

PROCESSO - A. I. Nº 118867.0005/15-6
RECORRENTE - CLAUDILIS DA S. O. CARNEIRO (FERANDA) – ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0130-05/16
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0219-12/16

EMENTA: ICMS. REGIME NORMAL. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Verifica-se que depois de levantar os dados dessas empresas quanto à identificação do responsável e sua condição societária foram analisados os elementos indiciários de fraudes. No entanto, o autuando não tem nenhuma vinculação com as demais empresas investigadas, salvo o ramo de negócios, que é comum. Muito menos há indícios de participação societária ou administrativa com as demais empresas fiscalizadas. Entende-se que o referido desenquadramento do Contribuinte foi absolutamente irregular, indevido e injusto. Desconsidera-se a autuação efetuada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 29/12/2015, decorrente de recolhimento a menos do ICMS, em virtude de erro na apuração do tributo devido, no valor de R\$21.656,82, acrescido de multa de 60%.

O voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, conclui que é integralmente Procedente o Auto de Infração, como segue:

VOTO

“Trata-se de lançamento de ICMS contra contribuinte que passou por período em regime NORMAL de apuração do imposto, por conta de desenquadramento temporário do SIMPLES NACIONAL. Alegou a impugnante que o lançamento é nulo, pois só poderia ter sido efetuado por Agente de Tributos Estaduais, porque se tratava de uma microempresa, mas constata-se que no período em questão, nos termos do documento à fl. 56, a empresa deveria ter recolhido como se normal fosse, e o imposto foi devidamente lançado por agente do fisco em cargo de Auditor Fiscal, encarregado legalmente da fiscalização das empresas enquadradas neste regime de apuração.

Assim, denego a nulidade pretendida, por incompetência funcional da autuante, vez que não há no processo, a comprovação de que o período autuado corresponda efetivamente ao alegado regime simplificado de apuração do imposto. Dessa forma o lançamento por Auditor Fiscal encontra-se em perfeita sintonia com a disposição legislativa.

Por outro lado, consta como prova, cópia às fls. 92/93, o processo administrativo 070440/2012-2 em que a impugnante pede revisão da exclusão do SIMPLES, em virtude de se verificar a não existência de outra empresa em seu nome, pedindo a sua reinclusão no regime simplificado, em 21/12/2012. Já a informação fiscal traz à fl. 56, a situação de optante do SIMPLES apenas a partir de 01/01/2014.

Diz a impugnante que foi desenquadrada do SIMPLES porque sua empresa fazia parte de uma “franquia” com várias outras lojas de mesmo nome de fantasia e mesma atividade. Entendeu-se que as empresas eram dos mesmos sócios e o somatório da receita extrapolava o limite permitido ao regime simplificado. O retorno à condição de optante do SIMPLES ocorreu apenas a partir de janeiro de 2014 e o lançamento foi feito em período anterior, quando estava no regime normal.

As decisões no processo administrativo só podem ser embasadas nas provas apresentadas e não em conjecturas, visto que o contribuinte, pelo que consta, só voltou ao regime simplificado em janeiro de 2014. Se a decisão administrativa reconheceu as razões da impugnante, deveria ter feito o reenquadramento retroativo, mas não é isto que consta no documento interno da SEFAZ à fl. 56. Há de se admitir que o reenquadramento pode ter sido aceito por outras razões e que não cabe a retroatividade do regime simplificado.

Assim, necessário seria provar que durante o período anterior a janeiro de 2014, e no caso, coincidente com o imposto lançado, foi garantida retroativamente a sua permanência no SIMPLES, ou ao menos a cópia da decisão do recurso administrativo (processo nº 070440/2012-2) em que se autoriza expressamente a volta ao regime simplificado. No entanto, o impugnante trouxe à defesa, apenas cópia do pedido, e não da decisão.

É imprescindível que se tenha conhecimento do teor da decisão administrativa de reenquadramento em que se reconheça a retroatividade do regime simplificado à época em que foi efetuado o desenquadramento. A impugnante diz em sua defesa que a Receita Federal “reconheceu o erro na exclusão e foi reincluída em janeiro de 2014, tendo reconhecido e convalidado todos os atos praticados desde julho de 2007” sem, no entanto apresentar qualquer comprovação do quanto afirmado.

Face ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento”.

O Contribuinte alega que o cerne da questão está em se saber se no ano de 2012, período base do lançamento, a recorrente estava legalmente enquadrado no Simples Nacional ou se encontrava ilegalmente excluída, posto que em qualquer das duas hipóteses o Auto de Infração será improcedente.

Aduz que para dirimir essa dúvida é imprescindível que se tenha a decisão do processo nº 070440/2012-2 no qual a SEFAZ aprecia a irresignação do Contribuinte quanto ao seu desenquadramento.

Salienta que, como faz prova a cópia anexa, o Contribuinte protocolou na Receita Federal sua defesa quanto ao desenquadramento e o despacho daquele órgão informou que essa decisão fora de iniciativa da SEFAZ/BA.

E que a SEFAZ, até a presente data, não o havia intimado de sua decisão, muito embora tenha corrigido o indevido desenquadramento desde o ano de 2014.

Assim, o Recorrente sugere que esse CONSEF verifique o andamento do referido processo, por entender ser a única forma de julgar o presente feito.

Requer no final a reforma da decisão recorrida para que seja julgado improcedente o Auto de Infração nº 118867.0005/15-6.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0130-05/16, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na acusação de haver o contribuinte deixado de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS em virtude de erro na apuração do tributo devido.

O Contribuinte alega que apurou os tributos devidos, no período referido na autuação em lide, com base nas alíquotas do Simples Nacional, por se considerar enquadrado nesse regime.

Da análise da presente feito, verifico que o deslinde desta questão está, como o Recorrente indica, no processo SIPRO 070.440/2012-2, mas que, diferentemente do que aponta o Contribuinte, não aprecia sua defesa e, sim, trata de sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, levada a efeito em 05/06/2012. E o respectivo edital de exclusão nº 13/2012 foi publicado no D. O. E., em 03/05/2012.

Verifico ainda que esse desenquadramento teve por base o Boletim de Inteligência Fiscal nº 295/2011, cuja cópia anexo ao presente voto.

Em apertada síntese, esse Relatório diz respeito a um exaustivo trabalho de investigação

realizado pelo Órgão próprio desta SEFAZ, envolvendo 33 empresas, a partir de uma denúncia sobre uma delas que teria efetuada venda de mercadoria sem a emissão de nota fiscal.

Nesse relatório verifico que, depois de levantar os dados dessas empresas quanto à identificação do responsável e sua condição societária, início e eventual término da sua atividade e capital social, foi analisados os elementos indiciários de fraudes, a saber:

- a) Vínculos empregatícios dos sócios;
- b) Padrão dos endereços de empresas versus Padrão residencial de seus sócios;
- c) Pool de empregados;
- d) Vínculo por parentesco;
- e) Vínculo por administração;
- f) Indícios da existência de um conglomerado de empresas;
- g) Vínculo por fiador;
- h) Vínculo por nome Fantasia;
- i) Vínculo por endereço eletrônico;
- j) Vínculo por atividade econômica;
- k) Vínculo por endereço;
- l) Vínculo por contadores;
- m) Estabelecimentos que utilizam ECFs;
- n) Enquadramento no Regime SimBahia/Simples Nacional.

Do cotejo desses elementos o investigador estabelece as relações entre as empresas investigadas, para concluir a irregularidade no enquadramento delas no Simples Nacional, indicando três grupos, sendo o primeiro por ultrapassar o limite de faturamento estabelecido para usufruir do Regime do Simples Nacional; o segundo por apresentar indícios de fazer parte do grupo anterior; o terceiro por terem sido constituídas em nome de sobrinha do Sr. Josué Santana Almeida Santos que no levantamento de vínculos por parentesco faria parte de 21 empresas do grupo.

E, por último, pela empresa individual **Claudilis da S. O. Carneiro** com vinculação no nome fantasia às demais empresas. (*sic*).

E assim, unicamente por usar o mesmo nome de fantasia – FERANDA –, a empresa individual ora recorrente, que não tinha nenhuma vinculação com às demais empresas investigadas, foi peremptoriamente e indevidamente excluída do Simples Nacional.

Devo registrar que no “Histórico dos Eventos do Simples Nacional” consta no registro da exclusão que o tipo do evento teria sido; *“Exclusão de Ofício – Titular ou sócio com participação superior a 10% no capital de outra PJ, não beneficiada pela LC nº 123, tendo RB global ultrapassado o limite.”* – Publicado do D.O.E em 03/05/2012.

O que já aponta uma divergência entre a conclusão do relatório e o fundamento explicitado no referido registro.

Ora, a meu ver, foi no mínimo precipitada a conclusão que o investigador chegou de que haveria um vínculo da recorrente, com as demais empresas investigadas, pelo simples fato de adotar o nome de fantasia – FERANDA –, que outras três investigadas usavam, tratando-se de uma empresa individual que certamente tem um contrato de franquia com o proprietário da marca que lhe permite o uso desse nome, como tantas outras que existem em toda parte do Brasil e do mundo.

Vale registrar que nenhum outro vínculo, salvo o ramo de negócios, que é comum, foi encontrado pelo investigador. Muito menos indícios de participação societária ou administrativa com as demais empresas fiscalizadas.

Assim, entendo que o referido desenquadramento do Contribuinte foi absolutamente irregular, indevido e injusto. Restando, portanto, desconsiderar a autuação efetuada.

Vale ainda registrar que, a partir de 1º de janeiro de 2014 o contribuinte foi reenquadrado no Simples Nacional.

Por tudo o quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO Do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para alterar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **118867.0005/15-6**, lavrado contra **CLAUDILIS DA S. O. CARNEIRO (FERANDA) – ME**.

Sala de Sessões do CONSEF, 1º de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS