

A. I. N° - 298917.0009/05-0
AUTUADO - JOSÉ ALBERTO OLIVEIRA ROCHA
AUTUANTE - ANITA MARCIA PIRES AZEVEDO
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 25.11.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0428-02/05

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FISCAL. APURAÇÃO DO IMPOSTO POR ESTE REGIME EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada, tendo em vista que não foi satisfeita a condição de microempresa para pagamento do imposto pelo regime simplificado, sendo desenquadrado de ofício e exigido o imposto pelo regime normal de apuração. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/06/2005, e reclama o ICMS no valor de R\$ 53.216,45. 1.741,12, sob acusação de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de ter utilizado, indevidamente, benefício fiscal concedido às pequenas empresas, relativo ao período de novembro de 2002 a dezembro de 2004, conforme demonstrativos e documentos às fls. 16 a 83.

O autuado através de seu representante legal, em sua defesa às fls. 88 a 93, resumiu o fato que ensejou a autuação dizendo que o preposto fiscal evidenciou uma situação onde coloca o estabelecimento autuado na condição de empresa de fachada que estaria sendo utilizada pela empresa Rocha Leite Ltda, IE nº 46.792.363, com o intuito fraudulento de se utilizar indevidamente dos benefícios fiscais atribuídos a micro e pequenas empresas, motivo pelo qual foi declarada a exclusão de ofício do regime do Simbahia.

Feitas estas considerações, o autuado argüi a nulidade da autuação, por ilegitimidade passiva, com base no argumento de que ao ser afirmado pelo autuante que o estabelecimento autuado foi criado pela empresa Rocha & Leite Ltda, não foi ele que teria cometido a suposta infração, mas a citada empresa que estava se utilizando indevidamente do seu cadastro.

Ressalta que se o estabelecimento autuado não existe, se todo aparato operacional pertence à Rocha & Leite Ltda, e se esta teria sido quem supostamente cometeu as infrações, não pode figurar no pólo passivo, configurando-se, no caso, ilegitimidade passiva do estabelecimento autuado.

No mérito, o autuado analisou os fatos e a legalidade do ato de desenquadramento de ofício do estabelecimento no regime do Simbahia, aduzindo que:

1. A denúncia recebida através do Call Center no dia 04/10/2004 foi feita um dia após as eleições de 2004 e o denunciante não se identificou.
2. Não é devida a informação de que se estabelecia em imóvel contíguo ao da sede da empresa Rocha & Leite Ltda, dizendo que, embora no mesmo logradouro, não é anexo ao citado imóvel

pois se encontra distante cerca de 500 metros, e mesmo que o fosse, haveria de ser levado em conta o que dispõe o artigo 152, §§ 2º e 3º do RICMS/97. Juntou croqui da localização dos dois estabelecimentos (doc. fl. 94).

3. Com referência à nota fiscal nº 114, salienta que o denunciante não apresentou prova documental para confirmar a veracidade de sua alegação, nem tampouco o autuante o fez. Entende que mesmo se tratando de denúncia anônima ela prescinde da necessária prova documental, sob pena de se caracterizar em presunção.

4. A denúncia de que o autuado foi constituído pela empresa Rocha & Leite Ltda, com o propósito de se beneficiar do regime simplificado do SimBahia, está desprovida de prova documental, se caracterizando tal denúncia em uma presunção. Para provar que o estabelecimento não pertence a firma Rocha & Leite Ltda, juntou a sua defesa cópia da declaração de bens do imposto de renda pessoa física do titular do estabelecimento autuado, onde consta declarado o capital empregado na empresa (docs. fls. 95 a 97).

5. Não acatou a informação da autuante de que feitas diligências fiscais o estabelecimento nunca tenha funcionado no local onde originalmente indicou como endereço do estabelecimento, dizendo que apesar de desenvolver parte de suas atividades no endereço da mina de brita, na zona rural, mantém no endereço antigo um escritório administrativo para facilitar contatos com clientes e fornecedores.

6. Nega que tenha declarado não ser de fato o dono da empresa e que seria um mero prestador de serviços.

7. Quanto ao fato de está produzindo e vendendo artefatos premoldados de cimento, sem dispor de aparato instrumental, o autuado justificou que isso ocorre porque o titular da empresa e um dos sócios da Rocha & Leite Ltda são irmãos consangüíneos ajudando-se mutuamente, ou seja, fornece toda a brita, pó de brita e areia para ser utilizado na fabricação de seus produtos, em contra-partida utiliza-se de todo o seu aparato industrial. Explica que esta relação não foi formalmente documentada, cuja locação da mina só foi formalizada para ser comprovado o endereço junto a fazenda estadual como condição de permanência no cadastro.

8. Citou o RICMS/BA na parte destinada às normas aplicáveis as micros e pequenas empresas, quais sejam, os artigos 384-A a 385-A, e das restrições de enquadramento no SimBahia, o artigo 399-A e o 406-A onde se encontram especificados os casos que autorizam a exclusão de ofício do regime do SimBahia. Sustenta que não infringiu nenhum dos artigos citados que justificasse o seu desenquadramento, em especial o artigo 406-A inciso IV. Além disso, diz que não descumpriu o artigo 408-P, pois não há comprovação da existência de qualquer declaração falsa ou inexata de sua parte, tanto assim que foram utilizadas pela autuante as informações contidas nas DMEs que apresentou.

Concluindo que a fiscalização utilizou da prerrogativa do desenquadramento de ofício sem qualquer amparo legal, por entender que fundada com base em suposições, em declarações de denunciante anônimo desprovidos de provas documentais, e em presunções não autorizadas pelo RICMS, requer a nulidade ou a improcedência da autuação.

Na informação fiscal às fls. 101 a 103, a autuante rebateu as razões da defesa, ponderando, esclarecendo e justificando que:

1. A atividade do estabelecimento é de fabricação de artefatos de cimento, e que a inscrição em 14/12/2001, a despeito de não haver na época uma estrutura física que sugerisse a

imediate entrada em atividade da empresa, foi concedida mesmo em fase de implantação com respaldo no § 1º do artigo 156 do RICMS/97.

2. Em 23/01/2002 foi solicitado o primeiro pedido de autorização para impressão de documentos fiscais, através do PAIDF nº 504761, Processo nº 015253/2002-4, o qual foi indeferido por ter sido constatada a inexistência de qualquer atividade no local cadastrado.
3. Desde a constituição até a data da última alteração não teve uma existência de fato, porém, em virtude de terem sido realizadas operações comerciais em seu nome, na condição de contribuinte, e nos termos do artigo 121, I e II, do CTN, é o sujeito passivo direto da obrigação tributária, e a empresa Rocha & Leite Ltda, IE nº 46.792.363 é o sujeito passivo indireto.

Feitas estas ponderações, a autuante ressalta que a alusão feita à denúncia anônima teve o fito de instruir o processo de todos os dados correspondentes ao procedimento fiscal, porém, a sua atividade de fiscalização, como ato vinculado à lei, está pautada em regras predeterminadas pela legislação tributária, compreendendo a Lei nº 7.014/96 e o RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/96.

Quanto a localização do estabelecimento, salienta que o argumento defensivo de que não possui nenhuma estrutura para o desenvolvimento das atividades de fabricação de estruturas de cimento no endereço originalmente cadastrado não se justifica na medida que desde julho de 2002 vem promovendo saídas de produtos acabados.

Esclarece que as justificativas para a exclusão da condição de microempresa do SimBahia encontram-se especificadas no Termo de Encerramento/Auto de Infração, destacando:

- “Apresentação no Formulário de Opção – SIMBAHIA de previsão de aquisição (R\$ 15.000,00) e vendas (R\$ 19.500,00) de mercadorias em valores notoriamente incorretos (cópia fl. 106) por serem incompatíveis com a natureza do negócio (art. 399-A, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97).
- Constituição da empresa com interposição de pessoa que não é o efetivo proprietário (art. 408-L, inciso IV do RICMS/97), visto que consta do corpo de todos os documentos fiscais de compras do autuado, dados da empresa Rocha & Leite Ltda, sendo: número de telefone para contato; dados do seu sócio-gerente como sendo o autor dos pedidos das mercadorias (ver doc. fiscal à fl. 21); seu endereço para entrega das mercadorias (ver doc. fiscal à fl. 22); essa empresa figurando como transportadora dos produtos da autuada (ver doc. fiscal à fl. 55).
- Máxime, consta do catálogo telefônico deste Município como sendo o telefone da Rocha & Leite Ltda, o número do telefone para contato que aparece nos documentos fiscais de aquisição da autuada (ver doc. à fl. 23).
- A visível identidade de caligrafia constante dos documentos fiscais emitidos pela autuada e pela empresa Rocha & Leite Ltda, dispensando exame mais acurado e especial para se concluir que foram emitidos pela mesma pessoa (ver docs. às fls. 47/52).”

Além disso, foi informado ainda que em diligência que realizou no mês de junho deste ano para a reinclusão cadastral do estabelecimento, constatou que a estrutura montada para extração e britamento de pedras, não permitiria que permanecesse na condição de microempresa, posto que

o custo de tal investimento é superior aos limites para movimentação comercial permitidos para uma microempresa, conforme reza a alínea “g” do inciso II do art. 399-A do RICMS/97.

Concluindo que o autuado não trouxe aos autos nenhum dado ou fato que possa elidir a autuação, manteve todos os elementos do lançamento, pugna pela procedência do Auto de Infração.

Considerando que por ocasião da informação fiscal foi acostado aos autos novos elementos, o autuado tomou conhecimento e recebeu uma cópia da mesma e dos documentos a ela anexados, conforme sua assinatura às fls. 103 e 109, porém, não houve qualquer manifestação de sua parte.

VOTO

Analisando, inicialmente, a preliminar de nulidade, observo que não há como prosperar a alegação defensiva de ilegitimidade passiva da obrigação tributária, pois a empresa Rocha & Leite Ltda neste processo aparece apenas como um elemento de prova que o estabelecimento autuado utilizou indevidamente os benefícios do Simbahia, cujos fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

Assim, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, a infração está descrita no Auto de Infração como recolhimento a menos do ICMS, por ter utilizado indevidamente benefício fiscal concedido às pequenas empresas.

O estabelecimento se encontrava enquadrado no regime do SIMBAHIA, e o imposto do período de novembro de 2002 a dezembro de 2004 foi calculado pelo regime normal (débitos fiscais menos créditos fiscais), cujo débito encontra-se devidamente demonstrado no papel de trabalho intitulado de “ICMS – Conta Corrente – Valores Nominais”, e respectivos levantamento de entradas e de saídas, constantes às fls. 58 e 76, no qual, estão especificados em cada coluna, os valores correspondentes a imposto creditado; outros créditos; saldo credor; total creditado; imposto debitado; total debitado; ICMS a recolher; ICMS recolhido; e finalmente a diferença apurada que foi lançada no Auto de Infração.

Exata metodologia de apuração está fundamentada nos art. 406-A, inciso IV, e 408-P, do RICMS/97, em razão de uma denúncia (anônima) nº 6254, de 04/10/2004 (doc. fl. 11) através da ASCC – Acompanhamentos de Solicitações do Call Center, cujo denunciante informou que a empresa autuada foi criada para se beneficiar do Simbahia, pois sua produção é feita em outra empresa (Rocha & Leite Ltda), cuja condição é de contribuinte normal, mas a emissão dos documentos fiscais é realizada no estabelecimento autuado.

Esta denúncia, por si só, não seria suficiente para se aplicar a medida de desenquadramento do estabelecimento autuado, do regime do Simbahia. Porém, conforme Processo nº 058932/2005-6 de 06/04/2005 (docs. fls. 12 a 19), foi realizada uma diligência fiscal pelo ATE Cad. 232109, Mauro Coqueiro, e acompanhada pelo funcionário público estadual SD/PM Arnaldo Correia da Silva, Cad. 30.270.493-8, sendo informado que: a empresa não operava no endereço fornecido; os sócios Carlos e Gilmar disseram que o estabelecimento autuado estava funcionando em outro local; foram até a sede da empresa localizada em uma fazenda, pertencente ao sócio da empresa, e distante 10 km da empresa Rocha & Leite; foram encontradas na citada fazenda estoque de brita, sendo informado que é utilizada pela firma Rocha & Leite como matéria-prima de sua produção

de postes; o sócio do autuado presta serviço à Rocha & Leite, relacionado com explosões para extração do calcário; o Sr. José Alberto informou que as instalações e os equipamentos existentes na fazenda, as ampliações e as novas obras em andamento são de propriedade do Carlos Rocha, sendo que ele apenas emprestou o nome para fazer o registro da empresa em que aparece como titular. Do que se conclui que o autuado não possui estabelecimento, nem local de operações empresariais autônomos, cujas instalações e equipamentos pertencem a Carlos Rocha, sócio da empresa Rocha & Leite Ltda.

Acrescente-se a tudo isso, as informações trazidas aos autos na informação fiscal pela autuante, quais sejam: que o estabelecimento teve sua inscrição inicial sem possuir uma estrutura física que sugerisse a imediata entrada em atividade da empresa; que não foi concedida autorização para impressão de documentos fiscais motivado por inexistência de qualquer atividade no local cadastrado; que nos termos do artigo 121, I e II, do CTN, o autuado figura no pólo passivo da obrigação tributária; que o estabelecimento promoveu saídas de mercadorias sem possuir estrutura para o desenvolvimento das atividades de fabricação de estruturas de cimento no endereço originalmente cadastrado; que os valores declarados no Formulário de Opção – SIMBAHIA de previsão de aquisição (R\$ 15.000,00) e vendas (R\$ 19.500,00) de mercadorias em valores notoriamente incorretos (cópia fl. 106) são incompatíveis com a natureza do negócio (art. 399-A, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97); que a empresa foi constituída com interposição de pessoa que não é o efetivo proprietário (art. 408-L, inciso IV do RICMS/97), visto que consta do corpo de todos os documentos fiscais de compras do autuado dados da empresa Rocha & Leite Ltda, sendo: número de telefone para contato; dados do seu sócio-gerente como sendo o autor dos pedidos das mercadorias (ver doc. fiscal à fl. 21); seu endereço para entrega das mercadorias (ver doc. fiscal à fl. 22); essa empresa figurando como transportadora dos produtos da autuada (ver doc. fiscal à fl. 55); que o número do telefone para contato que aparece nos documentos fiscais de aquisição da autuada (ver doc. à fl. 23); e por último, que em diligência que realizou no mês de junho deste ano para a reinclusão cadastral do estabelecimento, constatou que a estrutura montada para extração e britamento de pedras, não permitiria que permanecesse na condição de microempresa, posto que o custo de tal investimento é superior aos limites para movimentação comercial permitidos para uma microempresa, conforme reza a alínea “g” do inciso II do art. 399-A do RICMS/97.

Analisando os argumentos defensivos, observo que as razões defensivas e os documentos apresentados são incapazes para elidir o trabalho fiscal, e contrapor as informações prestadas tanto pela autuante, como por outro funcionário fiscal encarregado pela diligência fiscal às fls. 12 a 19, ressaltando que o autuado tomou conhecimento do teor da informação fiscal e dos novos elementos a ela anexados, e não se manifestou, configurando o seu silêncio com uma aceitação tácita, tendo em vista que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas (art. 140 do RPAF/99).

Desta forma, resta caracterizado o cometimento da infração imputada ao autuado, do que se conclui que o desenquadramento do regime do Simbahia para o regime normal, encontra amparo legal para a sua adoção, uma vez que o contribuinte incorreu na irregularidade prevista no artigo 408-P do RICMS/97, cujo procedimento fiscal está amparado no artigo 408-S, sendo devida a apuração do imposto pelo regime de apuração normal de forma retroativa, pois não existe nos autos qualquer prova de que o autuado tivesse comunicado tal fato à repartição fazendária.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298917.0009/05-0**, lavrado contra **JOSÉ ALBERTO OLIVEIRA ROCHA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 53.216,45**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR