Diligência de fls. 98 e 99, pelo que essa Diligência não fora integralmente cumprida pela Inspetoria Fazendária de origem, e considerando a necessidade de garantir o direito de ampla defesa do sujeito passivo, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o PAF em diligência à INFAZ de origem para que fosse intimado o autuado e lhe fosse fornecida cópia dos documentos acostados pela autuante às fls. 102 a 106 dos autos e da nova Diligência de fl. 136 e 137, na aludida Intimação devendo também constar que, caso o contribuinte decidisse impugnar o lançamento de ofício, poderia anexar ao processo os documentos que embasassem suas possíveis alegações, inclusive a utilização de crédito fiscal presumido nos termos do §2º do artigo 155 do CTN.

à época dos fatos geradores da obrigação tributária. Deveria ser reaberto o prazo de trinta dias para apresentação de impugnação.

Às fls. 142 e 143, 146 e 147, a INFAZ de origem anexa Termos de Intimação e Avisos de Recebimento – AR emitidos pelos correios, assinados pelo contribuinte, com a comprovação da entrega dos documentos determinados por esta 3ª JJF, e a reabertura do prazo para apresentação de impugnação.

Não consta, no processo, nova impugnação do sujeito passivo.

VOTO

Inicialmente, analiso os argumentos basilares das preliminares de nulidade apresentadas pelo autuado, quais sejam:

1. Intimação feita “em pessoa estranha aos quadros da autuada, o que retardou o conhecimento da autuação fiscal.”

A mencionada intimação do Auto de Infração foi realizada na pessoa de Sr^a Fátima Maria Neves Gomes, indicada pelo contribuinte, em sua impugnação, como sua ex-funcionária. O Fisco asseverou, à fl. 81, que a mencionada senhora comparecera à repartição fiscal, para assinar o Auto de Infração, acompanhada pelo contador que entregara à Fiscalização os livros fiscais da empresa, tendo então identificado-se como gerente do sujeito passivo.

O contribuinte teve conhecimento do teor desta Informação de fl. 81, consoante seu recibo à fl. 82, assinado por Sr. Marcelo Cardoso Valente, identificado como sócio do contribuinte à fl. 83. Contudo, o contribuinte não apresentou, nos autos, prova de que a mencionada senhora não exercia a função de sua gerente, ou que não era sua empregada em qualquer outra função, na data em que assinou o Auto de Infração, tendo apenas apresentado prova de a ter admitido, em 01/12/2004, para o cargo de Auxiliar Administrativo-Financeiro, consoante cópia da página 13 de seu Livro registro de Empregados, que acostou à fl. 91 destes autos.

A cópia anexada à fl. 92 dos autos pelo contribuinte traz o campo de Recibo rasurado e sem assinatura visível, e o campo “Observações” contendo a informação “Na data da autuação, em abril de 2007, Fátima Maria Neves Gomes não era mais empregada, pois deixou a empresa em 31/05/2005. E a empresa estava inativa na data da fiscalização e autuação e assim permanece.” Ou seja, tal como provado nos autos deste processo pelo sujeito passivo, a mencionada senhora ainda constava, em termos de registro em seu livro de empregados, como sua funcionária até à data em que tal cópia foi tirada e anexada a este processo.

O fato de que a pessoa que assinou o Auto de Infração exercia oficialmente, ou não, na data de cientificação do Auto de Infração, a gerência da empresa, tal como expõe o Fisco que lhe foi informado na ocasião da assinatura; ou o cargo de Auxiliar Administrativo-Financeiro, tal como consta na cópia da fl. 13 do Livro de Registro de Empregados apresentado pelo contribuinte; ou qualquer outra função na empresa, apenas configura que havia um vínculo empregatício com o autuado quando da mencionada cientificação, independentemente da atribuição exercida na ocasião. Nos termos do disposto no inciso III do artigo 3º do RPAF/99, preposto é entendido como “a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado”, e tal preposto, consoante previsto no caput do mesmo artigo, pode peticionar e intervir no processo, ou seja, o preposto pode assinar a cientificação do Auto de Infração, tal como o fez na situação em lide.

Ademais, assinalo que a nulidade argüida, neste sentido, se reunisse condições para ser acolhida, apenas atingiria os atos processuais que lhe fossem posteriores ao Auto de Infração necessariamente lavrado antes da cientificação ao sujeito passivo, nulidade decorrente do ato de tal assinatura de cientificação pc

irregular, o que não é, conforme comprovado neste autos. O máximo que poderia ocorrer, se existisse causa de declaração de nulidade do ato de cientificação deste Auto de Infração, seria a necessidade de realização de nova cientificação ao sujeito passivo, com reabertura do prazo de impugnação ao lançamento de ofício, o que não é necessário, uma vez que o contribuinte, tendo sido cientificado regularmente, defendeu-se oportunamente da imputação que lhe foi dirigida, tendo manifestado-se por duas vezes neste processo, exercendo, sem cerceamento, a sua ampla defesa e instaurando o contraditório.

Porém, diante das alegações defensivas, e para garantir, em toda a sua amplitude, o direito de defesa do sujeito passivo, o prazo para apresentação de impugnação foi duas vezes reaberto por esta 3ª Junta, nos termos do §4º do artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, quando da entrega de todos os demonstrativos fiscais corrigidos ao sujeito passivo, conforme Diligências de fls. 98/99, e de fls. 136/137.

2. Inversamente ao dito pelo contribuinte, o Auto de Infração traz indicado, à fl. 01, no campo “Multa Aplicada”, o dispositivo legal aplicável à infração sancionada com a multa, qual seja, o artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Portanto, não acolho a alegação de cerceamento de defesa com base na afirmativa defensiva, que contraria os dados presentes neste processo, tal como documentado.

3. Quanto à alegação do contribuinte de que a descrição dos fatos não atenderia ao artigo 39, inciso III, do RPAF/99, porque não teria sido “clara, precisa e sucinta, limitando-se a fazer indicação de uma investigação fiscal que teria apurado irregularidades. Contudo não descreve estas irregularidades no auto de infração, o que é exigido pelo RPAF”, observo que a infração é descrita no campo próprio do Auto de Infração, de forma objetiva, como recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Quanto aos motivos do desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do Imposto - SIMBAHIA, que veio a ensejar a ação fiscal em lide, para a apuração da existência de créditos tributários, os fatos estão descritos, de forma clara, no Relatório de fls. 16 a 38 dos autos, citado no Auto de Infração. Mas o desenquadramento é ato administrativo anterior à ação fiscal, e apenas motiva a sua deflagração. Tendo havido, preliminarmente, a medida administrativa do desenquadramento, veio a instaurar-se a ação fiscal em foco, para a apuração de valores de imposto a recolher.

No campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração, o Fisco detalha a forma pela qual este crédito tributário foi apurado, em decorrência do mencionado desenquadramento da empresa do Regime SIMBAHIA, em razão de processo de investigação levada a cabo pela INFIP-SEFAZ/BA. Assim, o Fisco informa que a ação fiscal operou-se a partir do resultado de investigação, levada a cabo por esta SEFAZ/BA, na qual apuraram-se irregularidades na constituição de empresas, investigação esta deflagrada em atendimento a Solicitação encaminhada pelo Ministério Público da Bahia à Inspetoria Fiscal de Inspeção e Perícia – INFIP desta SEFAZ. O Fisco acosta o Relatório de tal investigação às fls. 16 a 38, e o contribuinte, regularmente intimado da lavratura do Auto de Infração, também comentou detidamente o resultado da Investigação mencionada, citando o que considera como motivação indevida para seu desenquadramento da condição de empresa do Regime Simplificado SIMBAHIA, o que demonstra que tem conhecimento da investigação desenvolvida.

Além disto, tal como está transcrito no Relatório que antecede este voto, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração o Fisco discorre acerca da forma de apuração dos débitos em cada exercício, mencionando os anexos, integrantes do Auto de Infração, às fls. 05 a 15 dos autos, tal como a representante do Fisco menciona em sua Informação Fiscal à fl. 75.

Porém, o fulcro da ação fiscal, descrita de forma literal no Auto de Infração, do qual o contribuinte recebeu cópia, conforme seu recibo à fl. 02 deste processo, é o recolhimento a menos de ICMS, fato que será apreciado quando da análise do mérito da autuação.

Estando descrita com objetividade e clareza a imputação de recolhimento a menos de ICMS, não acolho a alegação defensiva em contrário.

4. No que tange à afirmação do sujeito passivo, segundo a qual apenas as presunções estabelecidas em lei de modo razoável seriam admissíveis, e que as presunções levantadas na investigação fiscal não estariam previstas em lei, nem seriam razoáveis, além de que “estes fatos coincidentes não estão elencados como presunções legais.”, assinalo que a imputação deste Auto de Infração é a de recolhimento a menos de ICMS.

Assinalo que a empresa, anteriormente inscrita no SIMBAHIA, foi desenquadrada deste Regime de apuração do ICMS em decorrência de irregularidades constatadas no seu aspecto constitutivo. Em decorrência do seu desenquadramento, o imposto foi apurado pelo regime normal, tendo sido deduzido os valores recolhidos no regime Simplificado. Este procedimento é previsto nos artigos 15 a 22 da Lei nº 7.357/98, e não configura exigência do imposto por presunção.

Quanto à análise do teor do Relatório de Investigação levada a cabo pela INFIP-SEFAZ/BA, que baseou a ação administrativa de desenquadramento do sujeito passivo do Regime SIMBAHIA, medida administrativa que resultou na deflagração da presente ação fiscal para a apuração do imposto a recolher aos cofres públicos pelo sujeito passivo, o que teve como consequência o presente Auto de Infração, as alegações concernentes à Investigação e ao desenquadramento serão abordadas na análise do mérito deste processo. Por conseguinte, não acolho esta alegação de falta de previsão legal para as presunções, e conclusões administrativas atinentes à multicitada Investigação da INFIP-SEFAZ/BA, como ensejadoras de nulidade desta autuação.

Em relação à realização de Diligências para sanar quaisquer irregularidades do Auto de Infração, estas efetuaram-se com base no artigo 129, §4º, do COTEB, que assim determina:

COTEB:

art. 129.

§ 4º. As eventuais incorreções ou omissões do auto de infração não acarretam nulidade, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e supridas pela autoridade competente, reabrindo-se o prazo de defesa.

Observo ainda que o prazo para apresentação de impugnação foi reaberto por duas vezes, por esta 3ª Junta, quando da entrega, ao sujeito passivo, de todos os demonstrativos e documentos que embasam a autuação, pelo que foi devidamente garantido, neste processo, o direito de ampla defesa do contribuinte, tal como já exposto neste voto.

Diante de todo o exposto, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante, relativas à presente ação fiscal.

No mérito, o Auto de Infração trata da exigência do ICMS recolhido a menos, apurado pelo regime normal, em decorrência do desenquadramento do contribuinte do Regime Simplificado de Apuração - SIMBAHIA.

Na impugnação ao lançamento de ofício, o autuado afirma que o fato de haver parentesco entre sócios de empresas com objeto idêntico, de existirem contadores comuns e de serem promovidos empregados e sócios, não caracterizam um grupo de empresa: — constantes do processo, verifico que na cópia do processo de in

desenquadramento do SIMBAHIA, cujas cópias foram juntadas pela autuante às fls. 16 a 38, foi apurado que:

- a) Marcelo Cardoso Valente, sócio da empresa ora autuada, G. Cardoso Comercial LTDA, é filho de Maria da Conceição Gomes Valente, que é sócia da Cold Air Comercial Ltda (fls. 20 a 22), e que ambas as empresas tinham como atividade econômica principal o comércio varejista de máquinas, aparelhos e equipamentos;
- b) Conforme descrição às fls. 18 a 27, as diversas empresas inscritas no regime simplificado, Cold Air Comercial, Eletronox Comercial, G. Cardoso Comercial, Cardoso Valente Comercial, São Marcelo Comercial e M e J Comercial Ltda, todas inscritas no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, têm como sócios, irmãos, filhos, parentes e empregados da titular da Cold Air Comercial Ltda, a Sr^a Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, inclusive residindo na sua maioria no mesmo endereço (fls. 23 e 24);
- c) Conforme descrito nas fls. 29 a 31, o sócio Marcelo Cardoso Valente, sócio do ora autuado, ingressou na sociedade em 20/09/2002 com a participação de R\$78.200,00 no capital da empresa. Em 19/06/2006, a empresa foi intimada pela SEFAZ/BA para apresentar a Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física, com a finalidade de analisar sua capacidade econômica, e em 18/08/2006 este sócio, e sua mãe e representante, Maria da Conceição Gomes Valente, apresentaram uma Declaração à SEFAZ afirmando que o Marcelo Cardoso Valente não declarou Imposto de Renda em razão de ser menor e dependente naquele período, sendo assistido por sua mãe e tutora natural. Assim, não foi comprovada a origem dos recursos deste sócio para a integralização das suas quotas no capital social da empresa.

Consoante demonstrativos constantes à fl. 33 dos autos, foi apurado Receita Bruta de R\$2.527.747,31 e R\$3.091.415,99 das empresas Cold Air Comercial, Eletronox Comercial LTDA, G. Cardoso Comercial LTDA e São Marcelo Comercial LTDA, respectivamente nos exercícios de 2002 e 2003, e de R\$2.166.930,71 no exercício de 2004, com a exclusão da receita relativa a São Marcelo Comercial LTDA e inclusão da receita de Cardoso Valente Comercial LTDA.

Tendo a Fiscalização apurado Receita Bruta em montante superior ao limite estabelecido de R\$1.200.000,00 por exercício (artigo 2º, inciso II, parágrafo 4º; artigo 6º, inciso IV, e artigo 7º, todos da Lei nº 7.357/98, em redação vigente à época dos fatos geradores) nos exercícios de 2002 a 2004, e tendo sido considerado que as empresa ante-citadas, incluindo o atual sujeito passivo, integram o grupo (Cold Air), de responsabilidade de Maria Conceição Gomes Cardoso Valente, por falta de comprovação de capacidade econômico-financeira do sócio Marcelo Cardoso Valente, dentre outros, foi determinado o seu desenquadramento do Regime SIMBAHIA.

Observo que, diante do teor do Relatório de Investigação acostado a este processo às mencionadas fls. 16 a 38, não pode ser acatado o argumento defensivo de que as empresas foram constituídas com a ajuda de Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, a irmã, filho e empregados, visto que, restou comprovado nos autos que estas pessoas não possuíam capacidade econômico-financeira para constituir empresas que, de fato, eram geridas pela titular da Cold Air, contrariando as regras estabelecidas para usufruir dos benefícios concedidos às empresas integrantes do SIMBAHIA.

Pelo exposto, restou comprovado que no momento que optou pelo enquadramento da empresa no regime SIMBAHIA, foi utilizada declaração falsa, visto que as empresas foram constituídas com interposição de pessoas que não eram sócios efetivos ou proprietários, e é correta a exigência do ICMS apurado pelo regime normal, em conformidade com o disposto nos artigo 15, caput e incisos II e IV, e artigo 22, inciso IV, ambos da Lei nº 7.357/98; e artigos 408-P e 408-S do RICMS/BA, todos em redação vigente à época das ocorrências verificadas.

Quanto à alegação de que não se justifica no cálculo do imposto a apenas 8%, quando a alíquota interestadual é de 12%, ressalto que a

da tributação, aplicando-se a alíquota de regime normal de apuração, mediante a concessão de crédito de 8% no cálculo do imposto a recolher, sendo assegurado a utilização de crédito em valor diferente, caso o contribuinte comprovasse a existência de crédito fiscal superior ao previsto de 8%, conforme artigo 19, §§1º e 2º, da mencionada Lei. Conforme ressaltado pela autuante na informação fiscal, a maioria das compras efetuadas pelo estabelecimento autuado, é feita em Estados localizados na Região Sudeste, cujo crédito é de 7%.

Logo, não acato tal alegação, inclusive tendo em vista que o autuado, mesmo com reabertura de seu prazo para impugnação, e tendo sido expressamente mencionada, no texto da Diligência desta 3ª Junta, tal possibilidade de comprovação, pelo autuado, de direito a crédito fiscal superior ao percentual de 8% computado, o contribuinte optou por manter-se silente e não apresentar comprovantes de seu direito de crédito presumido a mais do que os 8% já concedidos no levantamento fiscal.

Com relação ao argumento de que não foi indicada a base de cálculo do tributo exigido relativo ao exercício de 2002, constato que o demonstrativo juntado à fl. 5, que integra o Auto de Infração, indica a apuração do valor lançado de ofício, calculado com base na receita bruta de saídas declarada na DME do ano de referência de 2002, enviada à SEFAZ pelo contribuinte, cuja cópia também foi acostada aos autos, à fl. 06, tendo sido corretamente deduzido, na apuração, o montante recolhido pelo sujeito passivo antes da autuação, tal como está exposto no mencionado demonstrativo de fl. 05.

A apuração dos valores do imposto também está demonstrada às fls. 103 a 106 dos autos, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo, com a devida reabertura do seu prazo de impugnação, por determinação desta 3ª Junta.

Quanto às datas de ocorrência a serem consideradas no presente Auto de Infração, assinalo que, embora no Auto de Infração esteja lançado o valor de imposto por exercício, uma vez que está demonstrado, nos autos deste processo, que os valores de imposto eram devidos e foram apurados pelo Fisco em períodos mensais, por conseguinte sendo possível determinar-se a data de ocorrência por cada período mensal de apuração, conforme demonstrativos de fls. 05, 08, 11, 12 e 15 - estes acostados ao Auto de Infração originalmente; e os demonstrativos de fls. 103 a 106, que repetem os valores de débito de imposto tais como lançados pelo Fisco no levantamento realizado; considerando, ainda, que o imposto era devido por período mensal, e não foi devidamente recolhido nas datas corretas pelo sujeito passivo, as datas de ocorrência são aquelas que, de fato, reportam-se aos fatos geradores por período mensal de apuração, conforme demonstrativos de fls. 103 a 106, elaborado pela autuante.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo corrigir-se as datas de ocorrência para períodos mensais de apuração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **110120.0004/07-7**, lavrado contra **G. CARDOSO COMERCIAL LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.589,42**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO R