

A. I. N° - 278999.0033/01-2
AUTUADO - SÉRGIO MURILO LIMA DIAS
AUTUANTE - CLEBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 26/05/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0172-03/03

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. ENQUADRAMENTO IRREGULAR NO SISTEMA CADASTRAL DA SECRETARIA DA FAZENDA. APURAÇÃO DO IMPOSTO PELO REGIME NORMAL. Ficou caracterizada a hipótese de perda da adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado. Sendo assim, devem ser aplicados os critérios e as alíquotas para as operações normais, na apuração do imposto, a partir da ocorrência dos fatos geradores que originaram o desenquadramento. Os argumentos da defesa não conseguem elidir a acusação fiscal. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 28/12/01, para exigir o ICMS no valor de R\$66.743,65, acrescido da multa de 70%, em decorrência do recolhimento a menos do imposto, nos prazos regulamentares, tendo em vista que o contribuinte se aproveitou do benefício fiscal do SIMBAHIA, no período de fevereiro/00 a setembro/01, tendo sido calculado segundo os critérios de apuração do imposto pelo regime normal, com a consideração dos créditos fiscais de direito.

Na descrição dos fatos consta, ainda, o seguinte: que o estabelecimento autuado quase nunca se encontrava aberto, “sendo utilizado somente para carga e descarga de mercadorias, se assemelhando a depósitos fechados de mercadorias” da firma individual GILDÁZIO MORENO SOARES, inscrição estadual nº 25.323.906, local onde foram encontrados e apreendidos os talonários utilizados pelas empresas CRISTIANE DIAS DA SILVA (inscrição estadual nº 50.338.632) e TÂNIA MARIA LIMA DIAS (inscrição estadual nº 50.338.416-PP). Diante do exposto, conclui que “o artifício usado objetivava unicamente USUFRUIR ILEGALMENTE dos benefícios concedidos às micro e pequenas empresas enquadradas no regime SIMBAHIA”.

Foram juntadas cópias de fotografias dos estabelecimentos acima mencionados; de diversas notas fiscais emitidas pelo autuado e pelas demais empresas, onde se verifica que uma mesma pessoa preencheu os documentos fiscais; cópias de uma procuração onde a esposa do Sr. Gildázio Moreno Soares (Valdique Lima Dias Soares) figura como procuradora da empresa CRISTIANE DIAS DA SILVA; cópia do contrato de locação de imóvel alugado ao autuado, sendo o locador o Sr. Gildázio Moreno Soares; cópias de vários documentos fiscais assinados pela Sra. Valdique Lima Dias Soares; cópias dos cadastros fiscais das empresas TÂNIA MARIA LIMA DIAS e CRISTIANE DIAS DA SILVA, onde se verifica que iniciaram suas atividades na mesma data; o Relatório de Diligência Fiscal, de 27/11/01, emitido pelo servidor Dimas Alves Marinho, evidenciando a relação de dependência, das empresas citadas e devidamente autuadas, com o Sr.

Gildázio Moreno Soares, sendo tais empresas meramente “laranjas” utilizadas para usufruir do benefício fiscal concedido às micro e pequenas empresas, ao qual não teria direito se o movimento econômico se concentrasse em uma única empresa.

O lançamento acrescenta que “assim sendo, conforme determina o art. 406-A inc. IV, art. 408-L inc. V, art. 408-P, combinado com o art. 915 inc. IV do RICMS/BA aprovado pelo Dec. 6.284/97, o autuado será excluído de ofício do regime SIMBAHIA” e está sendo exigido o ICMS que não foi recolhido, pelos critérios normais de apuração, com a inclusão, no levantamento, dos créditos fiscais de direito. Finaliza dizendo que, caracterizada a infração, é atribuída ao Sr. Gildázio Moreno Soares e à firma individual do mesmo nome, a responsabilidade tributária por solidariedade, sem contudo excluir a do contribuinte autuado.

O autuado apresentou defesa, às fls. 159 a 168, inicialmente, assegurando que é contribuinte regularmente inscrito e de ilibada conduta fiscal. Ressalta que a autuação foi efetuada com base em presunções e premissas que “no máximo poderiam ser prováveis – e não provadas –, dependentes que estariam de confirmação através dos métodos de investigação empírica mais acurada, na forma dos esclarecimentos inseridos nesta peça, pena de cometimento de irreparável injustiça”.

A seguir, refuta a documentação trazida aos autos pelo autuante afirmando que:

1. a Sra. Valdíque Lima Dias Soares, esposa de Gildázio Moreno Soares, “pessoa que é muito ligada aos laços familiares”, foi procurada por seus irmãos TÂNIA MARIA LIMA DIAS e SÉRGIO MURILO LIMA DIAS e sua sobrinha CRISTIANE DIAS DA SILVA, solicitando a sua ajuda para se estabelecerem no mesmo ramo de atividade de seu marido;
2. inicialmente, a idéia era de uma sociedade entre os três parentes da Sra Valdíque, mas, por fim, aconselhados por esta, resolveram se estabelecer individualmente, portanto, não são “laranjas”, como denominados pelo autuante;
3. na verdade, os estabelecimentos das pessoas acima citadas encontravam-se “casualmente fechados” e não “casualmente abertos”, como afirmado pelo preposto fiscal;
4. os documentos das empresas encontravam-se na Contabilidade e não no estabelecimento da firma GILDÁZIO MORENO SOARES, como informou o autuante, conforme o Termo de Início de Fiscalização, a Intimação para Apresentação de Livros e/ou Documentos e o correspondente Termo de Devolução, todos assinados pelo Contador Sr. Ramon Lima Dias;
5. a Sra. Valdíque Lima Dias Soares trabalha na firma individual GILDÁZIO MORENO SOARES e, por ter larga experiência no ramo, é pessoa credenciada a servir de “uma espécie de conselheira dos Autuados, relação normal entre pessoas ligadas por estreitos laços afetivos”;
6. o autuante procedeu à fiscalização e à autuação nas dependências de todas as empresas envolvidas no mesmo dia, 28/12/01, sendo portanto despropositada a informação de que os estabelecimentos estão sempre fechados;
7. as ocasiões em que o estabelecimento do autuado encontra-se casualmente fechado devem ser atribuídas ao fato de estar localizado em área não comercial e por exercer a atividade atacadista;
8. seu estabelecimento possui um empregado devidamente registrado, conforme o comprovante anexo;
9. as fotografias anexadas pelo autuante não guardam pertinência com as alegações que embasaram a autuação;

10. não há, na legislação, nenhum dispositivo que proíba a prática de uma mesma pessoa preencher e assinar os documentos fiscais de diversas empresas. Salienta que o contador foi consultado a respeito e aprovou tal procedimento e, ademais, não cabe ao Estado ditar quem deve preencher os formulários de notas fiscais ou outros documentos, atitude que, além de “tirana, exorbitante de poder, oneraria os custos das empresas, em contramão das políticas adotadas pelas mesmas para reduzirem seus custos e, por conseguinte, seus preços”;
11. o fato de a Sra. Valdique figurar como procuradora da empresa CRISTIANE DIAS DA SILVA, não se constitui como prova de fraude, mas um fator que confirma as alegações defensivas. Ademais, não há nenhum impedimento legal para que a tia da outorgante funcione como procuradora;
12. não há nenhuma regra legal que desautorize um negócio jurídico, como o contrato de locação feito entre o Sr. Gildázio Moreno Soares (locador) e a empresa autuada (SÉRGIO MURILO LIMA DIAS), e, além disso, o Sr. Gildázio possui outros imóveis alugados a terceiros;
13. o fato de as empresas TÂNIA MARIA LIMA DIAS e CRISTIANE DIAS DA SILVA terem iniciado suas atividades no mesmo dia não se caracteriza como fraude e tal fato “não guarda liame com a contenda”;
14. não houve nenhuma transgressão à legislação, especialmente aos dispositivos citados pelo autuante no lançamento;
15. a única relação entre o Sr. Gildázio Moreno Soares e os contribuintes autuados é de natureza locatícia com um dos estabelecimentos e, no que concerne à esposa deste (a Sra. Valdique Lima Dias Soares), a sua participação foi no sentido de orientar seus parentes a se estabelecerem comercialmente, sem nenhuma interferência, seja administrativa, gerencial, de patrocínio, de sociedade no negócio, de captação de clientela ou fornecedores, política de preços ou qualquer outra atividade do contribuinte autuado;
16. salienta que, se houvesse intenção de fraude ou dissimulação, conforme equivocadamente supõe o Fisco, o Sr. Gildázio poderia ter utilizado seu filho Rodrigo como “laranja” e não outros parentes; ademais, mesmo que tais suposições fossem corretas, por absurdo, os benefícios fiscais não aproveitariam às empresas, mas aos consumidores finais.

Acosta os documentos constantes às fls. 170 a 193 dos autos e pede a improcedência deste Auto de Infração.

Às fls. 197 a 203, a firma individual GILDÁZIO MORENO SOARES (COMFERGIL), tendo em vista que foi considerado responsável tributário por solidariedade, apresentou sua peça defensiva requerendo a improcedência da autuação, sob o argumento de que os contribuintes autuados (TÂNIA MARIA LIMA DIAS, SÉRGIO MURILO LIMA DIAS e CRISTIANE DIAS DA SILVA), “não possuem qualquer liame de natureza comercial” com seu estabelecimento, restringindo-se, tal ligação, exclusivamente aos seus proprietários por força de parentesco, “circunstância que, ao que tudo faz crer, consubstancia-se em elemento único que serviu de base para a pretensa e descabida solidariedade tributária pretendida”. Diz que os sócios das empresas autuadas são parentes da esposa do sócio (Sra. Valdique Lima Dias Soares) e atuam no mesmo ramo de atividade não se tratando de “laranjas”, como quer fazer crer o autuante.

No restante da impugnação, o defendente apresenta os mesmos e exatos argumentos já expendidos pelo contribuinte autuado às fls. 159 a 168, acrescentando que sua participação se resume ao aluguel de um dos imóveis do sócio - Sr. Gildázio Moreno Soares -, a um dos

contribuintes autuados SÉRGIO MURILO LIMA DIAS, o que, aos olhos da lei, não representa nenhuma irregularidade. Foram juntados, aos autos, os documentos de fls. 205 a 234.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 235 e 236, argumenta que:

1. em nenhum momento o autuado comprova que funcionava “de portas abertas”, com atendimento normal ao público, “emitindo diretamente de seu estabelecimento notas fiscais a seus clientes com o seu corpo de funcionários”; assegura que, ao contrário do alegado pelo defendente, a administração era efetuada direta e indiretamente no estabelecimento da empresa COMFERGIL – GILDÁZIO MORENO SOARES;
2. ao invés de negar o cometimento da infração, o contribuinte deveria ter juntado provas de seu movimento financeiro/bancário, já que é difícil entender como uma empresa de seu porte poderia movimentar suas operações apenas com valores em espécie;
3. uma mesma pessoa preenchia as notas fiscais emitidas pelas empresas TÂNIA MARIA LIMA DIAS, SÉRGIO MURILO LIMA DIAS e CRISTIANE DIAS DA SILVA, em local diverso do estabelecimento do autuado, e a constatação de mais esse fato serviu como um dos tipos de provas que caracterizam a infração cometida;
4. a diligência fiscal que apontou as irregularidades cometidas foi realizada em 28/08/01 e os documentos fiscais foram encontrados e apreendidos no estabelecimento da COMFERGIL – GILDÁZIO MORENO SOARES, conforme o Termo de Apreensão nº 091228 e o Relatório de Diligência (fls. 9, 10 e 19); somente posteriormente é que foram arrecadados os documentos no escritório de contabilidade.

A final, reafirma que o autuado - SÉRGIO MURILO LIMA DIAS -, juntamente com os contribuintes TÂNIA MARIA LIMA DIAS e CRISTIANE DIAS DA SILVA, funcionavam apenas como depósitos fechados da firma COMFERGIL – GILDÁZIO MORENO SOARES e eram utilizados como “laranjas”, com o objetivo de usufruir dos benefícios do SIMBAHIA e recolher menos imposto. Pede a manutenção do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF, à fl. 241, enviou o PAF ao autuante para que procedesse “à revisão do trabalho fiscal adotando os critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário”.

O autuante (fl. 242) retornou este PAF ao CONSEF informando que, pelo fato de a autuação envolver o desenquadramento de ofício do contribuinte do regime do SIMBAHIA, todos os créditos já haviam sido devidamente apropriados.

Esta 3ª JJF decidiu converter os autos em diligência ao autuante para que intimasse o contribuinte a apresentar uma série de documentos fiscais e contábeis, conforme relacionado na solicitação (fl. 245 e 246). O preposto fiscal cumpriu a diligência acostando diversos documentos (fls. 251 a 481), além das notas fiscais de saídas e duplicatas, os quais foram apresentadas pelo contribuinte em um volume anexo ao PAF.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que não foi dada ciência ao autuado dos documentos juntados pelo autuante, a pedido desta 3ª JJF, às fls. 245 a 481, pelas razões seguintes:

1. o autuante não se manifestou em nenhum momento, nem acostou levantamentos ou demonstrativos ao PAF;

2. o preposto fiscal limitou-se a intimar o autuado e anexar, aos autos, todos os documentos fornecidos pelo contribuinte, em fotocópia, tais como: recibos de aluguéis, recibos de *prolabore*, contrato de locação, notas fiscais de saídas, extratos bancários relativos a outros exercícios que não aqueles referentes aos fatos geradores deste lançamento, declarações do Imposto de Renda Pessoa Física e Jurídica, recibos de pagamento de duplicatas, documentos do Razão, Balanços Patrimoniais;
3. todos os documentos acostados ao PAF foram entregues pelo contribuinte e, por serem de seu completo conhecimento, seria absolutamente inócua e sem sentido a concessão de vista, por este órgão julgador, ao sujeito passivo;
4. o pedido de diligência visava tão somente à formação do convencimento por parte desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, o que foi amplamente atingido.

O presente Auto de Infração exige o ICMS que foi recolhido a menos, calculado pelos critérios de apuração normal, sob a acusação de que o contribuinte não funcionaria normalmente, sendo apenas um “laranja” de outra empresa, a COMFERGIL – GILDÁZIO MORENO SOARES, apenas com o objetivo de pagar o imposto a menos, aproveitando-se indevidamente do benefício fiscal do regime do SimBahia, no período de fevereiro/00 a setembro/01. O autuante baseou-se, para realizar a autuação, no Relatório de Diligência Fiscal, juntado às fls. 9 e 10, em que o agente de tributos estaduais Dimas Alves Marinho relata que:

1. visitou três empresas comerciais na cidade de Brumado, todas inscritas no ramo de materiais de construção - TÂNIA MARIA LIMA DIAS (inscrição estadual nº 50.338.416-PP), CRISTIANE DIAS DA SILVA (inscrição estadual nº 50.338.632-PP) e o autuado SÉRGIO MURILO LIMA DIAS (inscrição estadual nº 52.308.084-PP), os quais encontravam-se constantemente fechados;
2. os contribuintes acima mencionados encontram-se localizados nos endereços a seguir descritos, conforme as fotografias e os dados cadastrais juntados às fls. 11 a 16 dos autos:
 - 2.1 TÂNIA MARIA LIMA DIAS – Rua Barão de Vila Velha, 210 - Bairro das Flores, Brumado – BA, em um “imóvel tipo Prédio Comercial, porém constantemente fechado”;
 - 2.2 CRISTIANE DIAS DA SILVA - Rua José de Lima Amorim, 70 – Novo Brumado, em Brumado – BA, em um “imóvel tipo murada a céu aberto, sem cômodos ou galpões erguidos no seu interior”;
 - 2.3 SÉRGIO MURILO LIMA DIAS – Av. João Paulo I, 972, em Brumado – BA, em um “imóvel tipo murada a céu aberto, sem cômodos ou galpões erguidos em seu interior”;
3. tendo em vista que os estabelecimentos acima foram encontrados “casualmente abertos, em operação de acompanhamento de carga e descarga”, solicitou, a cada contribuinte, o cartão de inscrição e os talonários de notas fiscais, tendo recebido a informação, em todos, de que os documentos estavam guardados no estabelecimento da empresa GILDÁZIO MORENO SOARES (nome de fantasia – COMFERGIL), situada na Av. Centenário, 270, Centro, em Brumado – BA, “local onde foram encontrados e apreendidos os talonários utilizados das empresas supra citadas”;
4. “por se tratar de estabelecimentos que possuem a característica de depósito fechado, uma vez que só são abertos no momento de carga e descarga, surgiu (sic) indícios de que as empresas ali estabelecidas estivessem funcionando como “laranjas” e que as mercadorias estocadas nos estabelecimentos eram da empresa GILDÁZIO MORENO SOARES, que estaria, assim, usando deste artifício para usufruir ilegalmente dos benefícios concedidos às micro e pequenas empresas”;

5. realizou pesquisa nos talonários e dossiês das empresas mencionadas e constatou que, além dos fatos adredemente relatados, uma mesma pessoa emitiu as notas fiscais de todos os três contribuintes TÂNIA MARIA LIMA DIAS, CRISTIANE DIAS DA SILVA e o autuado SÉRGIO MURILO LIMA DIAS e, além disso, verificou que a esposa do Sr. Gildázio Moreno Soares (Sra. Valdíque Lima Dias Soares) é procuradora das duas primeiras firmas citadas;
6. concluiu que está provada a “relação de dependência das empresas fiscalizadas, diretamente com a empresa Gildázio Moreno Soares, ficando evidente que as empresas na verdade são depósitos fechados, que estão registrados como empresas independentes em nome de laranjas como ardil para fruição de benefício fiscal que não teria direito se o movimento econômico se concentrasse numa só empresa”.

Analisando os documentos acostados aos autos pelo autuado e pelo autuante, constata-se que:

1. o contribuinte tem escrituração fiscal e contábil nos exercícios de 2000 e 2001 e, no período de janeiro/00 a outubro/01, adquiriu mercadorias no valor de R\$703.797,98 (fls. 36 a 39); no exercício de 2000 realizou operações de saídas de mercadorias no valor de R\$564.351,98 (fl. 193) e de R\$239.547,71, no exercício de 2001 (fl. 414). Apesar dos expressivos valores envolvidos, o autuado informou em sua contabilidade que não possui movimentação bancária (só existe a Conta Caixa) nos referidos exercícios de 2000 e 2001, razão pela qual não apresentou os extratos bancários solicitados pela fiscalização. Entretanto, tal afirmação é desmentida pelo lançamento, em sua escrituração contábil, de diversos valores a título de receitas e despesas financeiras (fls. 195 e 196), embora em 26/12/02 (um ano após a autuação), tenha tentado alterar os registros originais, sob a alegação de que teria havido “erro de lançamento” (fl. 407);
2. outro fato relevante são os altos valores das duplicatas pagas pelo autuado, em estabelecimentos bancários no exercício de 2001. Como exemplo, podem ser citadas aquelas acostadas às fls. 404 a 411: a duplicata nº 038684001 tem o valor de R\$4.183,76; a duplicata nº 038467001, R\$4.183,73; a duplicata nº 039803001, R\$6.114,73 e a duplicata nº 308534001 apresenta a importância de R\$10.148,71, sendo inacreditável, nos dias atuais, que o autuado tenha efetuado o pagamento de tais importâncias em espécie e não mediante a emissão de cheques bancários;
3. as notas fiscais de saídas das três empresas - TÂNIA MARIA LIMA DIAS, CRISTIANE DIAS DA SILVA e o autuado SÉRGIO MURILO LIMA DIAS - foram emitidas pela mesma pessoa, como reconhecido pelo próprio contribuinte, que apenas alegou que não há nenhum dispositivo que proíba a prática de uma mesma pessoa preencher e assinar os documentos fiscais de diversas empresas. Efetivamente, não há proibição legal para tal prática, mas é muito estranho que empresas situadas em locais diferentes e supostamente pertencentes a pessoas diversas tenham designado um mesmo funcionário para preencher os documentos fiscais, ainda mais quando é notório que a nota fiscal deve ser emitida no momento de cada operação de saída de mercadoria;
4. ao contrário do alegado pelo autuado, os talonários de notas fiscais das empresas acima referidas foram encontrados e apreendidos pela fiscalização no estabelecimento da empresa GILDÁZIO MORENO SOARES, situado na Av. Centenário, 270, Centro, em Brumado – BA, conforme o Termo de Apreensão nº 091228 (fl. 19), fato no mínimo intrigante;
5. as declarações do Imposto de Renda Pessoa Física do sócio do estabelecimento autuado, o Sr. Sérgio Murilo Lima Dias, supostamente entregues à Receita Federal, se revestem de nenhum valor de prova, uma vez que foram reemitidas pelo próprio declarante em seu

computador e não foram autenticadas pelo órgão federal. Não obstante isso, foram acostadas aos autos e merecem uma análise mais acurada:

- 5.1 a Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física do sócio, relativa ao Ano Base de 1999 (ano da constituição da empresa), demonstra que o sócio Sr. Sérgio Murilo Lima Dias possuía, no dia 31/12/98, EM ESPÉCIE, a quantia de R\$55.000,00, a qual teria servido para a integralização das cotas do capital social do estabelecimento autuado no valor de R\$60.000,00 (fls. 253 a 256);
- 5.2 observe-se que o único outro bem declarado pelo sócio foi uma casa situada na Rua Miguel Dias, 155, em Brumado – Bahia, adquirida em maio/96 por R\$15.000,00;
- 5.3 ressalte-se, ainda, que os rendimentos auferidos pelo declarante, em todo o ano de 1999, perfizeram o montante de R\$9.936,00 e ele apresentou gastos com três dependentes;
- 5.4 na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física do sócio, relativa ao Ano Base de 2000, o Sr. Sérgio Murilo Lima Dias indicou um total de rendimentos no valor de R\$9.400,00 e, ainda assim, apresentou um acréscimo patrimonial de R\$3.000,00 (R\$78.000,00 – R\$75.000,00), conforme os documentos de fls. 257 e 258;
- 5.5 na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física do sócio, relativa ao Ano Base de 2001, o Sr. Sérgio Murilo Lima Dias indicou um total de rendimentos no valor de R\$9.093,00 e, mesmo assim, apresentou um acréscimo patrimonial de R\$3.200,00 (R\$81.200,00 – R\$78.000,00);
- 5.6 assim sendo, verifica-se que o Sr. Sérgio Murilo Lima Dias nos anos de 1999, 2000 e 2001 conseguiu auferir rendimentos no total de R\$28.429,00, sem levar em consideração todas as despesas normalmente incorridas para a sua sobrevivência, mormente quando se sabe que ele possui três dependentes para sustentar;
- 5.7 deve-se ressaltar que o valor de R\$28.429,00, auferido em três anos de árduo trabalho pelo sócio, é praticamente a metade do montante necessário para integralizar as cotas da empresa autuada – de R\$60.000,00. Considerando a média dos rendimentos auferidos nos anos de 1999, 2000 e 2001, o Sr. Sérgio Murilo Lima Dias precisaria de quase 7 anos para reunir o capital necessário para constituir a firma e, dessa forma, é inacreditável que, durante todo esse período de tempo, o referido sócio tenha acumulado tal quantia sem depositá-la numa instituição bancária, primeiro, porque corria o risco de ser furtado e, segundo, porque teria deixado de aproveitar os rendimentos proporcionados pelas aplicações financeiras, sujeitando-se à corrosão provocada pelo processo inflacionário existente em nosso país.

Chamo a atenção para o fato de que o que se busca descobrir nesta lide não é a verdade meramente formal, mas a verdade material, isto é, se efetivamente o autuado estava ou não funcionando regularmente, com as portas abertas aos clientes, ou se tratava de um mero “laranja”, para usar a expressão indicada no lançamento, da empresa GILDÁZIO MORENO SOARES, juntamente com as empresas TÂNIA MARIA LIMA DIAS e CRISTIANE DIAS DA SILVA, apenas com o objetivo de recolher menos ICMS do que seria devido se as receitas auferidas pelas quatro empresas adredemente citadas fossem reunidas para efeito de cálculo do imposto.

O RICMS/97, em seu artigo 408-L, estabelece as diversas hipóteses previstas para a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SimBahia, dentre as quais a do inciso II, para o contribuinte que optar pelo enquadramento no Regime utilizando-se de declarações inexatas ou falsas e a do inciso IV, para as empresas constituídas com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários. Por outro lado, o artigo 408-S do mesmo RICMS/97 dispõe que: “quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M,

408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento”.

Na situação em análise, estou convencida de que ficou sobejamente comprovado nos autos que o contribuinte, intencionalmente, utilizou-se do artifício do “desmembramento” de seu estabelecimento, criando empresas com a interposição de outras pessoas, visando a se inscrever indevidamente na condição de SimBahia, e, em consequência, recolher o ICMS em valores inferiores àqueles que seriam devidos se fosse constituída uma única empresa, tendo em vista que a receita bruta auferida ultrapassaria o limite legal previsto.

Deve-se salientar, ainda, que o autuante, em seu levantamento fiscal, já levou em consideração os créditos fiscais a que o contribuinte tinha direito, calculando o ICMS de acordo com os critérios de apuração normal.

Por fim, observo que foram lavrados, contra as empresas TÂNIA MARIA LIMA DIAS e CRISTIANE DIAS DA SILVA, os Autos de Infração nºs 232895.0035/01-7 e 278999.0034/01-9, respectivamente, para a exigência do imposto com fundamento na mesma matéria de fato objeto deste lançamento, os quais foram julgados Improcedentes pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através dos Acórdãos nºs 0064-01/03 e 0065-01/03. Não obstante isso, as decisões de primeira instância foram tomadas por maioria, devendo ser submetidas ao crivo da segunda instância em grau de Recurso de Ofício. Transcrevo a seguir o Voto Discordante, exarado pela Julgadora da referida 1ª JJF, Sra. Clarice Anízia Máximo Moreira, por espelhar o pensamento que adoto neste PAF:

VOTO DISCORDANTE

Discordo do nobre relator ao entender que os elementos de provas nos autos seriam meros indícios, conjecturas e circunstancias 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 Gildásio Moreira Soares e na diligencia fiscal ficou comprovado que a detentora dos documentos apreendidos, Sra. Nilzete de Souza Conceição, é funcionária registrada da empresa Gildásio Moreno Soares, desde abril/98, assim, a apreensão dos documentos se deu no estabelecimento da empresa Gildásio 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 diligencia fiscal. Então passo a fazer as seguintes argumentações:*

- 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 e Tânia) 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 negocio. 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 comercio 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, 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 circunstancias”, pois “é difícil reconstituir os fatos, pois não à como voltar no tempo.”*
- 7) *Outro fato que chama a atenção e desmente as alegações do contribuinte, de que não realizava operações bancarias, é que nos Demonstrativos dos Resultados de 1999 e 2000 (fls. 343 e 347), 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 pratica 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 bancarias.*

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.

A propósito, devo ressaltar que, no dia 13/05/03, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu prover os Recursos de Ofício impetrados contra as Decisões da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos

Acórdãos nºs 0064-01/03 e 0065-01/03 acima mencionados, julgando Procedentes ambos os Autos de Infração lavrados.

Transcreverei, a seguir, o voto prolatado pela Relatora Sra Ivone de Oliveira Martins, que apreciou o Recurso de Ofício pertinente ao Acórdão nº 0064-01/03, referente ao Auto de Infração nº 2328950035017:

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico que a infração descrita na peça exordial apurou imposto pelo regime normal de apuração, onde se constata recolhimento a menos do imposto pelo contribuinte inscrito no SimBahia, adotando essa forma de apuração do imposto pelo regime normal, diante de irregularidades constatadas que estão descritas nos autos, cujo objetivo do sujeito passivo era não ultrapassar o limite legal da receita bruta para o regime SimBahia, e que ensejou a aplicação do art. 408-L, inciso IV do RICMS/97, que determina a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração de ICMS, a empresa que optar pelo enquadramento utilizando-se de declarações inexatas ou falsas.

Conforme dispõe o art. 408-S, quando se constatar a situação prevista no art. 408-L, o imposto será exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram origem ao desenquadramento.

Deste modo, considero que a descrição dos fatos, acompanhada de robusta documentação acostada aos autos, e ainda o relatório da diligência fiscal, às fls. 09 e 10 dos autos, não se tratam de indícios ou conjecturas como entendeu o nobre relator da Decisão recorrida. Assim, a aplicação do art. 112 do CTN no caso em tela, com a devida venia é de todo equivocada.

Ademais, diante da alegação do autuado de que não é verdade que as empresas individuais Cristiane Dias da Silva e Sérgio Murilo Mendes inscritas no Estado sob nºs 50.338.632 e 52.308.084, respectivamente, não teriam qualquer liame de natureza comercial, indaga-se como justificar a emissão do documento fiscal decorrente da operação comercial de cada estabelecimento no escritório de contabilidade, uma vez que cada adquirente das mercadorias deve receber o respectivo documento fiscal junto com a mercadoria, conforme determina o art. 218, inciso I do RICMS/97.

Verifico que no Auto de Infração consta o Termo de Apreensão nº 091228, onde o atuante descreveu que foram encontrados talonários usados e também os que ainda não haviam sido utilizados, referente às empresas Sérgio Murilo Lima – Inscrição Estadual nº 52.308.084-EPP, Tânia Maria Lima Dias – Inscrição Estadual – nº 50.338.08, no estabelecimento da empresa Gildásio Moreno Soares, Inscrição Estadual nº 25.323.906. Diante de tais fatos, concluo que a alegação de que não há vínculo entre as empresas, é um argumento que não se sustenta.

Neste sentido, acompanho o entendimento da ilustre relatora do voto discordante, que examinou com muita propriedade, os fatos e as situações trazidas nos autos da lide em comento, e acabou por concluir que estava devidamente comprovado que houve má-fé do autuado, e que objetivou usufruir ilegalmente dos benefícios

concedidos às empresas do SimBahia, e que não se tratavam de meros indícios, como concluiu o relator do processo.

Considero ainda, que a situação descrita nos autos, se configura hipótese prevista na legislação de perda do direito de adotar o tratamento simplificado, como preceitua o artigo 408-L, já citado. Por isso entendo correto o procedimento fiscal adotado pelo autuante, ao apurar o imposto pelo regime normal, e procedendo a Auditoria da Conta Corrente do ICMS, conforme fls. 49 a 54 dos autos, e a elaboração do livro de Apuração do ICMS, na forma do art. 331 do RICMS vigente.

Verifico que acertadamente o autuante à fl. 356, informou que o crédito fiscal que o autuado fazia jus, já foram apropriados na apuração do imposto pelo regime normal, em razão do desenquadramento, e por isso prescindia do ajuste com base na Orientação Normativa nº 01/2002 do Comitê Tributário.

Por todo o exposto, entendo que a Decisão recorrida deve ser reformada, pois estou convencida de que a ação fiscal procede na sua inteireza, devendo ser considerado Procedente o Auto de Infração, e assim, adoto os mesmos fundamentos do voto discordante, e prolo o meu voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que está caracterizada a infração apontada e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278999.0033/01-2, lavrado contra **SÉRGIO MURILO LIMA DIAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 66.743,65**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, sendo R\$43.061,13 atualizado monetariamente com os respectivos acréscimos moratórios e R\$23.682,52 com os demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA