

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0012/10-1
RECORRENTE - MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO– Acórdão 3ª JJF nº 0019-01/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0369-12/12

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provado que a empresa somente foi desenhquadrada do Simples Nacional a partir de 01/01/2008. Os fatos geradores são de 2007. Nesta época a empresa se encontrava enquadrada no Simples Nacional. Infração descaracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de anulação da Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 29/06/2010, para exigir ICMS no valor de R\$7.821,16, pelo cometimento de duas infrações à norma tributária. No entanto, somente faz parte do Recurso interposto à infração 1 que diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o regime de apuração em função da receita bruta, nos meses de julho a dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$5.587,01, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que se refere a cobrança retroativa, por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, inscrita no Simples Nacional, conforme documentos acostados ao Processo de nº 175392/2009-5.

Após análise das peças processuais, a 1ª JJF prolata a seguinte Decisão em relação à infração ora em questão:

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade, sob a alegação de que teria ocorrido cerceamento do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, haja vista que o lançamento se encontra em conformidade com as diretrizes emanadas do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em especial o seu art. 39, não ocorrendo, ademais, ofensa a nenhum dos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

No que se refere à arguição de nulidade, com base na assertiva de que o procedimento fiscal embasado no Relatório de Investigação Fiscal (RIF) nº 19/2008, estaria carente de elementos probatórios, ressalto que o referido processo de investigação se encontra presente aos autos, enquanto que o resultado da investigação foi devidamente cientificada ao contribuinte, ao qual, inclusive, foi concedido prazo para se manifestar a respeito dos resultados apurados. Deste modo, ressalto que não ocorreu a alegada insuficiência de provas ou qualquer tipo de limitação ao exercício do contraditório por parte do sujeito passivo.

Acrescento, ademais, que a presente análise e o respectivo julgamento estão voltados exclusivamente para o lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração, que decorreu do desenhquadramento do contribuinte da condição de empresa de pequeno porte, alteração que também lhe foi devidamente informada. Assim o lançamento encontra-se constituído de forma legítima, pois foram atendidos os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e da garantia da ampla defesa.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, o indefiro, com fulcro no art.147, inciso I do RPAF/BA, desde quando o processo contém todos os elementos para minha convicção e Decisão da lide.

Quanto ao pedido do autuado para que intimações pertinentes ao presente processo sejam feitas em nome do seu patrono, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Verifico que o Auto de Infração contém duas imputações, que decorreram de ação fiscal recomendada como resultado de análise levada a efeito por meio de processo de investigação, que visava apurar denúncia quanto à formação de um grupo composto por sete empresas, que teriam sido reunidas para fraudar o sistema de apuração do imposto estabelecido através do Simples Nacional. Como resultado da investigação foi demonstrado que o grupo de empresas tinha como sócios os Srs. Múrcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, os quais se utilizaram de seus familiares, na forma de "interpostas pessoas", objetivando não extrapolar o limite da receita bruta ajustada permitido pelo Regime do Simples Nacional, tudo em conformidade com o Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008.

Assim, após a conclusão da referida investigação, tendo sido comprovada a prática do ilícito por parte do contribuinte, foi estabelecido que o seu enquadramento naquele regime houvera se dado de forma ilícita, o que motivou o seu desenquadramento da condição de empresa de pequeno porte, com a subsequente apuração dos valores concernentes ao tributo estadual, com base no regime em função da receita bruta.

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

Através do processo de investigação RIF nº 19/2008, restou evidenciado que sócios do estabelecimento autuado, ou participam diretamente do capital das demais empresas que compõem o referido grupo econômico ou têm ingerência, na condição de administradores da sociedade ou representação em decorrência do pátrio poder, informações estas fartamente demonstradas no citado processo de investigação, que, inclusive, esclarece que todos os documentos, tais como Contratos Sociais e Alterações Contratuais, que comprovam essas situações, se encontram anexados ao Processo nº. 069810/2008-8, cuja ciência do autuado se encontra comprovada nos presentes autos.

Comprovo, assim, que conforme bem assinalou o autuante, e de forma diversa daquela aventada pelo contribuinte, o citado relatório se baseou em provas robustas e documentadas, as quais foram obtidas através de cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, e que comprovam que o autuado se utilizou de artifícios para burlar a legislação do Simples Nacional, objetivando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte, o que lhe possibilitou reduzir o ICMS decorrente de suas operações de vendas a recolher a cada período de apuração.

Enquanto isso, a presente ação fiscal está alicerçada tanto no Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, que se encontra subscrito pela Supervisora da Inspetoria Fazendária de Varejo e pelo Diretor da DAT/Metro da Secretaria da Fazenda, do Termo de Exclusão do Simples Nacional, de demonstrativos, levantamentos e documentos, elementos esses que se constituem em provas bastante, para caracterização das infrações imputadas ao contribuinte.

Uma análise do mencionado Relatório indica que teve como objetivo apurar denúncia originária da INFAZ VAREJO, quanto à existência de um Grupo Econômico formado pelos Srs. Múrcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, que se utilizava de seus familiares na forma de "interpostas pessoas", para não exceder os limites da receita ajustada bruta permitidos pelo Regime do Simples Nacional.

Verifico que com base na legislação que rege a matéria, o preposto fiscal designado para realizar a investigação, somou a receita bruta ajustada das empresas de pequeno porte que tinham como responsáveis efetivas as mencionadas pessoas, além das empresas nas quais não figuravam como sócios, porém, tinham em seu quadro societário familiares dos mesmos empresários, constatando que, realmente, não estavam sendo respeitados os limites estabelecidos para o Regime do Simples Nacional.

Vejo que no Relatório de Investigação constam fartos detalhes sobre o desenvolvimento da apuração dos fatos, que se iniciou em reportagem publicada em jornal de grande circulação no Estado da Bahia; é mostrada a análise do vínculo entre as empresas envolvidas no grupo Grupo Econômico Companhia da Pizza; é detalhado minuciosamente o histórico da composição societária das empresas ligadas ao referido grupo; são apontados todos os elementos indiciários da fraude apurada; é apresentado um organograma dos vínculos por parentesco das pessoas envolvidas na composição societária de cada uma das empresas com os empresários acima nominados; é delineado o controle acionários das empresas; é apontado o enquadramento indevido no SimBahia/Simples Nacional; são indicados os vínculos por marca e/ou know how; e, por fim, são descritas as conexões por procurações.

Observe que o Relatório apresenta, como conclusão, que o estabelecimento autuado se constitui em uma das sete empresas formadoras do "Grupo Econômico Companhia da Pizza", para, em seguida, recomendar a fiscalização de todas as empresas em questão, visando apurar o tributo estadual, retroativamente, pelo enquadramento indevido no Regime do Simples Nacional. Com base nessa recomendação, a Inspeção Fiscal de Varejo emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional, tornando possível a fiscalização e, consequentemente, a exigência retroativa do imposto devido, com fulcro nos artigos 28 e 29 da Lei Complementar nº 123/2006, no art. 5º, inciso XI da Resolução CGSN nº 15/07, e no art. 387 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Para um melhor entendimento, transcrevo em seguida os artigos 28 e 29, inciso IV da mencionada Lei Complementar e o art. 387 do RICMS/BA:

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

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

“... ”

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;”

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

Constato que o contribuinte foi notificado a respeito de sua exclusão do citado regime, por meio do Diário Oficial do Estado, edições de 27 e 28/10/2009, tendo sido concedido o prazo de 30 (trinta) dias para impugnar a exclusão. Apesar disso, não foi apresentada qualquer impugnação contra a exclusão por parte do autuado. Acrescento que o aludido procedimento levado a efeito pela Repartição Fazendária encontra-se respaldado nos artigos 393-E a 393-H do RICMS/BA, que seguem abaixo reproduzidos:

“Art. 393-E. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada pela Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007.

Art. 393-F. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte pelo seu número de inscrição no cadastro.

Parágrafo único. Os demais dados de identificação do contribuinte e o motivo da exclusão serão disponibilizados pela Secretaria da Fazenda mediante acesso público ao endereço www.sefaz.ba.gov.br.

Art. 393-G. O contribuinte poderá impugnar a exclusão na repartição fazendária do seu domicílio fiscal, até 30 (trinta) dias após a publicação da comunicação, que será apreciada pelo Inspetor Fazendário.

Parágrafo único. No âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos apreciará a impugnação à exclusão do contribuinte.

Art. 393-H. Mantida a Decisão de exclusão do contribuinte, o termo de exclusão será registrado no Portal do Simples Nacional na Internet para que possa produzir seus efeitos.”

Concluo, desta forma, que ao lavrar o Auto de Infração em lide, o autuante apenas cumpriu a Ordem de Serviço oriunda da Inspeção Fiscal, baseando-se nas conclusões obtidas por meio do Relatório de Investigação Fiscal nº 19/2008, para realizar a apuração dos valores efetivamente devidos pelo sujeito passivo. Isto quer dizer que na presente ação fiscal foi seguida tão somente a recomendação constante no mencionado Relatório, após o desenquadramento do autuado.

Observe que enquanto o impugnante não se insurgiu contra as duas infrações identificadas pela fiscalização, o autuante carregou ao processo os elementos que apontam estarem corretos os valores exigidos. Na infração 01 a imposição fiscal tratou do recolhimento a menos do ICMS devido, referente à comercialização de refeições, tendo em vista a perda do direito aos benefícios do Simples Nacional, com o débito sendo apurado de forma retroativa, a partir do momento no qual ocorreu o desenquadramento, com base no regime em função da receita bruta, tendo em vista que é essa a modalidade de apuração do imposto, conforme consta do INC/SEFAZ - Informações do Contribuinte.

Constato que nessa infração os valores dos débitos se encontram apontados no demonstrativo de fl. 06, onde o autuante indicou os valores da receita bruta, coletados a partir dos dados constantes no livro Registro de Saídas do impugnante, sobre os quais aplicou a alíquota de 4%, tendo em vista que o estabelecimento atua no ramo de refeições, deduzindo os valores recolhidos através do Simples Nacional. Repriso que o autuado não apontou a existência de equívocos nessa apuração. Assim, a infração 01 resta plenamente caracterizada.

Verifico, por outro lado, que o autuante se equivocou ao sugerir a multa de 60%, baseada na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, haja vista que a apuração do imposto decorreu do cometimento de

infração de natureza grave, de modo que a multa a ser aplicada corresponde àquela prevista no inciso IV, alínea “j” do mesmo dispositivo legal, pelo que retifico, de ofício, a multa aplicada para o percentual de 100%.

Quanto à alegação de que a multa atinente a essa infração tem caráter confiscatório e que seria ilegal e inconstitucional, violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ressalto que de acordo com o disposto no art. 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade. Apesar disso, verifico que a exigência fiscal está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbrando qualquer violação a nenhum dos princípios constitucionais, não existindo, tampouco, o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual. Complemento que a multa em questão encontra-se em conformidade com a previsão expressa na Lei nº. 7014/96.

O Auto de Infração foi julgado procedente.

Inconformado com a Decisão prolatada, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 165/185). Após abordar a tempestividade de seu Recurso e sintetizar os fatos acontecidos, requer a nulidade do lançamento com base na ausência do princípio da verdade material do Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 29/2008, já que um dos seus principais argumentos se pautou em matéria jornalística veiculada pelo jornal “A Tarde” de 11/05/2008.

Consigna que no referido RIF, a fiscalização considerou a existência de um Grupo Econômico formado pelas empresas Pátio Itália Iguatemi Alimentos e Bebidas Ltda., 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., das quais seriam sócios, de fato, os Srs. Múrcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto, enquanto que os demais sócios seriam pessoas das famílias dos três empresários, utilizadas como interpostas pessoas.

Diz que a fiscalização se utilizou de uma presunção fiscal para concluir que houve interposição de pessoas na formação societária das empresas, de modo que mesmo não comporem juridicamente o quadro societário de algumas das referidas empresas, os mesmos eram formados por parentes dos três empresários e exploravam o mesmo ramo de atividade a exceção da MGM Comércio de Confeções Ltda.

Em seguida, afirma que antes de adentrar na análise do lançamento fiscal, deve apontar a nulidade da Decisão recorrida, já que não, conforme seu dever, examinou as questões fundamentais ao deslinde da controvérsia, ou seja, a análise do RIF nº 29/2008. Neste seu discurso, afirma que este Colegiado, por dever, deve rever “*as ilegalidades perpetradas no citado Relatório*”, o que desaguava na desconstituição do lançamento fiscal.

Discorrendo sobre “ato administrativo”, frisa que não existe vedação jurídica à associação de familiares, muito pelo contrário, pois a Constituição Federal assegura o pleno direito à livre associação e à livre iniciativa, conforme seus artigos 5º, inciso XVII e 170.

Ressalta que a norma de regência do Simples Nacional não veda a associação de familiares para o desenvolvimento de uma atividade empresarial. O que ele veda é a utilização de pessoas (familiares ou não) “*como interposições pessoais para a prática de atos empresariais*”, o que não era o seu caso, uma vez que a “interpostas pessoas” somente se caracteriza quando as pessoas que compõem o quadro societário somente figurem simbolicamente, “*não percebendo estas, de fato, os resultados e benefícios de sua participação societária nem possuindo poderes e atos de gerência no regular desenvolvimento da atividade empresarial*”.

Após discorrer sobre o seu entendimento a respeito de “interposta pessoa”, afirma que no RIF não consta que a fiscalização buscou os elementos de provas suficientes para caracterizá-la, conforme tinha apontado anteriormente. Ressalta que estes elementos poderiam ser obtidos através da análise de documentos pessoais dos sócios das empresas, a exemplo das Declarações do Imposto de Renda.

Destaca que no Parecer Final do Processo nº 190981/2009-5, em apreciação ao Recurso interposto pela MGM, em razão da sua exclusão do Simples Nacional, em sua conclusão o Parecerista consignou que “*a interposição fraudulenta é típica presunção legal. Ou seja, cabe a requerente*

provar que não praticou a interposição e não o fisco." Assevera que não se pode aceitar a imputação da realização de um ilícito fiscal pautada apenas em indícios (presunções), citando nesta sua argumentação lições de José Souto Maior e Maria Rita Ferragut e afirmando de que a fiscalização ignorou os princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e a motivação dos atos administrativos.

Com tais argumentos, afirma que a Decisão da JJF não pode prevalecer que entender não estar comprovado o fato material, bem como não ter havido a garantia de ampla defesa, já que o lançamento fiscal encontra-se baseado no nominado RIF que, por sua vez, baseou-se em indícios, presumindo o fato material ora em combate. Saca das determinações dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal e dos artigos 2º e 50 da Lei nº 9.784/99, para reafirmar que o referido relatório encontra-se suportado apenas em presunções, sem a coleta das provas necessárias a desvendar a verdade material dos fatos.

Aduz que tendo em vista que o lançamento está pautado exclusivamente no quanto apurado por meio do citado RIF e sendo este nulo, carece o Auto de Infração dos requisitos essenciais para a sua validade, indo de encontro ao artigo 142 do CTN. Realça que sendo o ato administrativo plenamente vinculado, por disposição legal, deve ser sempre motivado, sob pena de nulidade, por desrespeito aos já citados princípios constitucionais, uma vez que o autuante inverteu o ônus da prova, cerceando o direito à ampla defesa. Salienta que o RIF, que resultou na sua exclusão do Simples Nacional, carece dos elementos que lhe são necessários, em razão da ausência de prova acerca da ocorrência do quanto alegado, bem como, por carecer o lançamento de motivação, resultando, como consequência, na nulidade do Auto de Infração.

Comentando acerca da conclusão quanto à sua participação no "Grupo Companhia da Pizza", já que o quadro societário das empresas é composto pelos Srs. Murcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antonio Valério de Carvalho Neto. Realça que o fato de pessoas físicas que possuem vínculo de parentesco com os empresários acima citados, ou mesmo algum deles pessoalmente, de figurar no quadro societário do estabelecimento autuado, não significa que eles explorem a empresa por meio de interpostas pessoas. Entende que para que se configure a ocorrência da utilização de interpostas pessoas, faz-se necessário que se prove que as pessoas tidas como interpostas não percebem os dividendos atinentes à sua participação societária.

Entende que não há dúvida de que os senhores Múrcio de Almeida Dias, Luiz Augusto do Vale Dória e Antônio Valério de Carvalho Neto não se utilizavam de interpostas pessoas para explorar a atividade econômica do impugnante, não existindo nenhuma razão para que a receita ajustada bruta do autuado tenha sido somada à receita ajustada bruta de qualquer outra empresa da qual supostamente faria parte os referidos empresários. Por esta razão, pugna pela improcedência do lançamento.

Passa, em seguida, a discorrer sobre o errôneo entendimento do fisco em considerar a empresa MGM Comércio de Confecções Ltda. como participante do grupo empresarial.

Diz ser necessária à busca da verdade material, através de diligência fiscal, visando a coleta junto a todas as pessoas que integram o quadro societário das sete empresas, os elementos necessários à comprovação ou não do quanto apontado no Relatório de Investigação Fiscal nº. 19/2008.

Assevera que a imposição da multa de 60% é ilegal e inconstitucional, por violar os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, apresenta lição de Celso Antônio Bandeira de Mello e Sacha Calmon de Sá.

Requer a nulidade da Decisão recorrida e do RIF 19/2008 e a improcedência do Auto de Infração, Solicita, ainda, que as intimações sejam feitas em nome do seu patrono, Octávio Bulcão Nascimento, OAB/BA sob o nº. 12.009, com endereço profissional à Rua Agnelo de Brito, nº. 90, Edifício Garibaldi Memorial, 5º andar, Federação, CEP 40.210-245, Salvador – Bahia, sob pena de nulidade.

No seu Parecer da lavra da n. Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, a PGE/PROFIS (fls. 191/192) após descrever a infração 01, observa que desde a inicial a empresa se insurge contra o relatório de investigação fiscal — RIF nº 19/2008 que resultou no desenquadramento da empresa do SIMPLES NACIONAL.

Diz que o referido relatório encontra-se acostado às fls. 144/165 e que do procedimento levado a efeito pela Secretaria da Fazenda Estadual, a empresa foi cientificada, como consta á fl. 165. Que em consequencia do referido RIF nº 19/2008, foi emitido o Termo de Exclusão do Simples Nacional, publicado em Diário Oficial, do qual consta expressamente a possibilidade do contribuinte de impugnar a exclusão, no prazo de trinta dias. Em assim sendo, entende “*que o presente processo administrativo fiscal não é o meio processual adequado à discussão do RIF Nº 19/2008, nem mesmo quanto à efetiva exclusão do autuado do SIMPLES NACIONAL, sobre os quais poderia o contribuinte ter se manifestado no prazo estabelecido no Termo de Exclusão juntado às fls. 45 dos autos*”.

Entretanto, ao continuar a analisar o PAF, verificou a ocorrência de nulidade a macular a infração 1, já que ela foi apurada em face do enquadramento indevido do contribuinte no SIMPLES NACIONAL, como informa o autuante na própria infração. E, continua, *os fatos geradores apurados referem-se ao exercício de 2007 e o Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL, datado de 26 de outubro de 2009, prevê em seu bojo efeitos retroativos à partir de 01 de janeiro de 2008.*

Em assim sendo, opina pela nulidade da infração 1, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, vez que o desenquadramento do contribuinte apenas surtiu efeitos à partir de janeiro de 2008, não podendo ser apurados valores, com base neste desenquadramento, referentes a fatos geradores anterior aos efeitos do mesmo. Diante desta fato, entende restar insegura a infração e afirma que, de ofício, s.m.j. deve ser decretada a nulidade da infração 1.

Quanto à infração 2, a mesma além de não ter sido objeto de Recurso Voluntário, não guarda relação com a infração 1 e, portanto, deve ser mantida.

Termina seu opinativo nos seguintes termos: “*Diante do exposto, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opino pela nulidade do item 01 do lançamento, com base no artigo 18, inciso IV do RPAF, devendo a presente manifestação ser encaminhada ao colendo Conselho de Fazenda Estadual para ser submetida ao crivo desta CORTE JULGADORA*”.

Em Despacho, a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Paula G. Morris Matos, acompanha o Parecer anteriormente exarado (fl. 195).

O patrono da empresa requer vistas ao processo e apresenta procuração (fls. 197/199).

VOTO

Antes de adentrar na matéria concernente ao Recurso Voluntário, me pronuncio a respeito do pedido do recorrente de que todas as intimações sejam encaminhadas, exclusivamente, ao patrono da empresa. Ressalto que, presentemente, a matéria em discussão se encontra a nível administrativo. E, em assim sendo, no foro administrativo não é obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide. O autuado tem endereço, seus sócios, igualmente. Portanto, as comunicações desta SEFAZ, conforme determinações do art. 108, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) poderão ser dirigidas a qualquer um. Entretanto, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente deste CONSEF poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem nulidade do processo.

Informo, ainda, que as intimações para que o representante legal da empresa comparecer ao CONSEF para acompanhar as sessões de julgamento deste Colegiado, e nela se manifestar,

conforme determinações legais, são publicadas no Diário Oficial do Estado e no site da Secretaria da Fazenda deste Estado.

Em preliminar o recorrente requer a nulidade da Decisão recorrida e do RIF 19/2008, gerado pela fiscalização que constatou ser equivocado o enquadramento da empresa no Simples Nacional.

Quanto ao pedido de nulidade, ou mesmo anulação, da Decisão recorrida, este é pedido sem causa. É cediço que a busca da verdade é ponto determinante em um processo administrativo fiscal. Porém a sua condução cabe, exclusivamente, ao julgador. No presente caso, a JJF minuciosamente analisou todas as questões levantadas pela empresa quando de sua inicial. Se não as aceitou, este fato, em qualquer hipótese caracteriza-se como motivadora de anulação da Decisão recorrida.

O recorrente ainda solicitou a nulidade do lançamento fiscal, afirmando de que a fiscalização ignorou os princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e a motivação dos atos administrativos, ao ter se baseado em indícios, já que entende que o RIF 19/2008 presumiu fato material. Em primeiro, a autuação é ato posterior à exclusão do contribuinte do Simples Nacional. Em segundo, acaso o seu desenquadramento realizado pelo fisco fosse indevido, deveria ele, no prazo legal, ter se insurgido. Não consta nos autos que a empresa tenha impugnado, na forma legal, a exclusão levada a efeito. No mais, reporto-me, mais uma vez, ao RIF 19/2008 quando da análise da infração ora em lide.

A infração 01 da presente autuação é motivadora do Recurso Voluntário diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o regime de apuração em função da receita bruta, nos meses de julho a dezembro de 2007. Esta exigência teve como ação motivadora o enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte, inscrita no Simples Nacional, conforme documentos acostados ao Processo de nº 175392/2009-5.

Toda a insurgência do recorrente prende-se ao fato de que seu desenquadramento no Simples Nacional não poderia ter acontecido, pois baseado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 29/2008, que não possui base fática para ser levado em consideração, conforme minuciosamente argumentou no Recurso interposto.

Ressalto que a JJF analisou, diante da norma de regência do Simples Nacional, a situação do desenquadramento do recorrente do Simples Nacional, não cabendo mais, por caracterizar-se repetição da norma, repeti-la neste momento.

Por outro lado, não cabe a este CONSEF questionar e discutir a averiguação realizada pela fiscalização, conforme consta nos fólios processuais, que caracterizou interpostas pessoas do grupo econômico do qual faz parte o recorrente. O art. 393-G, do RICMS/97 determinava que o contribuinte poderia impugnar a sua exclusão, de ofício e como realizada, na repartição fazendária do seu domicílio fiscal, até 30 dias após a publicação da comunicação, sendo a sua impugnação apreciada pelo Inspetor Fazendário. E no âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos apreciaria a impugnação à exclusão do contribuinte (Parágrafo único do referido artigo).

No mais, o Termo de Exclusão da empresa foi assinado em 26/10/2009 e publicado no Diário Oficial em 27/10/2009 e 28/10/2009 através do Edital nº 02/2009 (fls. 45/49).

Entretanto, a PGE/PROFIS ao analisar os autos levantou questão que considero de fundamental importância.

Ao analisar o Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl. 45) emitido por esta Secretaria de Fazenda lá consta que não havendo impugnação à exclusão no prazo estabelecido ou sendo negado provimento à impugnação apresentada, a exclusão surtirá efeito a partir de **01 de janeiro de 2008** (grifo).

Ora, o Auto de Infração, embora lavrado em 29/06/2010, reporta-se a fatos geradores ocorridos nos meses de julho a dezembro de 2007 e a exclusão do contribuinte no Simples Nacional somente teve efeitos retroativos a partir de 01 de janeiro de 2008.

Em assim sendo, embora sob argumento diverso do apresentado pelo recorrente, somente posso votar pela improcedência da autuação, vez que no período abrangido pela autuação, o recorrente se encontrava enquadrado no Simples Nacional, deixando de apreciar, por não ter mais razão de ser, as demais questões ventiladas pelo recorrente.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para declarar improcedente a infração 1, do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206925.0012/10-1**, lavrado contra **MAOTAI SALVADOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.234,15**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 21 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS