

A. I. N° - 232895.0035/01-7
AUTUADO - TÂNIA MARIA LIMA DIAS
AUTUANTE - JOSÉ VITURINO DA SILVA CUNHA
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 19.03.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0064-01/03

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ENQUADRAMENTO IRREGULAR NO SISTEMA CADASTRAL DA FAZENDA. Não há prova de que o contribuinte cometeu o ilícito que lhe é atribuído. Uma coisa são fatos. Outra coisa são conjecturas, circunstâncias, indícios. Nos termos do art. 112 do CTN, deve-se interpretar a lei da maneira mais favorável ao acusado quanto à capitulação legal do fato, quanto à sua natureza ou às circunstâncias materiais, quanto à natureza ou extensão dos seus efeitos, quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade pelo cometimento. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2001, acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos, por ter o contribuinte se aproveitado indevidamente do benefício fiscal do regime do SimBahia no período de julho de 1999 a julho de 2002. Imposto exigido: R\$ 68.623,29. Multa: 70%. Consta na descrição dos fatos que as empresas Cristiane Dias da Silva (Inscrição Estadual n° 50.338.632), Sérgio Murilo Lima Dias (Inscrição Estadual n° 52.308.084) e a autuada (Inscrição Estadual n° 50.338.416) seriam “laranjas” da firma Gildásio Moreno Soares (Inscrição Estadual n° 25.323.906). As aludidas empresas estariam registradas arditosamente como empresas independentes para fruição de benefício fiscal a que não teriam direito se o movimento econômico se concentrasse em apenas uma empresa. Consta ao final da descrição que o contribuinte autuado seria desenquadrado do SimBahia. Além disso, atribui-se a Gildásio Moreno Soares a responsabilidade solidária pelo débito levantado.

O autuado apresentou defesa reclamando do seu desenquadramento do SimBahia, efetuado de ofício, bem como do Auto de Infração. Protesta que a sua exclusão do SimBahia foi feita sem que a empresa pudesse apresentar qualquer justificativa, através de medida *ex officio*. Alega que as conclusões a que o fisco chegou, sem um procedimento contraditório, acarretaram uma iniqua arbitrariedade. As aparências, embora induzam a determinado juízo de valor, nem sempre confirmam o que foi aventado hipoteticamente.

Passa em seguida a explicar os fatos. Valdíque Lima Dias Soares, esposa de Gildásio Moreno Soares, pessoa, portanto, que não se confunde com este nem com a empresa deste, foi procurada pelos seus irmãos Tânia Maria Lima Dias e Sérgio Murilo Lima Dias e por sua sobrinha Cristiane Dias da Silva, os quais, pretendendo estabelecer-se no mesmo ramo de negócio do seu marido Gildásio, lhe pediram orientação sobre como proceder. Inicialmente, a idéia era constituírem uma sociedade. Aconselhados por d. Valdíque, resolveram estabelecer-se individualmente. Porém não se trata de “laranjas”, conforme precipitadamente foram chamadas pelo preposto fazendário. Acrescenta que d. Valdíque agiu nesse caso como conselheira, não somente por ser irmã de duas das

peessoas acima mencionadas e tia da terceira, mas também por sua larga experiência, por ter sido por mais de vinte anos funcionária do Banco do Brasil, circunstância que a credencia a prestar orientação em casos assim, numa relação normal entre pessoas ligadas por estreitos laços afetivos.

A defesa assegura que os estabelecimentos funcionam regularmente. Rebate a acusação de que os documentos fiscais se encontrariam em poder de Gildásio Moreno Soares, pois os documentos fiscais se encontravam no escritório de contabilidade, conforme provam os termos e intimações expedidos pela fiscalização, assinados pelo contador (juntou cópias).

Nega que tivesse sido praticada qualquer fraude. Comenta as várias circunstâncias em que se baseou o fisco para concluir que estaria havendo simulação.

Encerra suas considerações ponderando que, em face dos documentos apontados, bem assim das declarações de imposto de renda de bens e direitos da titular da empresa autuada, onde se comprovam seus rendimentos oriundos da sua atividade de comerciante e o seu capital declarado, caem por terra as acusações feitas no Auto Infração. Aduz o princípio jurídico de que tudo o que não está legalmente proibido é legalmente permitido.

Requer a decretação da improcedência do Auto de Infração, e que, no tocante ao desenquadramento do SimBahia, se restabeleça o *status quo ante*.

Foi apresentada também defesa por parte da firma Gildásio Moreno Soares, na condição de responsável solidário, assim eleito no presente Auto de Infração. Nega que tenha qualquer liame de natureza comercial com a empresa autuada. As ligações restringem-se exclusivamente às pessoas físicas dos titulares das empresas, por força de parentesco. A seu ver, este constitui o único elemento que serviu de base para a descabida solidariedade tributária que lhe foi atribuída. Seguem-se explicações para as várias circunstâncias em que se baseou o fisco para concluir que estaria havendo simulação. Nega que tivesse sido praticada qualquer fraude. Requer a improcedência da autuação.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que a defesa não fez prova de que a empresa funciona normalmente. Considera que, ao invés de negar o cometimento das infrações, deveria a defesa juntar provas documentais da movimentação bancária. Os documentos fiscais foram apreendidos no estabelecimento comercial da Comfergil, conforme documentos acostados aos autos. Quanto aos outros documentos fiscais, os mesmos somente foram solicitados pelos prepostos fiscais para auditoria em 13/12/2001. Reafirma que a empresa autuada funcionava apenas como empresa “laranja” de Gildásio Moreno Soares, tendo sido registrada ardilosamente como empresa independente para fruição de benefício fiscal a que não teria direito se o movimento econômico se concentrasse em apenas uma empresa.

Conclui dizendo que a defesa não apresentou provas de suas alegações, apegando-se apenas ao aspecto legal das ações administrativas, tentando, com sua tese, dar aparência diversa à realidade dos fatos.

Propõe a manutenção do procedimento.

O processo foi incluído na pauta de julgamento do dia 9/9/02. Na sessão de julgamento, ouvidas as ponderações dos advogados do autuado, a Junta deliberou a remessa do processo em diligência à ASTEC, para obtenção de esclarecimentos. As questões formuladas pela Junta e as respostas da ASTEC são estas:

1. Questão: Nilzete de Souza Conceição é funcionária de que empresa?

Resposta: é funcionária registrada da empresa Gildásio Moreno Soares desde abril de 1998.

2. Questão: quem é a pessoa que emite os documentos fiscais? Qual o seu vínculo com o autuado?

Resposta: segundo o contador do autuado, os documentos eram emitidos por Ana Paula Moreira, funcionária do escritório de contabilidade, que à época prestava serviços avulsos ao referido escritório, sem vínculo empregatício.

3. Questão: verificar nos talões como são emitidos os documentos de cada estabelecimento, de um modo geral.

Resposta: os documentos das empresas Tânia Maria Lima Dias e Cristiane Dias da Silva são emitidos pela mesma pessoa.

4. Questão: em face da alegação do fisco de que o estabelecimento de Tânia Maria Lima Dias não funcionaria normalmente, sendo laranja de outra empresa: a) o estabelecimento funciona ou funcionava com as portas abertas ao público? quais as características do prédio onde funciona o estabelecimento?

Resposta: nas três ocasiões em que o fiscal diligente visitou a empresa (dias 26-27-28/11/02), o estabelecimento estava com as portas abertas, sob a responsabilidade da funcionária Valquíria Moreira da Silva, registrada em 1/10/02. O auditor diz não saber se anteriormente o estabelecimento funcionava normalmente. A empresa dedica-se ao comércio de ferros, pregos, arame farpado, telha eternit, e as vendas são feitas basicamente por atacado. O estabelecimento possui edificação térrea, com duas portas de levantar, ficando as mercadorias no seu interior.

5. Questão: a firma Tânia Maria Lima Dias tem escrituração própria? Tem movimento bancário próprio? Os lançamentos são condizentes com a sua movimentação?

Resposta: a firma tem escrituração fiscal e contábil (exercícios de 1999, 2000 e 2001). Não consta que tenha movimentação bancária. O diligente chama a atenção para o fato de que em 1999 a receita bruta da empresa foi de R\$ 487.407,53, considerando estranho que operações desse vulto sejam movimentadas apenas com valores em espécie.

6. Questão: analisar a Declaração do Imposto de Renda, pessoa física, da titular, referente ao exercício de 1999, ano calendário de 1998.

Resposta: de acordo com a cópia da Declaração anexa aos autos, consta na declaração de bens e direitos a existência de R\$ 16.000,00 em espécie.

7. Questão: há algum fato que esclareça o que foi relatado às fls. 9-10?

Resposta: o diligente se absteve de fazer comentários, dizendo apenas que, a seu ver, o que foi relatado nos quesitos acima dá para formar juízo quanto aos fatos em exame.

Foi mandado dar vista do resultado da diligência ao sujeito passivo e ao fiscal autuante.

O autuado, ao tomar ciência da diligência efetuada, ingressou com manifestação, observando que a conclusão a que chegou o fiscal diligente confirma na íntegra as razões expostas na defesa. Assinala que Nilzete de Souza Conceição é funcionária registrada de Gildásio Moreno Soares desde abril de 1998, não gerando qualquer presunção de veracidade das alegações constantes na acusação, uma vez que, diversamente do que aduziu o fiscal autuante, “por razões ignoradas”, pois não foi aquela pessoa (Nilzete) quem estava como “detentora” dos documentos da empresa autuada, pois o detentor era o contador da empresa, Ramon Lima Dias. Os documentos estavam no escritório de contabilidade, onde foram entregues pelo contador ao fiscal autuante. Dá destaque à descrição das dependências dos estabelecimentos em questão pelo autuante e pelo fiscal diligente, inclusive envolvendo outros processos. Diz que com esta diligência se tornou possível o restabelecimento da verdade, haja vista que por ocasião da defesa o autuado não pôde defender-se da

acusação de que a área de suas instalações seria toda a céu aberto, pois não tomou conhecimento dos termos do Relatório de Diligência Fiscal às fls. 9-10, “onde tal relato inverídico foi feito”, do qual somente agora tomou ciência. Considera que, nos demais tópicos, a diligência confirma o que foi exposto pela defesa, embora discorde de certas considerações feitas pelo fiscal diligente.

O fiscal autuante, ao ter vista dos novos elementos, juntou instrumento em que declara que no presente lançamento foi concedido o crédito fiscal a que a empresa faz jus, prescindindo, portanto, de ajuste à Orientação Normativa nº 1/02 do Comitê Tributário. Quanto aos fatos em discussão, diz que em momento algum o autuado prova que a empresa funcionava normalmente de portas abertas ao público. Com relação à alegação da defesa de que não seria Nilzete de Souza Conceição que estava de posse dos documentos do autuado, e sim o contador, Ramon Lima Dias, o autuante contrapõe que “mais é claro que a documentação fiscal e contábil tem que está é na contabilidade mesmo, agora talonários de Notas Fiscais em uso, tinha que está era na Empresa Autuada (TÂNIA MARIA LIMA DIAS) e não na Empresa GILDÁZIO MORENO SOARES)” [sic]. Quanto à circunstância de a empresa estar funcionando quando da visita do fiscal diligente, considera que isso nada tem a ver com o fato em questão, pois após a autuação é que a empresa resolveu se precaver. Propõe a manutenção do procedimento.

VOTO

O art. 408-L do RICMS/97 especifica as situações que determinam a perda do direito à adoção do tratamento tributário para os optantes pelo regime do SimBahia.

Segundo acusa o Auto de Infração, o estabelecimento do autuado não funcionaria normalmente, sendo “laranja” de outra empresa. Com isso, visaria pagar imposto a menos, aproveitando-se indevidamente do benefício fiscal do regime do SimBahia. O fiscal autuante, José Viturino da Silva Cunha, baseia-se no Relatório de Diligência Fiscal às fls. 9-10, em que o agente de tributos Dimas Alves Marinho relata que visitou três empresas comerciais na cidade de Brumado: um estabelecido na Av. João Paulo I, nº 972, outro na Rua Barão de Vila Velha, nº 210, e um terceiro na Rua José de Lima Amorim, nº 70. O estabelecimento em questão é o segundo da enumeração acima.

O auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência solicitada por esta Junta esteve no estabelecimento do autuado em três ocasiões. Nessas três ocasiões, o estabelecimento estava em funcionamento normal. Embora isso tenha pouca importância, pois não leva à certeza de que, antes, por ocasião da ação fiscal, se encontrasse nas mesmas circunstâncias, há que se convir que no processo o que importa é a prova dos fatos. É difícil reconstituir os fatos, pois não há como voltar no tempo.

A empresa tem escrituração fiscal e contábil nos exercícios de 1999, 2000 e 2001. A análise da Declaração do Imposto de Renda, pessoa física, da titular, referente ao exercício de 1999, ano calendário de 1998, efetuada pelo fiscal diligente, não revelou nenhuma irregularidade.

Não me parece que haja prova de que o autuado tenha se inscrito irregularmente no cadastro estadual. A titular da firma individual Tânia Maria Lima Dias, que foi autuada pelo fisco, é irmã de d. Valdíque Lima Dias Soares, esposa de Gildázio Moreno Soares. Uma pessoa não pode ser impedida de exercer determinada atividade pelo fato de já haver na família alguém que exerça o mesmo negócio.

Há fortes indícios de irregularidade no funcionamento da empresa autuada. É estranha essa questão de os documentos fiscais serem emitidos por uma só pessoa, que prestaria serviços sem vínculo empregatício no escritório de contabilidade, segundo informações obtidas verbalmente pelo fiscal diligente junto ao contador. Além do mais, é intrigante o fato de a empresa não ter movi-

mentação bancária. Porém essas coisas são apenas indícios. Não encontro nos autos nenhuma prova que vincule o estabelecimento do autuado à firma Gildázio Moreno Soares. Não vejo no elenco de circunstâncias enumeradas pela fiscalização nada que, de forma taxativa, fora de qualquer dúvida, prove que o contribuinte cometeu o ilícito que lhe é atribuído. Uma coisa são fatos. Outra coisa são conjecturas, circunstâncias, meros indícios. Nos termos do art. 112 do CTN, deve-se interpretar a lei da maneira mais favorável ao acusado quanto à capitulação legal do fato, quanto à sua natureza ou às circunstâncias materiais, quanto à natureza ou extensão dos seus efeitos, quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade pelo cometimento.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORCANTE

Discordo do nobre relator ao entender que os elementos de provas nos autos seriam meros indícios, conjecturas e circunstâncias e, por este motivo aplicar os termos do art. 112 do CTN, interpretando de maneira mais favorável ao acusado, senão vejamos:

- 1) Os documentos fiscais foram apreendidos no estabelecimento da empresa Gildázio Moreira Soares e na diligência fiscal ficou comprovado que a detentora dos documentos apreendidos, Sra. Nilzete de Souza Conceição, é funcionária registrada da empresa Gildázio Moreno Soares, desde abril/98, assim, a apreensão dos documentos se deu no estabelecimento da empresa Gildázio Moreira Soares, e não, no escritório de contabilidade como quis afirmar o defendente;
- 2) Na identificação da emissão dos documentos, o diligente esclareceu que o contador do autuado, Ramon Lima Dias, informou que a pessoa que emitia as notas fiscais das empresas Cristiane Dias da Silva, Sergio Murilo Lima Dias, Tânia Maria Lima Dias e outras, era Ana Paula Moreira, funcionária do escritório de contabilidade que à época prestava serviços avulsos ao referido escritório, sem vínculos empregatícios. No entanto, verificados os documentos das empresas Cristiane Dias da Silva e Tânia Maria Lima dias, relativamente ao período de 1999 a 2001, constatou-se que os mesmos foram emitidos pela mesma pessoa. Tal afirmativa não foi negada pelo autuado, este na assentada do julgamento, através dos seus representantes, confirmaram que a pessoa que emitia os documentos fiscais era a indicada na diligência fiscal. Então passo a fazer as seguintes colocações:
 - a) como uma única pessoa poderia estar, ao mesmo tempo, em diversos estabelecimentos situados em locais distintos emitindo os documentos fiscais nas realizações das operações, desde 1999 até 2001?
 - b) ademais, seria inaceitável admitir-se que a sra Ana Paula Moreira pudesse emitir as notas fiscais correspondentes às operações de vendas de cada estabelecimento, no escritório de contabilidade, como quer fazer crer o autuado, tendo em vista a necessidade de entregar a cada adquirente das mercadorias o respectivo documento fiscal.;
 - c) admitindo-se que todas as operações de vendas fossem realizadas por atacado e a entrega das mercadorias fosse feita posteriormente, ainda assim haveria a necessidade de comprovação da realização de tais operações em cada estabelecimento, mediante emissão de pedidos de compras pelos clientes, ordem de pagamento, etc, já que foi afirmado pelo autuado que não efetua operações através de bancos.

- d) também, considerando que o estabelecimento autuado estivesse aberto ao público, como alegou o sujeito passivo, não foram trazidos ao processo os documentos fiscais emitidos pelos seus funcionários, quando da realização das operações de vendas diretamente ao consumidor cujas mercadorias tivessem sido retirada no ato da venda pelo seu adquirente, fato que comprovaria o funcionamento do estabelecimento, descaracterizando os argumentos do Fisco que o autuado não exerce suas atividades, abrindo suas portas casualmente para fins de cargas e descargas.
- 3) Também não é plausível a alegação de que a empresa autuada não tenha conta bancária, desde que é difícil aceitar, nos dias de hoje, que uma empresa exerça função comercial atacadista, cujo movimento das operações em 1999 atingiu R\$487.407,53, e não haja movimentação bancária envolvida nas operações, inclusive, quando adquire mercadorias a fornecedores em operações internas e interestaduais para fins de pagamentos aos seus fornecedores;
- 4) Observa-se que o documento anexado a título de “Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física” não tem valor probatório de sua veracidade, vez que não se trata de cópia autenticada pela Receita Federal, já que em todos os formulários tanto da empresa autuada como das demais empresas, consta sempre a existência de dinheiro em espécie na cópia juntada pela defesa para fazer prova da existência de recursos para a formação do capital inicial da sociedade, no entanto, trata-se de um formulário sem nenhuma validade jurídica e que pode ser alterado, incluído, modificado, anulado, etc, bastando que se tenha o programa da Receita Federal instalado em qualquer computador. Assim, o único documento válido trazido nos autos é o recibo da entrega da declaração que em nada confirma a prova trazida pelo defendente;
- 5) Outro elemento que reforça a minha convicção de que as informações trazidas pelo autuante e revisor comprovam a irregularidade apontada no lançamento é o envolvimento da Sra. Valdíque Lima Dias Soares, esposa de Gildásio Moreno Soares, como procuradora de ambas as empresas (Cristiane Dias da Silva e Tânia Maria Lima Dias) apenas por possuir “larga experiência no ramo e a intenção de querer orientar seus parentes na manutenção no mesmo ramo de negócios”, considerando que a responsabilidade por tal mandato pode ter consequência inclusive criminais, em caso de condução irregular do negócio. Querer orientar é uma coisa, mas assumir a responsabilidade pelos negócios das empresas envolvidas é outra situação bastante diferente.
- 6) O diligente também informou que ao visitar o estabelecimento nos dias 26/11, 27/11 e 28/12/02, encontrou suas portas abertas, estando no estabelecimento a funcionária de nome Valquiria Moreira da Silva, admitida em 01/10/2002., ressaltou que o estabelecimento funciona no comércio de ferros, pregos, arame farpado, telhas eternit, praticamente no atacado. Verifica-se que o fato de ter sido constatado, em novembro/2002, precisamente nos dias 26 a 28/11/02, o estabelecimento aberto com um funcionário recentemente admitido não prova que este estabelecimento estivesse funcionando à época da ocorrência dos fatos que geraram a cobrança do imposto (28/12/01), conforme assinalado pelo próprio relator deste PAF, *in verbis*: “Embora isso tenha pouca importância, pois não leva à certeza de que, antes, por ocasião da ação fiscal, se encontrasse nas mesmas circunstâncias”, pois “É difícil reconstituir os fatos, pois não há como voltar no tempo.”
- 7) Outro fato que chama a atenção e desmente as alegações do contribuinte, de que não realizava operações bancárias, é que nos Demonstrativos dos Resultados de 1999 e 2000 (fls. 245 e 249), consta que foram auferidas pelo estabelecimento receitas financeiras, o que

somente seria possível se tivessem sido realizados investimentos através dos bancos, considerando que é ilegal a prática de agiotagem em nosso país. Além disso, nos citados demonstrativos também estão mencionados o pagamento de despesas financeiras, as quais, mais uma vez somente poderiam ter sido efetuados mediante a intermediação de instituições bancárias.

Os incisos do art. 408-L, do RICMS/97, prevêem as hipóteses para a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS/SIMBAHIA, entre elas, aquela em que o contribuinte, comprovadamente, tiver optado pelo enquadramento no Regime utilizando-se de declarações inexatas ou falsas, (inciso II), e, para estes casos, o art. 408-S determina que o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento.

No caso em tela, está amplamente comprovado nos autos que o contribuinte, de forma deliberado, utilizou-se do artifício do “desmembramento” de seu estabelecimento, criando novas empresas, cujos titulares são seus parentes, com o objetivo de se inscrever indevidamente na condição de SimBahia, e, em consequência, recolher o imposto a menos, uma vez que ultrapassaria o limite legal, o que caracteriza a ocorrência prevista no art. 408-L, II, do RICMS/97, acima citado, e a exigência, corretamente, foi apurada de acordo com o art. 408-S, do mesmo diploma legal.

Do exposto, concluo que está devidamente comprovado nos autos que o autuado efetivamente usufruiu ilegalmente dos benefícios concedidos às empresas do SIMBAHIA, não se tratando, os elementos trazidos ao PAF, de “conjeturas, circunstâncias, meros indícios”, como entendido pelo digno relator deste processo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232895.0035/01-7**, lavrado contra **TÂNIA MARIA LIMA DIAS**.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA