

PROCESSO - A. I. Nº- 206991.0012/03-0
RECORRENTE - TOPÁZIO COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0039-04/04
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 01.06.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0096-12/04

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. APURAÇÃO DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME DO SIMBAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ao ser desenquadrado de ofício no regime Simbahia, o contribuinte deveria apurar o imposto devido com base no regime normal de apuração. As provas existentes nos autos evidenciam que o contribuinte se enquadrou indevidamente no regime simplificado de apuração do ICMS, promovendo o desmembramento da empresa sucedida através de atos negociais dissimulados. **2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO COM MERCADORIA ENQUADRADA NO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA PROBREZA.** É devido o imposto correspondente a dois pontos percentuais adicionais nas operações com mercadorias enquadradas no Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Infrações caracterizadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria quanto à infração 1 e, não unânime em relação à infração 2.

RELATÓRIO

Foi lavrado Auto de Infração, em 30/06/2003, para exigir ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos entre os meses de abril e dezembro do exercício de 2002, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Este o conteúdo do item 1 da autuação. A motivação do lançamento encontra-se no fato de o contribuinte ter sido desenquadrado do Regime do SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte, sendo exigido o imposto pelos critérios normais de apuração. Na peça acusatória a fiscalização afirma que o contribuinte não atendeu à determinação de novo enquadramento, continuando a recolher o tributo pelos critérios de apuração SIMBAHIA. Ao processo foi juntado à fl. 128, intimação da Secretaria da Fazenda, datada de abril de 2002, comunicando ao contribuinte a sua exclusão de ofício do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, passando à condição de normal. Consta da referida intimação que o desenquadramento foi processado levando em consideração que o valor da receita bruta ajustada e das entradas de mercadorias e aquisições de serviços no ano de 2001 ultrapassou o limite permitido para o enquadramento no Regime. É informado, ainda, que a apuração teve por base os dados constantes da DME do exercício de 2001, e que foi levada em consideração a participação societária do titular ou sócio da empresa em outra sociedade, conforme determina a alínea “d”, do inciso II, do art. 399, do RICMS. Por último é declarado na intimação que o desenquadramento surtiria efeitos a partir de 1º de

abril de 2002, sendo que o imposto devido pela realização de operações ou prestações a partir daquela data deveria ser recolhido de acordo com o regime normal de apuração.

Em resposta à intimação supramencionada o contribuinte protocolou, na Inspetoria do Iguatemi, petição, anexa às fls. 129 a 131 dos autos, onde declarou que as razões do desenquadramento inexistiam. Afirmou que a receita bruta ajustada do exercício de 2001 da requerente foi da ordem R\$ 877.841,05, conforme demonstrativos juntados à petição, guardando absoluta fidelidade com o seu Documento de Informações Econômico-Fiscais. Concluiu que a Inspetoria laborou em engano quanto ao primeiro fundamento utilizado para desenquadrar o contribuinte. Com relação ao segundo fundamento, afirmou que a sociedade foi constituída em 12/04/1999, com a composição societária constante da cláusula primeira do seu contrato social (anexo aos autos), cujos componentes não participam de qualquer outra sociedade. Por último, ressaltou que do exame constitutivo da requerente restou demonstrado que ela não se origina de incorporação, posto que não resulta de uma ou mais sociedades (art. 227 da Lei nº 6.014/76), nem fusão, eis que não é produto da união de duas ou mais sociedades (art. 228), nem de cisão, em suma, que não é produto do desmembramento de sociedade alguma, senão da reunião de pessoas físicas, que a quiseram criar, nos termos do Decreto nº 3.708/19. Ao final, pediu que o ato de desenquadramento fosse reconsiderado.

Encaminhado o processo para a prestação de informação fiscal, a cargo de Auditor Fiscal lotado na Inspetoria Fiscal de Investigação e Pesquisa, foram expostas as razões abaixo reproduzidas, conforme peça juntada às fls. 144 a 147 dos autos, que pela riqueza e detalhamento dos fatos faço incorporar o seu teor a este relatório:

“1 – DOS FATOS:

A empresa TOPAZIO COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA., IE Nº 51.017.358 foi desenquadrada do SimBahia em abril/2002, sob alegação de que o valor da receita bruta do grupo, incluindo a empresa GERSON & CIA LTDA ultrapassava o limite estabelecido na legislação em vigor. Esta vinculação para efeito de desenquadramento se deu em razão de ambas pertencerem o mesmo grupo familiar, trabalhar com os mesmos produtos, usando o mesmo nome de fantasia e, ainda a participação da sócia MARIA DO CARMO SILVA VIANA nas duas sociedades.

A empresa manifesta-se, alegando que a receita bruta ajustada do exercício de 2001 da requerente foi na ordem de R\$ 877.841,05, portanto, abaixo do limite máximo previsto na lei para efeito de desenquadramento do regime SimBahia que é de R\$ 1.200.000,00. Alega, também, que não foi indicado “o nome do titular ou sócio e o da sociedade em que teria participado”.

Alegando se tratar de empresa sucessora do grupo de GERSON/JOALHEIROS e considerando que já está sendo analisada aqui, outras empresas desse grupo, a INFAZ/IGUATEMI encaminhou o presente processo a esta Inspetoria para análise e parecer.

Para esclarecer os fatos, examinados livros fiscais e contábeis, contrato de locação do imóvel do ponto comercial, contrato de constituição de sociedade, declaração de imposto de renda e contrato de franquias das empresas tendo concluído pela existência de indícios de simulação na constituição da empresa TOPAZIO COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA, com o objetivo de enquadrá-la no regime SimBahia, cuja conclusão teve como base os seguintes fatos:

1. A empresa é sucessora da loja GERSON & CIA LTDA estabelecida no 2º piso do Shop Center Iguatemi, tendo como sócias quatro pessoas, sendo três delas, filhas do Sr. GERSON MASSA VIANA, sócio majoritário da empresa sucedida; continua no mesmo endereço, onde trabalha com o mesmo nome de fantasia e usa a marca “GERSON”.
2. A empresa não comprovou o pagamento de R\$ 60.000,00 relativo ao contrato de franquia para uso da marca “GERSON”, do nome de fantasia, logotipo, implementação da tecnologia, etc, não pagou, no exercício de 1999, a taxa de royalties previsto no item 14 do referido contrato de franquia, como também não ficou esclarecida a aquisição do fundo de comércio.
3. Nas declarações de imposto de renda – pessoa física, fornecidas espontaneamente pelas sócias, verificou-se que os rendimentos obtidos no período de constituição da empresa, exceto os de ELIANA MASSA VIANA, eram insuficientes para integralizar o capital social por elas subscrito, conforme consta do contrato de constituição de sociedade, onde diz que o mesmo foi integralizado em moeda corrente no ato da subscrição.
4. Causou estranheza a forma de pagamento do estoque remanescente de mercadorias da antecessora, sendo pago uma parte no valor de R\$ 27.735,17 mediante compensação de crédito e a outra parte, no valor de R\$ 18.147,08 em espécie. Não se pretendeu afirmar que é vedado fazer compensação de crédito nem efetuar pagamento em dinheiro. Entretanto, um pagamento no valor de R\$ 18.147,08, normalmente se faz com cheque.

2 – DA DEFESA

Inconformada com a informação fiscal, o contribuinte disse inicialmente, de forma equivocada, que o motivo alegado para se concluir pela existência de indícios de simulação na constituição da empresa foi o seguinte: “sócios de uma empresa serem parentes dos sócios da outra empresa” e, por isso estaria sendo feita uma discriminação vedada no caput do art. 5º da Constituição Federal.

Ocorre que não foi esse o embasamento. Na verdade foi informada que os sócios da TOPAZIO COMÉRCIO DE JÓIA LTDA são parentes do Sr. GERSON MASSA VIANA, sócio majoritário da GERSON & CIA LTDA. E ex-sócios desta última empresa que foi sucedida pela primeira. Informou-se ainda, que a sócia MARIA DO CARMO SILVA VIANA participou do quadro societário das duas empresas até 08/05/2002.

Portanto, não se trata de discriminação. O que se questionou foi a forma de extinção da loja GERSON & CIA LTDA, do 2º piso do Shop Center Iguatemi e a conseqüente criação de sua sucessora com ex-sócios e parentes dos donos da empresa sucedida. Lembrando que a sucessora. Lembrando que a sucessora funciona no mesmo endereço, trabalha com os mesmos produtos, usa o mesmo nome de fantasia e usa a marca. “GERSON”.

Em seguida diz que a “TOPAZIO trabalha com os produtos da Gerson e usa o nome de fantasia desta última, em razão de ser sua franqueada, consoante contrato de franquia já acostado ao processo” e diz adiante que a falta de pagamento de R\$ 60.000,00 relativo à franquia para uso do nome GERSON, do nome de fantasia, do logotipo, implementação de tecnologia, treinamento inicial é matéria da economia interna das empresas.

Neste caso há um equívoco do contribuinte. Esta matéria não é apenas da economia interna das empresas, até por que o Estado tem interesse legítimo nos atos praticados por elas, principalmente neste caso, em que ficou evidente que o processo de extinção da loja GERSON e a conseqüente criação da empresa TOPAZIO teve como objetivo enquadrar esta última no regime Simbahia e pagar menos imposto.

Por outro lado, não se pode concordar com a alegação do contribuinte de que os rendimentos dos sócios, pessoas físicas, sejam tema da esfera de competência da Receita Federal, mesmo porque não se pode comprar ou constituir uma empresa sem suporte financeiro. Como se pode pagar o fundo de comércio, mercadorias e outras despesas inerentes ao estabelecimento comercial sem tais recursos? Foi isto que se questionou quando foram analisadas as declarações de rendimentos das sócias da empresa e verificado que as mesmas não tinham disponibilidade para integralizar o capital social por elas subscrito e, conseqüentemente, pagar as despesas aqui mencionadas.

Vale ressaltar que em nenhum momento foi alegado impedimento de terceiros para doarem ou emprestarem recursos para integralização do capital social da TOPAZIO. Ocorre que se houve doação ou empréstimos de recursos de terceiros, tal fato não foi comprovado. Falta, no mínimo, transparência na empresa.

Quando foi questionada a forma de pagamento do estoque remanescente de mercadorias da sucessora é por que não é normal pagar R\$ 18.147,08 em espécie. Não por que seja proibido efetuar pagamento em dinheiro, mas diante das circunstâncias e considerando o valor da transação, a boa prática recomenda que tal pagamento seja feito mediante cheque até para que se possa comprovar a lisura e a legalidade do negócio.

Por última, a defesa faz uma explanação sobre direito comercial, falando sobre incorporação, fusão e cisão de empresas, cuja explicação não tem nada a ver com o fato em questão.

Vale lembrar que a figura do desmembramento que a defesa alega não está contemplada na legislação comercial, que está prevista no Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, no seu art. 399-A, inc. II alínea “e”, onde diz que “a empresa resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica...” No dicionário da língua portuguesa, o termo desmembramento tem outros significados “separar uma das outras”. O que de fato está com as lojas GERSON & CIA LTDA.

CONCLUSÃO

Diante do exposto e considerando que a defesa não apresentou nenhum fato novo no sentido de contestar os fatos que motivam a conclusão pela existência de indícios de simulação na constituição da empresa TOPAZIO COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA com o objetivo de enquadrá-la no regime SimBahia, fica mantido o entendimento anterior”.

Relativamente ao item 2 da autuação, foi imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto destinado ao Fundo Estadual de Controle e Erradicação da Pobreza, devido por força da Lei nº 7.014, art. 4º e inciso I do art. 5º, onde se determina que as operações com jóias serão acrescidos de dois pontos percentuais a alíquota do ICMS.

Distribuído o processo para a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, visando julgar a impugnação administrativa do Auto de Infração, inicialmente determinada a realização de diligência junto à INFAZ Iguatemi, visando a tomada das seguintes providências:

- a) anexação aos autos de cópia do processo nº 101626/2002-9;
- b) juntada de cópia do Documento de Informação Cadastral (DIC), comprovando a exclusão da sócia Maria do Carmo Silva Viana do quadro societário da empresa Gerson & Cia Ltda.;
- c) que seja informado se a 3ª alteração contratual da Topázio Comércio de Jóias Ltda (fls. 134 a 135) foi apresentada à Inspetoria, juntado cópia do DIC de exclusão da senhora Maria do Carmo Silva Viana da empresa autuada.

Adotadas as providências saneadoras acima citadas o processo retornou à Junta de Julgamento para apreciação da impugnação administrativa do contribuinte, ocasião em que foi proferida a Decisão abaixo transcrita:

“Apesar de o presente lançamento ser constituído de duas infrações distintas, o autuado só questiona a primeira, a qual versa sobre seu desenquadramento do regime do SIMBAHIA. Interpreto o silêncio do contribuinte relativamente à infração 2 como um reconhecimento, tácito, da procedência da mesma, a qual está devidamente caracterizada.

Quanto à infração 1, observo que, conforme o documento à fl. 128, o autuado foi desenquadrado do regime do SIMBAHIA em abril de 2002. Esse documento, emitido pela Gerência de Micro e Pequenas Empresas, é válido e, nos termos do art. 15, § 1º, do RPAF/99, prescinde de assinatura.

Em sua defesa, o autuado afirma que os seus sócios não possuem participação societária em outra empresa e, como prova, apresenta a alteração contratual de fls. 134 e 135. Essa alegação defensiva não pode ser acatada, pois a senhora Maria do Carmo Silva Viana também era sócia da empresa Gerson & Cia Ltda. até 08/05/02, conforme consta nos controles da Secretaria da Fazenda. Apesar de a 3ª Alteração Contratual da empresa Topázio Comércio de Jóias Ltda. ter sido arquivada na JUCEB em 20/12/99, a exclusão da sócia Maria do Carmo Silva Viana do quadro societário dessa empresa só foi solicitada em 28/05/03, conforme comprovam os documentos de fls. 169 a 171. Dessa forma, no período objeto da autuação, o autuado não poderia apurar o imposto devido pelo Regime do SIMBAHIA, já que uma das sócias (Maria do Carmo Silva Viana) possuía participação societária em outra empresa (Gerson & Cia. Ltda.) e o valor da Receita Bruta Anual Ajustada das empresas, no exercício de 2001 era superior aos limites permitidos para o enquadramento no SIMBAHIA.

Quanto ao argumento defensivo de que a Lei nº 7.357/98 permitia a participação de um mesmo sócio em mais de uma sociedade, não o acolho. É que a redação original do inciso IV do art. 6º da Lei nº 7.357/98, o qual permitia participação societária em mais de uma empresa desde que não excedesse 10% do capital social da segunda empresa, só vigeu até 31/12/99. De acordo com a legislação em vigor, a empresa cujo titular ou sócio tenha participação no capital social de outra empresa não poderá optar pelo enquadramento no regime do SIMBAHIA, se a receita bruta global das empresas ultrapassar o limite de enquadramento previsto, o que ocorreu no caso em lide.

Não acato a alegação defensiva de que a sua Receita Bruta Ajustada em 2001 era de R\$ 877.841,05, pois o autuado só considerou os valores da empresa Topázio Comércio de Jóias Ltda., esquecendo-se de adicionar os valores da Gerson & Cia. Ltda.

Com referência às alegações defensivas pertinentes à sua condição de franqueado, de locatário de “shopping center”, de transformação, incorporação, fusão e cisão de empresa, as mesmas não possuem o condão de elidir a autuação.

Em face do acima comentado, entendo que a infração em tela está caracterizada, pois, no período objeto da autuação, o autuado deveria ter recolhido o imposto devido pelo Regime Normal de Apuração, uma vez que tinha sido desenquadrado de ofício pela autoridade competente em processo regular.

Por fim ressalto que o autuado não questiona os números apurados pela autuante, o que interpreto como uma concordância tácita dos valores cobrados.

Ressalto que a multa cabível para a infração é de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado com a Decisão acima, o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário, aduzindo, inicialmente, que em nenhum momento o procedimento fiscal cuidou da falta de recolhimento do imposto destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, argumentando ainda que essa exigência é de duvidosa constitucionalidade.

Com relação à diferença de ICMS a partir de desenquadramento do Regime SIMBAHIA, em abril de 2002, afirma que a alteração contratual colacionada com a defesa mostra que desde 18 de dezembro de 1999, a sócia Maria do Carmo Silva Viana deixou de pertencer a uma outra sociedade. Conforme consta da 3ª alteração contratual da empresa (doc. 2, juntado ao Recurso). Além disso fez observar que a saída da sócia foi registrada legalmente na JUCEB, fato condizente com o Direito. Declara que esse fato exclui, por outro lado, o excesso de limite da receita bruta ajustada e torna claro o equívoco do desenquadramento. Cita, ainda, o art. 407 do RICMS que faculta a empresa desenquadrada adotar providências que lhe possibilitem permanecer no sistema. Face às alegações apresentadas requereu à Câmara de Julgamento a reforma da Decisão de primeiro grau e o conseqüente provimento do Recurso.

Remetidos os autos para a Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), foi exarado parecer jurídico de autoria da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, que ao analisar as razões apresentadas no Recurso Voluntário emitiu o seguinte opinativo:

“... as alegações relativas ao item 2 não devem ser apreciadas pois o Auto Infração consigna expressamente a exigência relativa ao percentual destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”.

“em relação ao item 1, assiste razão ao recorrente. Os documentos anexados revelam de forma inequívoca a exclusão da sócia M. do Carmo Silva Viana ainda no exercício de 1999. Os documentos de fls. 134 e 178 são suficientes para comprovar que a empresa autuada promoveu a exclusão da referida sócia, na forma da lei, registrando a alteração no órgão competente – JUCEB. O fato da empresa somente ter requerido posteriormente tal alteração no cadastro da SEFAZ, em nada interfere no momento da saída da sócia. Isso se deu com a alteração contratual devidamente registrada na JUCEB em 20/11/99. O doc. de fls. 178 emitido pela SEFAZ dá total guarida às alegações da recorrente, pois consigna o período em que a sra. M. do Carmo Silva Viana foi sócia da autuada, como sendo de 30/06/99 a 20/12/99”.

Considerou, portanto, descaracterizada a motivação para a exclusão da empresa do Regime SIMBAHIA e opinou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para que seja considerado improcedente o item 1 da autuação.

VOTO

Inicialmente passo a apreciar o item 1 da autuação que envolve a exclusão do recorrente do SIMBAHIA e a conseqüente apuração do imposto pelo regime normal. Da análise dos autos verifico que o ato administrativo que retirou o contribuinte da sistemática de apuração simplificada se pautou em dois fundamentos. O primeiro, a participação societária da Sra. Maria do Carmo Silva Viana, na empresa autuada e em outra sociedade comercial, a empresa Gerson e Cia Ltda, de forma que computadas as receitas das duas empresas haveria o autuado ultrapassado o limite de R\$ 1.200.000,00 para que pudesse permanecer enquadrado no SIMBAHIA na condição de empresa de pequeno porte. Acontece que no exercício de 1999, através de alteração no contrato social da empresa, registrada na JUCEB (Junta Comercial da Bahia), em 20/12/99 (doc. fls. 172 e 173), foi promovida a retirada da sócia acima mencionada, deixando, entretanto, o contribuinte de comunicar essa alteração no Cadastro de Contribuintes do ICMS, só o fazendo posteriormente, através do preenchimento da DIC (documento de informação cadastral), dirigida à Inspeção Fiscal e protocolada em 27/05/2003, conforme documento anexo (fl. 191). Em relação a esta motivação razão assiste ao recorrente, pois a alteração contratual, devidamente registrada no órgão competente, produz efeitos jurídicos, inclusive no âmbito da relação tributária. O ato encontra-se amparado no Direito Comercial e a principal finalidade do registro é justamente dar publicidade do ato a terceiros. Correta, portanto, a posição externada pela Procuradoria Estadual no parecer acostado ao processo. Se o contribuinte não promoveu a alteração no cadastro do imposto, houve apenas descumprimento de obrigação acessória, mas o ato de comércio, envolvendo a alteração contratual, de fato ocorreu e foi objeto de registro na Junta Comercial, sendo válido para todos os efeitos.

Mas foi também apresentado pela fiscalização outro fundamento para fins de exclusão do autuado do regime simplificado. Consta que o contribuinte praticou atos simulatórios visando o indevido enquadramento, com base nos fatos a seguir relatados:

- a) operacionalmente, o autuado pertence ao mesmo grupo familiar da empresa Gerson Jóias Ltda, comercializando os mesmos produtos e usando o mesmo nome da fantasia;
- b) alegada pelo recorrente a existência de contrato de franquia entre a Gerson e a Topázio, não foi apresentada nos autos a prova do pagamento da quantia de R\$ 60.000,00, relacionada às *royalties* devidos pelo franqueado a franqueador; limitando-se a defesa a declarar que a questão seria de economia interna da empresa;
- c) quanto ao local onde funciona o autuado é juntado ao processo um aditamento ao contrato de locação celebrado com a Nacional Empreendimentos Iguatemi S/A (fl. 327 dos autos) onde consta que a empresa Topázio Comércio de Jóias Ltda, adota o mesmo nome empregado pelo empreendimento Gerson Jóias, com a denominação GERSON II, inclusive figurando como fiador desta avença o sr. Gerson Massa Viana, principal sócio da empresa Gerson e Cia Ltda;
- d) com a saída da sócia M^a do Carmo Silva Viana, não consta dos autos qual a destinação foi dada às quotas que representavam a sua participação na sociedade, ou seja, se houve cessão gratuita ou onerosa e se onerosa, a prova do pagamento;
- e) com exceção da sócia Eliana Massa Viana, as declarações de imposto de renda-pessoa física das demais sócias, de acordo com as informações prestadas pela fiscalização, revelam

- insuficiência de recursos para a integralização do capital social subscrito, que foi declarado no contrato totalmente integralizado, em moeda corrente, no ato da subscrição;
- f) quanto ao estoque remanescente de mercadorias do estabelecimento antecessor consta que uma parte foi quitada mediante compensação de crédito (parcela de R\$ 27.735,17) e outra parte em espécie, ou seja moeda corrente (parcela de R\$ 18.147,08). Inexiste nos autos a prova do efetivo pagamento. E qual seria a origem dos recursos ? O capital integralizado ? E a idoneidade financeira das sócias que não foi devidamente comprovada ?.

Limitou-se o recorrente em muitas dessas questões a afirmar que elas encerravam matéria de economia interna da empresa ou da competência do fisco federal. Acontece que o enquadramento de empresas em regimes que comportam benefícios fiscais, a exemplo do SIMBAHIA, implicam em renúncia de receita do Estado e só se justificam aos contribuintes que precisam do incentivo para, por via da economia de impostos, investirem no crescimento de seus negócios. Por isso, acertada e juridicamente legítima a preocupação do fisco em pesquisar e questionar se os atos praticados pela empresa, no momento da sua constituição, tinham realmente suporte material, não bastando, para fins de prova, apresentar apenas contratos firmados entre as partes interessadas. É legítimo saber se os atos de comércio mencionados pelo recorrente, envolvendo o pagamento de franquia comercial, a quitação dos estoques remanescentes e a idoneidade financeira dos sócios na constituição da empresa foram meros acordos formais, elaborados em contratos, que em verdade não teriam como contrapartida o efetivo desembolso das quantias avençadas. A inserção de contribuintes nos benefícios fiscais previstos na legislação pressupõe, por princípio, a falta de capacidade contributiva daquele que pleiteia a vantagem fiscal, que nada mais é que a outra face, princípio constitucional da capacidade contributiva, válido tanto para excluir as exigências fiscais exorbitantes como para afastar do regime de benefícios fiscais aqueles que não se revelarem incapazes de suportar o ônus tributário, a todos imposto pela lei, sem comprometimento da sobrevivência da empresa. Nessa linha de raciocínio se posicionam o jurista alemão Klaus Tipke e os doutrinadores brasileiros, prof. Marco Aurélio Grego e prof. Ricardo Lobo Torres, todos citados no livro do tributarista Alberto Xavier, com o título “Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva”, Editora Dialética, São Paulo, 2001, págs. 101 a 106, quando estes autores discorriam sobre a teoria do abuso de direito aplicada na organização econômica das empresas visando redução de pagamento de tributos.

Importante ressaltar que a teoria acima mencionada, foi recepcionada em nosso direito positivo, com a inserção no Código Tributário Nacional, do parágrafo único ao art. 116, trazida pela Lei Complementar nº 104, de 2001, que autoriza as autoridades administrativas a desconsiderar atos ou negócios jurídicos dissimulados ou fraudados.

Necessário compreender que o negócio dissimulado, na lição de Washington de Barros Monteiro, é aquele que se caracteriza ...”pelo intencional desacordo entre a vontade interna declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou então ocultar, sob determinada aparência, um ato realmente querido”. (Curso de Direito Civil, Parte Geral, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 207). No âmbito do Direito Tributário a simulação aparente ou dissimulação, é vedada, por disposições expressas contidas no CTN: art. 116, Parágrafo Único; art. 150, § 4º. O Código Civil de 2002 e o de 1916, incluem a simulação relativa no rol dos defeitos dos negócios jurídicos em que os contratantes visam prejudicar terceiros, também denominados vícios sociais e que implicam em anulabilidade do ato na órbita civil e desconsideração no âmbito fiscal: art. 102 do CC/1916 e art. 167 do CC/2002.

No caso em exame não restou evidenciado que as declarações de vontade existentes nos atos negociais vinculados à constituição da sociedade comercial denominada Topázio Comércio de Jóias

Ltda, de fato ocorreram em sua dimensão material, pois não provado, por exemplo, o desembolso das quantias relacionadas ao contrato de franquia e a quitação dos estoques remanescentes da sociedade aparentemente sucedida, além da falta de comprovação de idoneidade financeira das sócias, em suas declarações de imposto de renda, para fins de integralização do capital social em moeda corrente. Dos elementos existentes no processo deduz-se, sem a menor dúvida, que o autuado é a resultante de atos meramente formais, incidindo na hipótese de desmembramento de pessoa jurídica preexistente, no caso a empresa Gerson e Cia Ltda, incorrendo nas disposições do art. 399-A, inciso II, alínea “e” do RICMS/97. A finalidade desses atos era tão-somente inserir a sociedade, de forma indevida, no regime simplificado de apuração do ICMS, denominado SIMBAHIA, havendo ofensa às normas do Código Tributário Nacional, do Código Civil e do próprio RICMS, além de violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CF).

O direito deve ser sempre interpretado e aplicado com bom senso, razoabilidade e levando em consideração os fatos que são o seu suporte material. As simples declarações de vontade, em especial em negócios de natureza patrimonial, necessitam de provas que evidenciem a sua concreta realização, em especial, para resguardar interesses de terceiros, entre eles os interesses do erário.

Vale ressaltar que o autuado opera no comércio varejista de produtos de joalheria, venda de jóias em ouro, prata e metal, relógios, pedras preciosas e semi-preciosas e artigos de presentes, de acordo com o que dispõe a cláusula sexta do seu contrato social, atividade que em nossa legislação é tratada de forma diferenciada, inclusive com alíquotas majoradas para 25%, conforme estabelecido no art. 16, inc. II, letra “g”, da Lei do ICMS (nº 7.014/96) sendo, portanto, um setor da atividade econômica que é considerado pelo próprio legislador do ICMS de forte capacidade contributiva, não havendo razão que justifique o uso indevido do Direito para fins de enquadramento em benefícios fiscais concebidos para atividades de pequena e média capacidade de contribuição.

Portanto, procede a exigência fiscal contida no item 1 da autuação.

Em relação à infração 2, o recorrente se limitou a afirmar que em nenhum momento do procedimento fiscal houve a exigência de imposto destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, alegando, ainda, que essa imposição é de duvidosa constitucionalidade. Todavia, a exigência tem respaldo no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 7.988, de 21/12/2001, efeitos a partir de 22/12/2001, aprovada através de devido processo legislativo, previsto na Constituição. A questão da inconstitucionalidade de normas que compõem a legislação fiscal é matéria que foge ao âmbito de competência das esferas administrativas de julgamento, cabendo apenas ao Poder Judiciário, com a força da coisa julgada, decidir esta questão através das ações próprias previstas nas leis processuais. Também procede este item da autuação.

Assim, ante o exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto pelo contribuinte, mantendo a Decisão da 1ª Instância de julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, quanto à infração 1 e, não unânime, em relação à infração 2, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206991.0012/03-0**, lavrado contra **TOPÁZIO COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$ 97.314,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR EM RELAÇÃO A INFRAÇÃO 1: Conselheiros (as): Tolstoi Seara Nolasco, Cesar Augusto da Silva Fonseca e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO EM RELAÇÃO A INFRAÇÃO 1: Conselheiros (as): Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

VOTO VENCEDOR EM RELAÇÃO A INFRAÇÃO 2: Conselheiros (as): Tolstoi Seara Nolasco, Cesar Augusto da Silva Fonsêca, Carlos Fábio Cabral Ferreira e José Carlos Barros Rodeiro.

VOTO VENCIDO EM RELAÇÃO A INFRAÇÃO 2: Conselheiros (as): Fauze Midlej, e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS