

A. I. N° - 206925.0005/09-1
AUTUADO - MAO TAI ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.12.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0398-04/10

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Documentos juntados ao processo comprovam que a empresa era administrada por interposição de pessoas cujos empresários administradores de fato participavam da composição societária de outras empresas, cujo montante de Receita Bruta Acumulada e Receita Bruta no período fiscalizado superava o limite estabelecido para a empresa enquadrada no regime SIMBAHIA. Correto o desenquadramento e exigência do imposto pelo Regime de Receita Bruta (Normal) com dedução dos valores recolhidos no período fiscalizado. Indeferido o pedido de diligência fiscal e rejeitada as nulidades suscitadas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 09/12/09 exige ICMS acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos do imposto na comercialização de refeições apurado de acordo com o regime de apuração em Função da Receita Bruta. Consta, na descrição dos fatos que a cobrança é retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, conforme documentos probatórios acostados ao Processo nº 170814/2009-5 (set/04 a jun/07) - R\$41.586,16.

O autuado, em sua impugnação (fls. 140 a 149), inicialmente discorre sobre a infração e os fatos relacionados no processo de investigação fiscal 170814/2009-5 que concluiu pela existência de um grupo econômico familiar formado pelos Srs. Múrcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antonio Valério de Carvalho Neto, denominado “empresários” com a interposição de pessoas que constituíam empresas do “Grupo Companhia da Pizza” para evitar que a receita bruta ajustada extrapolasse o limite do SIMBAHIA, composto pelas empresas: Pátio Itália Iguatemi Alimentos e Bebidas; Tokai Iguatemi Comércio de Alimentos Ltda; Tokai Barra Comércio de Alimentos Ltda; Maotai Alimentos Ltda; Maotai Salvador Comércio de Alimentos Ltda; Quanto Prima Alimentos Ltda e MGM Comércio de Confeções Ltda.

Afirma que em que pese o extenso trabalho que resultou na elaboração do Relatório de Investigação Fiscal (RIF), “o mesmo não está amparado na verdade material dos fatos investigados”, conduzindo a improcedência do presente lançamento, conforme passou a expor.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de cerceamento de direito de defesa em razão da precariedade probatória do procedimento fiscal adotado no RIF, que concluiu que o quadro societário das empresas era composto de parentes dos três empresários, “única e exclusivamente” pelo fato das empresas explorarem o mesmo ramo de atividades (exceto a MGM) e haverem parentes dos empresários, ou algum deles.

Diz que a Constituição Federal assegura o direito à livre associação e que não existe norma que impeça a constituição de empresas por familiares

de que houve interposição de pessoas na constituição das empresas configura presunção que não encontra amparo legal.

Pondera que ficaria configurada a presunção se os “empresários” recebessem dividendos das empresas constituídas, fato não comprovado e que podia ser obtido pela análise dos documentos pessoais dos sócios das empresas e Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF).

Atenta que não se pode imputar ilícito fiscal apenas com base em indícios e que para aplicar a presunção, cabe ao Fisco apresentar provas da existência do ilícito fiscal. Cita parte de texto de autoria da professora Maria Rita Ferragut acerca da elisão e evasão fiscal e seus limites na desconsideração dos negócios jurídicos, sob pena de violação dos princípios constitucionais (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, motivação dos atos da administração) previstos na Constituição Federal (CF) e Código Tributário Nacional (CTN).

Comenta o disposto no art. 142 do CTN e afirma que com base na norma para desconstituir as presunções jurídicas em favor dos contribuintes, o agente fiscal tem que descrever e comprovar a ocorrência dos fatos que justifiquem a sua conduta, não bastando apenas a ocorrência de presunções da ocorrência de ilícito tributário, na situação presente para que excluísse o contribuinte do SIMBAHIA. Entende ser nulo o ato administrativo por carecer de elementos necessários na constituição do lançamento, por ausência de provas.

No mérito, afirma que o simples fato de parentes comporem o quadro societário de empresas não quer dizer que os mesmos exploravam as empresas por interposição de pessoas, visto que não existem provas desta acusação.

Argumenta que em vez dos supostos “empresários” (Múrcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto) terem recebido dividendos, a DIRPF dos sócios do estabelecimento autuado indicam que os mesmos percebiam dividendos relativos à sua participação. Conseqüentemente entende que inexistente motivação para o Fisco somar a Receita Bruta Ajustada da impugnante com outras empresas supostamente pertencentes aos referidos “empresários” em detrimento de descumprimento de limite estabelecido no SIMBAHIA.

Conclui esta linha de raciocínio afirmando que a suposta irregularidade não existiu e que o imposto relativo ao período fiscalizado foi recolhido corretamente de acordo com a legislação do SIMBAHIA aplicada no estabelecimento autuado.

Afirma que a presunção acerca da participação da MGM no grupo da Companhia da Pizza ocorreu em razão do Sr. Antonio Valério Carvalho Neto ter participado do quadro societário daquela empresa no período de abril/97 a julho/98, tendo deixado de compor o quadro societário dois anos antes da constituição do suposto grupo constituído a partir de julho/00.

Diz que quando da entrada em atividade da segunda empresa que supostamente comporia o Grupo Companhia da Pizza, o estabelecimento autuado tinha como sócios as Sr^{as}. Mônica de Almeida Araujo Valério de Carvalho e Lícia Maria Valério de Carvalho, que figurou no quadro da MGM e não fazem parte de nenhuma outra empresa, sendo as mesmas administradas pelas empresárias que receberam dividendos distribuídos, com contas bancárias próprias e não pelo citado empresário, conforme cartas enviadas pelos bancos quando da cessação das atividades.

Destaca que quando da saída da empresa da Sr^a. Mônica de Almeida Araujo Valério de Carvalho, as cotas foram cedidas a Sr^a Carolina Maria Queiroz de Castro que se comprometeu a depositar na conta bancária pessoal os valores pagos das cotas cedidas.

Conclui dizendo que o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto não tinha nenhuma participação na MGM no período fiscalizado, quer seja pessoal ou por interposição de pessoas, não justificando a presunção de que faria parte e dessa forma foram respeitados os limites estabelecidos pela legislação do SIMBAHIA. Caso o CONSEF não considere suficiente diligência fiscal no sentido de ser colhido documentos relativo:

esclarecer se os dividendos distribuídos aos familiares dos empresários eram-lhe repassados configurando a utilização como “laranjas” ou se os sócios eram efetivos e não interpostos.

Entende que deve ser persistido a busca da verdade material até exaurir as provas, realizar diligências para comprovar os fatos alegados e não validar suposições incorretas da fiscalização.

Quanto à multa aplicada, afirma que o percentual de 60% é confiscatória, abusiva, viola o princípio da vedação do confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Transcreve parte de texto do professor Antônio Bandeira de Mello acerca das multas, e diz que pela falta de fundamento no mundo jurídico e da aplicação de multa ilegal e inconstitucional, deve ser julgado improcedente o Auto de Infração.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração, protesta pela juntada posterior de provas, realização de perícia, diligência para elucidação da suposta infração e indica o endereço à fl. 149 para onde devem ser encaminhadas as intimações, sob pena de nulidade.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 279/285), inicialmente esclarece que o estabelecimento autuado foi desenquadrado do SIMBAHIA através do processo 170814/2009-5 com base nos artigos 15 e 22, § Único da Lei 7.357/98, bem como os art. 406-A, 408-L, 408-P, 408-Q e 408-S do RICMS/BA, motivada pelas irregularidades indicadas no Relatório INFIP 19/2008 onde ficou apurado que o estabelecimento autuado fazia parte de um conglomerado de empresas.

Informa que lavrado o Termo de Exclusão do SIMBAHIA (fl. 111) o estabelecimento autuado não apresentou impugnação, quando então foi expedida Ordem de Serviço 517169 para apurar o imposto devido de forma retroativa em função do seu desenquadramento.

Ressalta que não foram contestados os dados relativos à apuração do imposto pelo Regime de Receita Bruta e sim procurado desconstituir o RIF que motivou a exclusão do SIMBAHIA.

Argumenta que o Termo de Exclusão do SIMBAHIA é o competente instrumento necessário e suficiente para lavratura do Auto de Infração, tornando-o procedente e que a contestação defensiva não abrange os aspectos apontados no Relatório de Investigação Fiscal, limitando-se a invocar o cerceamento do direito de defesa e composição societária das empresas envolvidas.

Informa que a origem dos fatos conforme Processo nº 069810/2008-8, tem como base matéria publicada no Jornal A Tarde de 11/05/08 anunciando a inauguração do restaurante Pátio Itália, resultado da associação dos grupos Quanto Prima e Companhia da Pizza, fato não comentado na defesa. Diz que tal fato não constitui indício e sim uma declaração pública de formação de um Grupo Econômico estabelecido com vínculo entre as empresas (art. 334 do CPC).

Ressalta que a finalidade da lei que instituiu o SIMBAHIA era fomentar as micro e pequenas empresas, capacitando-as mediante concessão de benefícios fiscais, administrativos e trabalhistas para competirem com grandes grupos empresariais e de concentração de renda.

Afirma que as pesquisas subseqüentes comprovaram o que já era de conhecimento público, tendo a Inspeção de Fiscalização de Médias e Pequenas Empresas do Comércio Varejista (INFAZ VAREJO) constatado a existência de um grupo de empresas enquadradas indevidamente no SIMBAHIA/SIMPLES NACIONAL com quadro societário composto pelos Srs. Luiz Augusto do Vale Dória, Múrcio de Almeida Dias e Antônio Valério de Carvalho Neto e seus familiares.

Argumenta que todos eles participam ou participaram da composição societária das empresas Pátio Itália Iguatemi Alimentos e Bebidas Ltda (IE 76.447.268); Tokai Iguatemi Comércio de Alimentos Ltda (IE 69.877.279); 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 Confeções Ltda (IE 46.456.078).

Transcreve o art. 15 da Lei 7.357 de 4 de novembro de 2008 [1998] e afirma que da leitura do citado dispositivo legal depreende-se que

pode ocorrer na forma de participação de capital dos sócios, ou mesmo na forma de participação administrativa dos sócios”.

Diz que na situação presente tem-se que os sócios do estabelecimento autuado participam diretamente do capital das demais empresas que “compõem o grupo, ou tem ingerência, na condição de administrador da sociedade” como demonstrado no RIF 19/2008 juntado ao processo, com os contratos e alterações contratuais anexados ao processo 069810/2008-8.

Ressalta que a constituição com interposição de pessoas é motivo suficiente para exclusão de ofício do SIMBAHIA e que não existe ilegalidade na ação fiscal como dito pelo autuado, visto que o relatório da INFIP apresenta provas concretas da utilização de artifícios para burlar a legislação do SIMBAHIA, com objetivo de reduzir o imposto devido mensalmente.

Tece comentários sobre as provas e a seguir faz um relato dos elementos contidos no RIF e contesta que as Declarações de Imposto de Renda dos sócios juntados com a defesa (fls. 199/262) nada provam a seu favor (Murilo Almeida, irmão de Múrcio Almeida, José Antônio Narciso Reis, sogro de Luiz Augusto) pois encabeçam o consórcio de empresas denunciadas.

Ressalta que os Senhores Múrcio de Almeida e Luiz Augusto permaneceram investidos como administradores da empresa autuada até 01/12/08, conforme 5ª alteração contratual (fl. 154) durante o período fiscalizado (set/04 a jun/07), portanto vinculados à empresa. Mesmo havendo desligamento formal, o Sr. Múrcio continuou gerindo os negócios através do seu filho menor Rodrigues Fernandes Dias (fl. 153).

Questiona se os filhos menores dos Srs. Múrcio Almeida e Luiz Augusto (Luiz Augusto Filho, Rodrigues Fernandes Dias, Guilherme Fernandes Dias e Pedro Henrique Narciso Dória) que integram o quadro social das empresas do grupo, poderiam ter algum rendimento próprio, na forma de dividendos como afirmado na defesa, mas que resta provado que os lucros gerados pelas empresas foram destinados aos seus sócios de fato.

Contesta o argumento defensivo de que o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto teria deixado de integrar o quadro societário da empresa MGM antes da formação do Grupo Companhia da Pizza (fl. 146), mas não mencionou que a sua esposa Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho era sócia da empresa até 16/07/07, o que configura vínculo empresarial por parentesco.

Afirma que não existe dúvida que o Sr. Antônio Valério de Carvalho Neto é o verdadeiro proprietário da empresa MGM, visto que na sua DIRPF constam as cotas de capital social e os rendimentos auferidos pela sua esposa Mônica de Almeida, sua dependente, como sendo seus, conforme cópia da DIRPF juntada com a defesa do Auto de Infração 206925.0007/09-4 da empresa Quanto Prima Alimentos Ltda, integrante do Grupo Companhia da Pizza.

Destaca que a defesa faz referência a extratos bancários para tentar provar recebimentos de dividendos mas nenhum deles foi juntado ao processo.

Quanto a alegação defensiva de que a Srª. Mônica de Almeida Araújo Valério de Carvalho cedeu suas cotas de participação na empresa à Carolina Maria Queiroz de Castro, esclarece que isso ocorreu em 13/07/07 quando a empresa já estava excluída do SIMBAHIA e do SIMPLES NACIONAL de forma retroativa e por força da legislação não poderia retornar ao sistema antes de transcorrido prazo de três a dez anos (art. 6º, VI, §6º da Res. CGSN 15/2007).

No tocante ao pedido de realização de diligência, entende não haver razões para tal procedimento de acordo com o disposto nos artigos 145 a 148 do RPAF/BA e art. 133 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB).

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, afirma que a mesma é prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 e que cabe a ele na condição de agente fiscalizador aplicar a Lei, o que foi feito.

Destaca que a empresa não contestou o demonstrativo de débito elaborado com base nos dados contidos da escrita fiscal e contábil do estabelecimento autuado, tendo a empresa tentado apenas desconstituir o RIF que serviu de base para a exclusão da empresa do SIMBAHIA. Requer a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de cerceamento de direito de defesa em razão da falta de provas quanto à acusação de que o quadro societário das empresas eram compostos de parentes dos empresários, pelo fato de explorarem o mesmo ramo de atividades. Entendo que tal argumento trata-se do mérito da questão. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

O autuado requereu a realização de diligência para averiguar documentos relativo às pessoas que integram o quadro societário das empresas com o intuito de comprovar os fatos alegados. Observo que de acordo com o art. 150, I do Dec. 7.629/99 (RPAF/BA), entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados a documentos que são de posse do requerente ou das pessoas que integram o quadro do estabelecimento autuado e de empresas do grupo, cuja prova poderia ter sido juntada aos autos, como ocorreu. Além disso, consta no documento à fl. 111, que o autuado foi comunicado por meio de Termo de Exclusão do SIMBAHIA, tendo-lhe sido concedido prazo de trinta dias para apresentar impugnação quanto à sua exclusão. Não tendo impugnado a sua exclusão no prazo legal concedido antes da lavratura do Auto de Infração, caberia ao recorrente após a sua lavratura apresentar provas para desconstituir o presente lançamento e não é cabível neste momento acolher a realização de diligência para verificar fatos relativos ao processo de exclusão. Quanto à validade das provas será objeto da apreciação do mérito, a seguir.

No mérito, o Auto de Infração trata da exigência do ICMS apurado pelo regime NORMAL/RECEITA BRUTA, previsto para o ramo de atividade exercida pelo contribuinte (restaurante) em decorrência do seu desenquadramento do regime simplificado (SIMBAHIA).

O autuado não questionou na sua defesa a base de cálculo e o valor do débito apurado pela fiscalização, tendo fundamentado apenas a inexistência de motivo para seu desenquadramento, dado o livre direito de associação previsto na Constituição Federal, não recebimento de dividendos pelos empresários das empresas constituídas, violação dos princípios constitucionais, falta de comprovação dos fatos que conduziu a exclusão do SIMBAHIA.

Pela análise dos elementos constantes do processo, faço as seguintes constatações:

1. Conforme documento acostado à fl. 111, a Inspeção Fazendária lavrou Termo de Exclusão do SIMBAHIA PARA EFEITO DE COBRANÇA RETORATIVA DE ICMS, com fundamento nos artigos 15 e 22, Parágrafo Único da Lei nº 7.357/98, artigos 406-A, 408-L, 408-P, 408-Q e 408-S do RICMS/BA;
2. O Relatório INFIP 19/2008 (fls. 115/136) concluiu que o estabelecimento é um conglomerado de empresas pertencentes aos senhores M...

Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, sugerindo o seu desenquadramento face ao enquadramento indevido no SIMBAHIA;

3. No Demonstrativo de Débito às fls. 7 e 8, a fiscalização apurou o ICMS com base no regime de receita bruta, aplicando os percentuais de 5% e 4% previstos no art. 504 do RICMS e deduziu o valor do ICMS recolhido apurado pelo impugnante pelo regime simplificado (EPP).

Pelo exposto, o ICMS ora exigido foi precedido do desenquadramento do SIMBAHIA, obedecendo ao devido processo legal. Quanto aos motivos que conduziram ao desenquadramento, que o recorrente afirma tratar-se apenas de indícios, verifico que conforme resumo à fl. 122, os Srs. Múrcio de Almeida Dias e Luiz Augusto do Vale Dória integravam o quadro de sócios da empresa em 03/06/00, tendo sido excluídos em 02/01/03, e retornaram ao quadro societário em 26/03/07. No período de 02/01/03 a 26/03/07 durante o afastamento dos Senhores Múrcio de Almeida Dias e Luiz Augusto do Vale Dória, compuseram o quadro societário da empresa os Srs. Murilo de Almeida Dias (irmão de Múrcio) e José Antônio Narciso (sogro de Luiz Augusto).

O diagrama à fl. 127 evidencia que Ana Nayra Narciso Dória, esposa do Sr. Luiz Augusto do Vale compôs o quadro societário da QUANTO PRIMA ALIMENTOS LTDA, o seu sogro José Antônio Narciso Reis o quadro da MAOTAI ALIMENTOS LTDA, seu filho Luiz Augusto do Vale Dória Filho o quadro da TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA e o seu filho Pedro Henrique Narciso Dória o quadro da TOKAI BARRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Da mesma forma evidencia que a mãe do Sr. Múrcio de Almeida Dias compôs o quadro societário da MAOTAI SALVADOR LTDA, o seu irmão Murilo de Almeida Dias o quadro da MAOTAI ALIMENTOS LTDA, sua esposa Cynthia Kfoury Fernan, o quadro da QUANTO PRIMA ALIMENTOS, o seu filho Rodrigues Fernandes Dias o quadro da TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA e o seu filho Guilherme Fernandes Dias Filho o quadro da TOKAI BARRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Também a Sr. Lícia Maria Valério de Carvalho mãe do Sr Antônio Valério de Carvalho Neto compôs o quadro societário da MGM COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, sua esposa Mônica de Almeida Araujo Valério de Carvalho, o quadro da MGM COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA e o seu filho Antônio de Almeida Araújo Valério de Carvalho o quadro da MAOTAI ALIMENTOS LTDA e MGM COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

A alteração contratual juntada com a defesa, demonstra que o menor Rodrigues Fernandes Dias, nascido em 29/07/98 veio integrar o quadro de sócios da empresa (fl. 153) mas tendo apenas dez anos de idade foi representado pelo seu genitor Múrcio de Almeida Dias (fl. 163) o que evidencia ser efetivamente o administrador da empresa.

A DIRPF do ano calendário de 2007 do Sr. Murilo de Almeida Dias (irmão de Múrcio de Almeida Dias) indica doação de R\$40.000,00 (fl. 204) para a sua genitora para constituição de capital de empresa comercial, valor este que constou “dinheiro em cofre – economizado” na DIRPF de 2007 (fl. 209) o que demonstra indício de que a Srª. Noêmia de Almeida Dias (mãe de Múrcio) não tinha disponibilidade financeira para adquirir cotas de empresas constantes do grupo econômico Companhia da Pizza. Logo, concluo que os documentos juntados com a defesa, em especial as DIRPF não desconstitui o Relatório de Investigação Fiscal quanto à conclusão de que as empresas eram de fato administradas por interposição de pessoas.

Já o relatório de consolidação das receitas das empresas MGM, MAOTAI ALIMENTOS e QUANTO PRIMA no exercício de 2004 apresentou um montante de Receita Bruta Acumulada de R\$1.502.968,04, no exercício de 2005 com a inclusão da TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA, Receita Bruta Acumulada de R\$1.753.516,83 e nos exercícios de 2006/2007 com a inclusão da empresa TOKAY BARRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA e MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA, Receita Bruta de R\$4.059.361,40

limite estabelecido de R\$1.200.000,00 nos exercícios de 2004 e 2005 e R\$2.400.000,00 (fl. 131) previsto no art. 384-A do RICMS/BA.

Por tudo que foi exposto, acolho o Relatório de Investigação 19/08 da INFIP, que concluiu que as empresas Pátio Itália Iguatemi Alimentos e Bebidas Ltda (IE 76.447.268); Tokai Iguatemi Comércio de Alimentos Ltda (IE 69.877.279); 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 Confeções Ltda (IE 46.456.078) pertencem de fato aos senhores Múrcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, que foram enquadradas indevidamente no SIMBAHIA na condição de EPP mediante a interposições de pessoas (mãe, irmão, esposas, filhos).

Consequentemente, correto o desenquadramento do estabelecimento autuado feito pela administração tributária e a exigência do ICMS pelo regime Normal/Receita Bruta deduzindo o valor do imposto recolhido no período fiscalizado pelo regime SIMBAHIA.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 3/5), se atendido as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Dec.7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **206925.0005/09-1**, lavrado contra **MAO TAI ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.586,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR