

A. I. N° - 298947.0009/03-9
AUTUADO - DISTRIBUIDORA SINAI DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ZELMA BORGES DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 08. 07. 2004

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0237-04/04

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. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2003, exige imposto no valor de R\$ 192.019,63, mais multa, em virtude do recolhimento “a menor do ICMS devido nos meses de maio a dezembro/2001 e de janeiro a dezembro/2002, em razão de haver [o autuado] requerido 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, razão pela qual se apurou o imposto pelos critérios e na alíquota aplicáveis às operações normais, conforme Demonstrativos do 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.”

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 136 a 155) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização. Solicitou a exclusão da multa, caso a preliminar seja ultrapassada, pois tinha a espontaneidade a seu favor.

Adentrando no mérito da lide, 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. Disse que o decreto que cuida das partes excluídas do SIMBAHIA trata, em alguns casos, de matéria que ultrapassa o âmbito da lei que criou o referido regime de apuração do imposto. Explicou que, ao aderir ao SIMBAHIA, ficou submetido às cláusulas excluídas 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. Segundo o autuado, 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.

Explana sobre a natureza jurídica da isenção tributária e, em seguida, conclui 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, que foi 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. Aduz que remeteu para a Metalplastic matérias-primas para industrialização, e estas foram transformadas em produtos industrializados e, em seguida, devolvidos ao autuado, que aperfeiçoou 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.

Ressalta 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. Diz 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. Frisa 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. Solicita a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fls. 263 a 265, a autuante diz que, à fl. 9, se encontra o Termo de Intimação para apresentação de documentos, com a ciência do contribuinte.

Quanto ao mérito, a auditora informa que o art. 15, da Lei nº 7.357/98, prevê as irregularidades que acarretam a perda do direito à adoção do Regime do SIMBAHIA. Diz que o autuado está sujeito ao desenquadramento, pois foi constituído com a interposição de pessoas que não os verdadeiros sócios ou proprietários, conforme previsto no art. 408-L, IV, do RICMS-BA/97.

Afirma que o autuado não efetua industrialização e que toda a matéria-prima é remetida para a empresa Maura Liolina Sousa de Oliveira, inscrita no SIMBAHIA. Aduz que anexou, às fls. 126 a 131, cópia do Acórdão JJF nº 0329-02/03 referente Auto de Infração nº 206.828.0010/02-8, o qual relata a ligação entre as empresas, sendo a contribuinte Genária Vieira dos Santos vizinha do autuado, havendo comunicação entre ambos. Diz que as empresas praticavam o mesmo tipo de operação e que a terceirização da produção constitui mais um indicativo de simulação fiscal. Frisa que, no Auto de Infração, foram citados outros indícios da ligação entre o autuado e as empresas Maura Liolina Sousa de Oliveira (Metalplastic), JMC Ind. e Com. de Artefatos de Metais e Plásticos Ltda (Metaltec) e Genária Vieira dos Santos, que estariam enquadradas no regime normal se fossem inscritas como partes de um mesmo grupo empresarial.

Alega que as alterações contratuais e o contrato de comodato firmado com o município de Camaçari, os quais levam a empresa a funcionar em Salvador, são referentes a um outro momento. Já o Auto de Infração em lide trata do período compreendido entre 2001 e 2002.

Assegura que a comprovação de que não havia matéria prima em estoque, quando das remessas para a empresa Maura Liolina de Sousa, está explicada no Auto de Infração e demonstrada às fls. 47 a 50. Diz que efetuou a circularização de informações com o objetivo de dar respaldo ao levantamento fiscal e não cometer injustiças. Salienta que também foi constatada diferença em outros insumos além do Noryl. Alega que o defensor não apresenta nenhum demonstrativo que contraponha os dados constantes na autuação.

Quanto às contas telefônicas, frisa que as mesmas se referem a um telefone que não é o constante no cadastro da empresa na SEFAZ. Alega que o defensor comprovou a capacidade civil dos sócios, mas não a capacidade econômico-financeira. Ao final, solicita a procedência da autuação.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido convertê-lo em diligência à INFAZ Vitória da Conquista, para que a autuante assinasse os demonstrativos de fls. 47/50 e 71/125, que entregasse ao autuado cópia dos referidos demonstrativo e que fosse reaberto o prazo de defesa. A diligência foi atendida e o prazo de defesa foi reaberto.

Nessa nova oportunidade, o autuado apresentou a defesa de fls. 275 a 296, onde além de repetir todos os argumentos defensivos já expendidos na defesa inicial e já consignados neste relatório, impugnou a informação fiscal de fls. 263/265, alegando que a mesma nada trouxe de novo aos autos. Diz que a autuante não provou os indícios de irregularidades que suscitou no Auto de Infração, mas apenas mencionou que se baseou em informações prestadas por “prepostos fiscais” (sem informar a data nem identificar as pessoas) e por um suposto vigilante (sem identificá-lo nos autos). Aduz que o único vigilante que possui trabalha à noite. Frisa que a autuante distorceu ou omitiu informações relativas ao produto Noryl.

Mais adiante, alega que a auditora, na informação fiscal, evidencia que o desenquadramento do SIMBAHIA foi fundamentado em dispositivo constante no RICMS (art. 408-L, IV), o qual não encontra respaldo legal na lei. Assevera que não procede a alegação da autuante, na informação fiscal, de que o

autuado teria sido constituído como se fosse parte da mesma empresa Genária Vieira dos Santos, já que o defendant tinha vida autônoma e anterior, tendo um histórico de existência antes da transferência de um dos seus estabelecimentos para Vitória da Conquista. Diz que não procede a alegação de que apenas uma pessoa ficava no local para atender as ligações, pois as ligações telefônicas são de valores consideráveis. Ressalta que não tem nada a ver com a decisão de fls. 126/131, pois estranha ao caso em tela.

Em novo pronunciamento, fl. 299, a autuante confirma a informação de fls. 263 a 265. Diz que não é possível anexar ao processo a FLC solicitada pelo autuado, pois o dossiê do contribuinte se encontra na INFRAZ Camaçari. Afirma que o autuado foi cancelado em 04/02/02 e 22/12/03, como consta no sistema de informações da SEFAZ. Aduz que os documentos originais solicitados se encontram em poder do autuado, já que se tratam de notas fiscais, contratos de empréstimos e contratos de locação que foram devolvidos ao defendant ao final da fiscalização. Ao finalizar, pede a procedência da autuação.

VOTO

Incialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, 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 autuado não efetuou o pagamento do débito tributário antes do inicio 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 autuado 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.

Em sua defesa, o autuado nega a acusação e diz que preencheu toda a documentação necessária e os requisitos exigidos para o seu enquadramento no SIMBAHIA. Afirma que utilizou procedimentos previstos na legislação do ICMS e do IPI em operações denominadas remessa para industrialização. Diz que o conceito de industrialização não se restringe à produção, mas alcança as operações que modificam a natureza ou a finalidade ou aperfeiçoe o produto para consumo.

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 interpresa 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 autuado foi desenquadrado nos termos do inciso IV, do art. 408-L do RICMS/97, que se refere ao fato de o autuado ter sido constituído por interpresa 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. 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 autuado 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);

O autuado alega que os contratos de mútuos foram contabilizados, porém não juntou nenhuma prova, além do que esse fato não torna menos inusitada a prática de empréstimos sem pagamento de juros ou correção monetária. O defensor impugna o levantamento quantitativo, onde a autuante apurou a saída de mercadorias que não existiam no estoque do autuado, 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 autuado 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.

Em face do comentado, considero que a infração imputada ao autuado 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.

Ademais, a 2ª Câmara 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 autuado, mantendo a decisão de 1ª Instância que julgou procedente o Auto de Infração.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298947.0009/03-9 lavrado contra **DISTRIBUIDORA SINAI DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 192.019,63**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR