

PROCESSO - A. I. Nº 298947.0009/03-9
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA SINAI DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0237-04/04
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 26/10/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0331-11/04

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Constatada a opção pelo regime SimBahia com a interposição de pessoa que não seja efetiva sócia ou proprietária, a legislação determina que o contribuinte seja desenquadrado de ofício do regime, sendo o imposto devido apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, desde a ocorrência do fato que ensejou o desenquadramento. Afastadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte em face da Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em tela para exigir o crédito tributário de ICMS e multa decorrente do recolhimento a menor do ICMS devido nos meses de maio a dezembro/2001 e de janeiro a dezembro/2002, posto que o recorrente requereu o enquadramento em regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), na condição de Empresa de Pequeno Porte, utilizando-se de declarações falsas, havendo simulação de empresa com uso de interposta pessoa, salvo prova em contrário.

Em razão disso, se apurou o imposto pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, conforme Demonstrativo da Conta Corrente Fiscal, das Entradas de Insumo e das Saídas dos Produtos (fls. 71 a 125), tendo sido considerado o ICMS pago conforme demonstrativo às fls. 69 e 70.

Sustenta a Decisão da 4ª JJF, ora recorrida que:

- afasta a preliminar de nulidade suscitada, pois o início da presente ação fiscal está demarcado pelo Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos acostado ao processo à fl. 9;
- não aceita o pedido de exclusão da multa, já que o recorrente não efetuou o pagamento do débito tributário antes do início da ação fiscal, ocorrido em 09/09/03;
- no mérito, observa que no Auto de Infração está sendo exigido ICMS em virtude do desenquadramento do recorrente do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), na condição de Empresa de Pequeno Porte, haja vista que foi constatado que o contribuinte, quando efetuou a sua opção pelo SimBahia, valeu-se da interposição de pessoas que não seus efetivos sócios.

- o contribuinte para se enquadrar no regime do SimBahia, instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, é necessário atender às condições e limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e simplificado dado pelo citado Regime é um benefício fiscal condicionado;
- quando as condições exigidas pela legislação não forem atendidas, o contribuinte será desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso;
- tal desenquadramento será feito de ofício e com efeitos retroativos, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interpôsta pessoa, para efetuar a sua opção pelo Regime do SimBahia (art. 22, IV, combinado com o art. 15, II e IV, tudo da Lei nº 7.357/98);
- o desenquadramento de ofício tem respaldo legal e, portanto, o fato do autuante ter citado dispositivo regulamentar não implica ilegalidade, pois, nos termos do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente;
- no caso em tela, o recorrente foi desenquadrado nos termos do inciso IV, do art. 408-L do RICMS/97, que se refere ao fato de o contribuinte ter sido constituído por 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. 2 e 3 do PAF;
- nessa situação, a legislação prevê o desenquadramento de ofício (art. 408-Q do RICMS/97) e estabelece que o imposto deverá ser 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;
- a irregularidade imputada ao recorrente é comprovada por determinados fatos relacionados, os quais evidenciam que o sujeito passivo foi constituído com base em declaração falsa e com a interpôsta de pessoas que não os seus sócios e proprietários;
- a alegação do recorrente no sentido de que os contratos de mútuos foram contabilizados, não torna menos inusitada a prática de empréstimos sem pagamento de juros ou correção monetária, além de não ter sido juntada qualquer prova deste fato;
- o recorrente impugna o levantamento quantitativo, onde a autuante apurou a saída de mercadorias que não existiam no seu estoque, todavia, o sujeito passivo não contrapõe demonstrativos aos elaborados pela auditora fiscal. Do mesmo modo, as alegações defensivas referentes ao contrato de locação, não modificam o que foi apurado pela autuante;
- quanto à apuração do imposto exigido pelo Regime Normal, o recorrente não indicou erro e nem apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pela autuante;
- além disso, os cálculos efetuados pela auditora fiscal estão corretos e não merecem reparos;
- a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, no Acórdão CJF 0160-12/02, ao apreciar um Recurso Voluntário em caso semelhante, envolvendo as empresas Maura Liolina de Souza de Oliveira (Metalplastic), JMC Ind. e Com. de Artefatos de Metais e Plásticos Ltda. (Metaltec) e Genara Vieira dos Santos não proveu o Recurso interposto pelo contribuinte, mantendo a Decisão de 1ª Instância que julgou procedente o Auto de Infração;
- por fim, considera que a infração imputada ao recorrente está caracterizada, pois o sujeito passivo é uma empresa que foi constituída para realizar operações de outros contribuintes

(Maura Liolina de Souza e JMC Ind. e Com. de Artefatos de Metais e Plásticos Ltda.), uma vez que as transações comerciais das três empresas ultrapassariam os limites previstos para permanecerem enquadradas no Regime do SimBahia;

Conclui pela Procedência do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em exame por violação ao art. 196 do CTN, uma vez que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, de modo que o procedimento fiscal não mais poderia impedir a espontaneidade do sujeito passivo;
- que, caso a preliminar seja ultrapassada, seja determinada a exclusão da multa, nos termos do art. 28, § 1º do RPAF/99;
- no mérito, teceu comentários sobre o princípio da legalidade e citou doutrina e jurisprudência, bem como invocou dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, tudo para demonstrar que o decreto não pode inovar, uma vez que lhe falta o poder normativo autônomo;
- sustenta que o decreto que cuida das partes excludentes do SimBahia trata, em alguns casos, de matéria que ultrapassa o âmbito da lei que criou o referido regime de apuração do imposto;
- alega que, ao aderir ao SimBahia, ficou submetido às cláusulas excludentes do citado regime quando elas estiverem expressamente mencionadas na Lei nº 7.357/98, não se submetendo àquelas estabelecidas de forma autônoma no RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97;
- aduz que o art. 408-L, IV do RICMS-BA/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;
- afirma que a exclusão de um contribuinte de isenção exige expressa previsão legal;
- diz que realizou de forma regular a sua opção pelo SimBahia e, por isso, preencheu toda a documentação e requisitos exigidos para o seu enquadramento;
- explica que foi constituído em 18/01/01, registrado na JUCEB em 26/01/01, que os seus sócios são Robson Oliveira Souza e Rosimari Serrano Souza e que funcionava na Fazenda Grande do Retiro em Salvador (fls. 180 a 182);
- assevera que, em 11/05/01, a sua sede foi transferida para o bairro de Brotas, na mesma cidade (fls. 183 a 185); em 16/07/01, o seu objeto social foi mudado para industrialização e comercialização de produtos plásticos de material de construção (fls. 186 a 188); em 10/07/02, a sua sede foi transferida para Vitória da Conquista, Av. Serrano Lote 308, Qd. 08, 250-A, Lot. Jardim Guanabara, Alto da Boa Vista (fls. 189 a 191); em 30/09/02, o endereço da matriz foi mudado para Avenida Serrano nº 250-A, Lote 308, Lot. Jardim Guanabara, Alto da Boa Vista, Vitória da Conquista, bem como foi aberta uma filial situada na Rua Carlos Alberto Santos, nº 327, Galpão 19, Cond. Porto Miragem, Lauro de Freitas (fls. 192 e 193); em maio de 2002, antes do início da ação fiscal, o estabelecimento matriz foi transferido para o Poloplast, Quadra N, Lotes 1 a 8, Distrito Sede, Camaçari, uma vez que obteve incentivo fiscal junto ao Governo do Estado da Bahia (fls. 165 a 178);

- ressalta que não é uma empresa de fachada, pois não há qualquer relação entre os seus sócios e os das empresas Maura Liolina de Souza, Genária Vieira dos Santos e JMC Ind. e Com. de Artefatos de Plásticos Ltda.;
- diz que sempre atuou no mercado da região metropolitana de Salvador, onde funcionou por mais de um e meio antes de transferir o estabelecimento matriz para Vitória da Conquista;
- alega que as contas telefônicas (fls. 172 a 177) mostram que a empresa funcionava regularmente, porém, quando foi intimado pela autuante, já estava transferindo a sua sede para o Município de Camaçari-BA (fl. 178);
- assevera que, nas remessas para industrialização, utilizou procedimentos previstos na legislação do IPI e do ICMS;
- alega que o conceito de industrialização não se restringe à produção, mas abrange qualquer operação que modifique a natureza ou a finalidade ou aperfeiçoe o produto para o consumo;
- após fazer referência à produção de veículos da Ford em Camaçari, explica que a empresa Maura Liolina Sousa de Oliveira (Metalplastic) além de industrializar as matérias-primas que adquire, também fabrica componentes ou produtos para outras empresas, conforme documentos acostados às fls. 197 a 248;
- sustenta que remeteu para a Metalplastic matérias-primas para industrialização, e estas foram transformadas em produtos industrializados e, em seguida, devolvidos ao autuado, que aperfeiçou os produtos para consumo. Ressalta 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;
- afirma que terceirizou a produção, o que não contraria a legislação e não embasa o seu desenquadramento do SimBahia;
- diz que a fiscalização agiu de má-fé quando solicitou à empresa Roche Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. informação sobre matéria-prima e não juntou aos autos a resposta obtida;
- salienta que devem ser consideradas antecipações de entregas de mercadorias, bem como o fato de que a situação verificada foi excepcional e não se repetiu durante o período fiscalizado;
- impugna os levantamentos efetuados e os valores neles constantes;
- repisa 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.;
- aduz que a despersonalização não pode ser aplicada, pois é uma medida extrema que depende de provas, e a autuante não demonstrou a realização de operações entre a Metalplastic e a Metaltec.;
- referindo-se ao seu capital social, diz que não procede a autuação, uma vez que não existe limitação do movimento comercial em função do capital;

- ressalta que os empréstimos realizados via contratos de mútuo estão devidamente contabilizados;
- em relação ao contrato de locação, afirma que manteve a sua sede em Salvador por mais de um ano e meio, só a transferindo para Vitória da Conquista em meados de 2002;
- quanto ao funcionário mencionado na autuação, alega que o mesmo era empregado da matriz da Sinai e foi transferido para a filial da mesma empresa;
- ao finalizar, requer a produção de todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente a juntada de cópia de FLC, bem como de outros documentos originais citados e anexados ao processo por meio de cópia;

Ao final, requer o Provimento do Recurso Voluntário para julgar Improcedente o Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que não há nos autos desrespeito aos princípios tributários, sendo considerado como demonstrativo de início da ação fiscal o Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos de fl. 9.

Além disso, destaca que não houve qualquer pagamento para que se discuta sobre a exclusão da multa. No mérito, ressalta que a autuação se deu com base legal, sendo que os fatos comprovados demonstram inequivocamente a constituição de empresa por interpôsta pessoa para fins de inclusão no SimBahia.

Desta forma, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois o início da presente ação fiscal está demarcado pelo Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos acostado ao processo à fl. 9.

Quanto ao pedido de exclusão da multa, o mesmo não pode ser aceito, já que o recorrente não efetuou o pagamento do débito tributário antes do início da ação fiscal, ocorrido em 09/09/03.

Adentrando no mérito da lide, observo que no Auto de Infração está sendo exigido ICMS em virtude do desenquadramento do recorrente do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), na condição de Empresa de Pequeno Porte, haja vista que foi constatado que o sujeito passivo, quando efetuou a sua opção pelo SimBahia, valeu-se da interposição de pessoas que não seus efetivos sócios.

Para que um contribuinte se enquade no Regime do SimBahia, instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, é necessário que ele atenda às condições e limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e simplificado dado pelo citado Regime é um benefício fiscal condicionado. Quando as condições exigidas pela legislação não forem atendidas, o contribuinte será desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso.

Esse desenquadramento será feito de ofício e com efeitos retroativos, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interpôsta pessoa, para efetuar a sua opção pelo Regime do SimBahia (art. 22, IV, combinado com o art. 15, II e IV, tudo da Lei nº 7.357/98).

Dessa forma, vê-se que o desenquadramento de ofício tem respaldo legal e, portanto, o fato de a autuante ter citado dispositivo regulamentar não implica ilegalidade, pois, nos termos do art. 19

do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente.

No caso em tela, o recorrente foi desenquadrado nos termos do inciso IV, do art. 408-L do RICMS/97, que se refere ao fato de ter sido constituído por 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. 2 e 3 do PAF.

Ademais, a irregularidade imputada ao recorrente é comprovada pelos seguintes fatos, os quais evidenciam que o sujeito passivo foi constituído com base em declaração falsa e com a interposição de pessoas que não os seus sócios e proprietários:

- o autuado deu saída a matérias-primas que não possuía (fls. 47 a 50);
- contratos de mútuo sem cobrança de juros ou atualização monetária (fl. 24 a 29);
- contrato de locação de Maura Liolina de Souza para o autuado (fl. 35);
- número de telefone de terceiros constante em documento fiscal destinado ao autuado (fl. 33);
- documento destinado a terceiros encontrado no estabelecimento do autuado (fl. 34);

Por fim, quanto à apuração do imposto exigido pelo Regime Normal, verifico que o recorrente não indicou erro e nem apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pela autuante.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298947.0009/03-9 lavrado contra **DISTRIBUIDORA SINAI DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$192.019,63**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTTE - REPR. DA PGE/PROFIS