

A. I. Nº - 206828.0010/02-8
AUTUADO - GENÁRIA VIEIRA DOS SANTOS
AUTUANTE - LUIZ CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 28.08.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0329-02/03

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM INTERPOSIÇÃO DE PESSOA QUE NÃO É SUA EFETIVA SÓCIA OU PROPRIETÁRIA. COBRANÇA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL. A legislação determina a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais ao estabelecimento inscrito no regime SIMBAHIA quando incorrer na prática de infração capaz de ensejar o cancelamento do benefício. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2002, refere-se a exigência de R\$93.978,94 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi apurado o ICMS pelo regime normal, devido ao desenquadramento do regime SIMBAHIA, considerando que foram constatadas declarações falsas, havendo simulação de empresa com uso de interposta pessoa.

O contribuinte impugnou o Auto de Infração apresentando preliminar de nulidade, alegando que não recebeu toda a documentação que deu embasamento à autuação fiscal, constituindo violação à ampla defesa e ao contraditório. Citou o art. 196 do CTN e ensinamento de juristas. Comentou sobre o Princípio da Legalidade, para demonstrar que o Decreto não pode inovar, considerando que lhe falta o poder normativo autônomo. Por isso, entende que o Decreto que cuida das partes excludentes do Regime SIMBAHIA, trata de alguns casos de matéria que ultrapassa o âmbito da Lei que criou o mencionado regime de apuração do imposto. Disse que o autuado aderiu ao Regime SIMBAHIA, ficando apenas submetido às causas excludentes do citado regime quando estas estiverem expressamente mencionadas na Lei nº 7.357/98, e não, aquelas estabelecidas de forma autônoma no RICMS/97 (Decreto 6.284/97). Assim, de acordo com o entendimento do defendant, o art. 408-L, inciso IV do RICMS/97 não tem o necessário respaldo ou vinculação específica à Lei, e por isso, é ilegal considerá-lo como uma causa válida de exclusão do Regime SIMBAHIA.

Quanto ao enquadramento do autuado como Empresa de Pequeno Porte, o defendant alegou que o próprio Auto de Infração esclarece que o autuado realizou de forma regular a sua opção e por isso, entende que a empresa preencheu toda a documentação necessária e todos os requisitos exigidos para o seu enquadramento no Regime SIMBAHIA.

Em relação aos fatos descritos no Auto de Infração, o defendant alegou que o autuado utilizou procedimento previsto na legislação do IPI e do ICMS em operações denominadas remessa para industrialização, e por isso, argumenta que o conceito de industrialização não se restringe à produção, mas se amplia para alcançar qualquer operação que modifique a natureza ou a finalidade ou aperfeiçoe o produto para o consumo. Citou como exemplo a produção de veículos da Ford em Camaçari. Disse que a empresa Maura Liolina Sousa de Oliveira (Metalplastic) além

de industrializar as matérias primas que adquire para tal finalidade, também fabrica componentes ou produtos para outras empresas. Disse que o autuado remeteu para a Metalplastic matérias primas para industrialização, e estas foram transformadas em produtos industrializados, sendo devolvidos ao autuado, que aperfeiçoa o produto para consumo, montando peças e realizando acondicionamento. Ressaltou que a Metalplastic está se dedicando a este tipo de operação para outras empresas, a exemplo da M. L. do Nordeste Ltda., estabelecida em Camaçari, considerada grande fabricante de eletrodomésticos, conforme notas fiscais que anexou aos autos. O defensor afirmou que o autuado terceirizou a produção, que na verdade não contraria a legislação tributária, o que não deve embasar o desenquadramento.

Argumentou que o autuante não comprovou através de auditoria de estoque que o autuado não possuía estoque de mercadorias que desse respaldo às operações realizadas. Disse que o autuante concluiu pelo desenquadramento da empresa em razão de ter comercializado mercadorias que não possuía, mas ao contrário do que supôs o autuante, houve mero erro formal no preenchimento de data em algumas notas fiscais, o que não é um fato incomum em períodos de implantação da empresa e da sua contabilidade, e que os equívocos podem ocorrer, e apesar do cometimento dos erros com relação às datas, é incontestável nos autos a existência do produto, bem como da venda realizada à CELPE, devido a existência de pagamento, inclusive atestado pelo próprio autuante.

O defensor contestou também a informação do autuante em relação à falta de apresentação de declaração do imposto de renda pessoa física referente aos exercícios de 2000 e 2001 e quanto à presunção de inexistência de capacidade econômico-financeira para integralização do capital e propriedade da firma individual. Para comprovar as suas alegações, disse que juntou aos autos as declarações IRPF, e com isso, entende que fica elidida a presunção e afastada a possibilidade de desenquadramento, ressaltando que não existe ligação econômica ou jurídica entre as empresas Maura Liolina Souza de Oliveira (Metalplastic) e JMC Ind. Com. de Artefatos de Metais e Plásticos Ltda (Metaltec), mas apenas o fato de a empresária Maura Liolina ser genitora de um dos sócios da Metaltec.

Quanto à lista telefônica, o autuado alegou que existe equívoco da empresa telefônica ao confeccionar o catálogo que não induz a admisão de que ambas as empresas possuíam a mesma sede, e entende que houve pelo autuante uma tentativa de considerar as empresas como parte de um mesmo grupo empresarial, o que esbarra na absoluta falta de prova. Disse que não existe ligação entre as empresas Genária Vieira dos Santos e JMC (Metaltec), mas apenas o fato de a empresária Genária ter sido um dia empregada da JMC, inexistindo também, uma única operação realizada pela empresa autuada com a Metaltec, mencionada pelo autuante.

O autuante apresentou informação fiscal, dizendo que em relação ao argumento defensivo de que não foram entregues ao contribuinte toda a documentação que deu embasamento ao Auto de Infração, de acordo com o art. 11 do RPAF/99, os documentos foram fornecidos por cópias reprográficas, em atendimento ao pedido formulado e protocolado na repartição fiscal em 07/01/2003, conforme fls. 72 e 73 do PAF. Quanto ao mérito, o autuante informou que o contribuinte não observou as mudanças ocorridas na legislação, e o motivo da autuação foi claramente explicado na descrição dos fatos e se referem a declarações falsas na constituição da firma para enquadrar-se no SIMBAHIA. Disse que o defensor comprovou a capacidade civil da pessoa física, entretanto não houve comprovação quanto à capacidade econômico-financeira, uma vez que a Declaração Simplificada do IRPF só vem confirmar a ausência da mencionada capacidade. Ressaltou que a Sra. Genária foi empregada da empresa JMC (Metaltec) no período de 01/09/94 a 02/01/2002, isto é, simultaneamente, empresária e empregada em todo o período fiscalizado. Disse que a lavratura do Auto de Infração teve como objetivo a exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais a partir da ocorrência dos fatos, conforme prevê a legislação. Citou arts. 15 e 19 da Lei nº 7.357/98.

Em relação à necessidade de auditoria de estoque reclamada nas razões de defesa, o autuante argumentou que não foi realizado o levantamento quantitativo de estoque por ser dispensável diante dos fatos que ensejaram o lançamento do imposto pelo sistema normal e a terceirização da produção alegada é apenas um argumento, e constitui mais um indicativo de simulação fiscal. Quanto ao alegado erro formal em algumas notas fiscais, disse que “data de emissão” e “data de saída” são dados da nota fiscal em que não se cometem meros erros formais, e apresentou como exemplo a NF 0002, fl. 23, em confronto com o CTRC 2319.

Outra comprovação comentada na informação fiscal é em relação ao “Caixa”, que, segundo o autuante, no cotejo do caixa com o extrato bancário, fls. 43 a 49, percebe-se que foram emitidas cinco notas fiscais no valor de R\$107.500,00 e que as duas primeiras só foram creditadas na conta bancária em 31/10/2001 e não em 01/09/2001, como figura no Caixa.

O autuante contestou também a alegação do autuado quanto ao problema do catálogo telefônico, e a apresentação de cópia do IRPF como prova de integralização do capital e da capacidade econômica, destacando em relação ao vínculo empregatício da empresária Genária com a Metaltec, conforme livro Registro de Empregados, fl. 53; informou ainda, que foi atendido pela Senhora Genária em sua mesa de trabalho nas dependências da JMC (METALTEC).

Considerando a alegação do autuado de que não recebeu toda a documentação que deu embasamento à lavratura do Auto de Infração, o PAF foi convertido em diligência à Infraz de origem para ser providenciada a entrega de cópia de todos os demonstrativos, mediante recibo do contribuinte ou seu representante legal, reabrindo-se o prazo de defesa.

Após o recebimento da intimação acompanhada dos demonstrativos acostados aos autos, o contribuinte apresentou novas razões de defesa, fls. 230 a 246, alegando preliminarmente que não houve lavratura de Termo de Início da Fiscalização para indicar qual o momento que o contribuinte se encontra sob ação fiscal. Por isso, requer seja declarada e reconhecida a nulidade do Auto de Infração, e se assim não for entendido, que seja determinada a exclusão da cobrança da multa por infração. Comentou sobre o Princípio da Legalidade, ensinamento de Aliomar Baleeiro e manifestação dos Tribunais Superiores sobre o assunto. Quanto ao mérito, disse que o Decreto não pode inovar no mundo jurídico, uma vez que lhe falta poder normativo autônomo e desse modo, entende que o Decreto 6.284/97, na parte que cuida das causas excludentes do Regime SIMBAHIA trata de alguns casos de matéria que ultrapassa o âmbito da Lei nº 7.357/98.

Analisando arts. 6º, 15, 17, 21 e 22 da Lei nº 7.357/98, o defensor disse que os mencionados dispositivos legais estabeleceram de forma taxativa as causas excludentes do Regime SIMBAHIA. Citou também os artigos do RICMS/97 que tratam da questão de desenquadramento do SIMBAHIA, apresentando o entendimento de que os dois atos normativos versam em alguns dispositivos sobre hipóteses distintas umas das outras.

O defensor argumentou que a empresa autuada preencheu toda documentação necessária, inclusive formulários de opção exigidos para o SIMBAHIA, sua sócia possui capacidade civil para ser comerciante, bem como seus atos constitutivos regularmente arquivados na JUCEB, e possui inscrição estadual regular. Disse que o conceito de industrialização, ao contrário do que imaginou o autuante, não se restringe apenas à produção, mas se amplia para alcançar qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou aperfeiçoe para o consumo. Ressaltou que o próprio RICMS prevê entre seus dispositivos a operação de remessa para industrialização em estabelecimento de terceiros, existindo também Convênio ICMS sobre a matéria. Assim, destacou que a empresa Maria Liolina Souza de Oliveira (Metalplastic) além de industrializar as

matérias primas que adquire, também se tornou especializada em fabricar componentes ou produtos para outras empresas.

O defensor contestou a informação do autuante de que a empresa comercializou com mercadorias que não possuía, ressaltou a possibilidade de erro formal quanto ao preenchimento de data em algumas notas fiscais, discordou dos demais pontos relatados pelo autuante na descrição dos fatos à fl. 02 do PAF, concluindo que espera e confia que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 255, argumentando que o defensor do autuado limita-se a repetir a defesa apresentada às fls. 78 a 103. Consequentemente, o autuante reitera a informação fiscal prestada inicialmente, fls. 216 a 223, acrescentando que as fichas de controle de estoque anexadas pelo autuado às fls. 150 e 251 constituem mais uma tentativa de enganar, considerando que a empresa autuada passou a existir somente em 23/08/2001 e as matérias primas registradas se referem ao período de 02/08/2001 a 16/08/2001, e por isso, não poderiam ser adquiridas em nome do autuado, inexistindo notas fiscais que acobertaram as mercadorias.

VOTO

Em relação à preliminar de nulidade argüida pelo defensor, sob a alegação de que não foram entregues ao contribuinte toda a documentação que deu embasamento a autuação fiscal, a omissão foi regularizada, mediante diligência encaminhada à Infaz de origem por esta JJF.

Quanto ao Termo de Início de Fiscalização, foi alegado nas razões de defesa de que não houve lavratura do mencionado Termo para indicar qual o momento que o contribuinte se encontra sob ação fiscal. Entretanto, encontra-se à fl. 07 dos autos, TERMO DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS E DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, constando a ciência do contribuinte ou representante legal. Assim, inexiste motivo para decretar nulidade do Auto de Infração, ficando rejeitada a preliminar apresentada nas razões de defesa.

Analizando o mérito, constata-se que o Auto de Infração trata de exigência de ICMS, tendo em vista que foi realizado o desenquadramento do contribuinte no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA, na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), porque foi constatado que a empresa autuada utilizou declaração falsa, havendo interposição de pessoas que não seus efetivos sócios.

O autuado alegou em relação aos fatos descritos no Auto de Infração, que utilizou de procedimento previsto na legislação do IPI e do ICMS em operações denominadas remessa para industrialização, e por isso, argumentou que o conceito de industrialização não se restringe à produção, mas se amplia para alcançar qualquer operação que modifique a natureza ou a finalidade ou aperfeiçoe o produto para o consumo e que a empresa preencheu toda a documentação necessária e todos os requisitos exigidos para o seu enquadramento no Regime SIMBAHIA.

Observo que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, foi instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, regime que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado aplicado a categorias de contribuintes do ICMS, como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, sendo exigido que os interessados em adotar este tratamento tributário, se enquadrem nas condições e limites fixados na lei, implicando renúncia expressa à utilização de quaisquer créditos fiscais.

O desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA pode ocorrer em consequência dos seguintes fatos:

- a) opção manifesta do contribuinte, retornando à sistemática anterior de apuração do imposto;
- b) em decorrência de inclusão indevida do contribuinte no regime;
- c) quando o contribuinte extrapola os limites de faturamento fixados na lei, que garantem a fruição do tratamento tributário diferenciado;
- d) constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;
- e) quando o contribuinte comete infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

Apesar de ser apresentado na defesa do autuado o entendimento de que as hipóteses para o desenquadramento não estão estabelecidas na Lei nº 7.357/98, que instituiu o Regime SIMBAHIA, a mencionada Lei prevê no art. 15 as irregularidades que, se cometidas pelo contribuinte ensejam a perda de direito à adoção do Regime, e no art. 20 as causas de exclusão de ofício, citando situações elencadas no art. 15.

De acordo com as informações prestadas pelo autuante, o contribuinte está sujeito ao desenquadramento nos termos do inciso IV, do art. 408-L do RICMS/97, que se refere ao fato de o autuado estar constituído com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, comprovado por meio dos documentos anexados aos autos e relacionados na descrição dos fatos, fls. 02 e 03 do PAF.

Nestes casos, a legislação prevê o desenquadramento de ofício (art. 408-Q do RICMS/97) e estabelece que o imposto será exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, conforme art. 408-S, do RICMS/97.

Quanto aos fatos que levaram à conclusão de existência de irregularidades, foram anexadas aos autos comprovações referentes às seguintes ocorrências:

- comercialização com mercadorias que o autuado não possuía, sendo alegado pelo deficiente a existência de mero erro formal em notas fiscais;
- livro “Caixa” apresentando indícios de que não merece fé, em cotejo com os extratos bancários;
- a titular da Firma Individual Genária Vieira dos Santos (contribuinte autuado) é também empregada da Metaltec, empresa para onde são remetidas pelo autuado mercadorias para industrialização.

Em relação ao levantamento fiscal, o deficiente não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pelo autuante; não houve contestação aos cálculos, e a exigência fiscal está amparada na legislação em vigor. Assim, entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado, haja vista que foram considerados os créditos fiscais e o imposto recolhido no período fiscalizado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, tendo em vista que, em caso de desenquadramento de contribuinte no Regime Simplificado de Apuração - SIMBAHIA, a

legislação determina a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais ao estabelecimento inscrito no regime SIMBAHIA quando incorrer na prática de infração capaz de ensejar o cancelamento de benefícios.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206828.0010/02-8, lavrado contra **GENÁRIA VIEIRA DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$93.978,94**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2003.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR