

A. I. Nº - 206828.0016/05-0
AUTUADO - RAMILTON V. DE OLIVEIRA
AUTUANTES - LUIZ CARVALHO DA SILVA e ZELMA BORGES DE SOUZA
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 14.06.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0196-02/06

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 pessoas que não seja efetiva sócia ou proprietária, 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, conforme determina a legislação, inclusive com a concessão do crédito fiscal previsto no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/10/2005, reclama o valor de R\$ 32.565,15, sob acusação de recolhimento a menos do ICMS devido nos exercícios de 2002 e 2003, em razão da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), tendo em vista a acusação de que o estabelecimento autuado faz parte de um grupo de quinze empresas reunidas para fraudar o sistema simplificado de apuração do imposto, cujos responsáveis utilizaram-se de declarações falsas para constituir empresas de fachada em nome de interpostas pessoas, conforme Relatório de Investigação Fiscal, demonstrativos, levantamentos e documentos às fls. 10 a 682. O débito foi apurado pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, com a concessão do crédito presumido previsto no artigo 408-A, § 1º do RICMS/97, e do ICMS recolhido a título do SIMBAHIA.

Consta na Descrição dos Fatos, a transcrição na íntegra do Termo de Encerramento de Fiscalização, no qual, estão descritas minuciosamente as irregularidades que culminaram com a autuação, destacando-se a informação de que o estabelecimento autuado nunca existiu no plano real, pois trata-se de uma empresa de fachada, integrante de um "grupo" liderado pelas empresas PADRÃO MIL ARTEFATOS METÁLICOS LTDA, inscrição estadual 50.939.149, e PLASTIMIL IND E COM DE ARTEFATOS DE PLÁSTICOS LTDA, inscrição estadual 39.195.823, ambas de propriedade de FRANCISCO FERREIRA DE CARVALHO, ainda que seu nome não figure, atualmente, no quadro de sócios da PADRÃO MIL. Pela formação do referido "grupo" e por outras irregularidades cometidas, foram lavrados contra essas duas empresas os Autos de Infração 2066828.0007/05-1 e 206828.0008/05-7, de 26 e 27/09/2005.

Foi esclarecido que o referido "grupo" constitui-se de pelo menos 15 (quinze) empresas, contando com as duas acima citadas. As outras 13 (treze), inclusive RAMILTON V DE OLIVEIRA, foram constituídas em nome de interpostas pessoas, com a finalidade de desdobrar artificialmente o

faturamento das duas principais, que existem de fato, objetivando fruição indevida e fraudulenta do sistema simplificado de apuração do ICMS - SIMBAHIA.

Além disso, consta que em razão de denúncias, foi realizado, pela Inspetoria de Investigação e Pesquisa - INFIP, um trabalho investigativo consubstanciado no Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 2804, que apontou fortes evidências da fraude supra aludida contra o SIMBAHIA, além de outros atos que sugerem a prática de crimes de falsidade ideológica e contra a ordem tributária, este último previsto na Lei Federal 8.137/90, artigos 1º e 2º, além de outros crimes a serem tipificados na instância adequada.

Tais evidências levaram à expedição, pelo MM. Juiz de Direito (substituto) da 2ª Vara Cível e de Fazenda Pública da Comarca de Vitória da Conquista, de mandado de busca e apreensão, extraído dos autos de Medida Cautelar requerida pelo Estado da Bahia - processo nº 717875-2/2005 -, contra os estabelecimentos da PADRÃO MIL e da PLASTIMIL, cumprido no dia 10/06/2005, conforme Auto anexo.

A análise da documentação apreendida não só confirmou a existência das 10 (dez) empresas apontadas pelo citado RIF, constituídas com a finalidade exclusiva de desdobrar o faturamento das empresas PADRÃO MIL e PLASTIMIL, quais sejam: ALAN MEIRA SILVA, ANTÔNIO MARCOS DIAS ALVES, CONQUISTAPLAST COMERCIAL LTDA, INDÚSTRIA DISTRIBUIDORA DE COFRES E PLÁSTICOS LIDER DO BRASIL LTDA, KLB PLÁSTICOS IND. LTDA, MARIA APARECIDA MACHADO DE ALMEIDA, MIGUEL JOSÉ DA SILVA BARBOSA, PLASTBOM COMERCIAL LTDA, RAMILTON V. DE OLIVEIRA e WALTER BEZERRA DE SOUZA, como revelou a existência de mais 3 (três) empresas "fantasmas", que são: SILVANA MÁRCIA SANTOS SILVA, V. V. DE OLIVEIRA e VITÓRIA IND E COM LTDA, totalizando, portanto, 15 (quinze) empresas conhecidas. Com exceção da PADRÃO MIL e da PLASTIMIL, todas estão com a inscrição estadual cancelada após diligências fiscais que constataram falta de atividade no local cadastrado.

Asseveram que o LAUDO DE EXAME PERICIAL/ICAP Nº 2004 025856 01, requerido através do Ofício nº 20/2004, já em poder desta fiscalização, confirma, através de exame grafotécnico e de perícia em imagem de cédula de identidade, todas as suspeitas de que um mesmo empregado emitiu notas fiscais para PADRÃO MIL, PLASTIMIL, MARIA APARECIDA MACHADO ALMEIDA, CONQUISTAPLAST, PLASTBOM e WALTER BEZERRA DE SOUZA, provando que tais documentos procedem de um mesmo local de trabalho, e suspeitas de que a cédula identidade nº 2205348, apresentada para cadastramento como sendo de RAMILTON VIANA DE OLIVEIRA, a este não pertence, apontando divergências de filiação, local de nascimento, data de expedição, assinatura, impressão digital e traços fisionômicos do identificado, quanto ao verdadeiro nº da identidade de RAMILTON, arquivada no Instituto de Identificação Pedro Melo (04.947.553-89). Ver cópia anexa do referido Laudo.

O sujeito passivo por seu procurador legalmente constituído, em sua defesa às fls. 684 a 693, com fulcro no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, argui a nulidade do Auto de Infração com base na alegação de que não lhe foram entregues as cópias das peças que compõem o processo fiscal, na sua totalidade, que os autuantes relatam ter reunido para fundamentar a acusação fiscal. Por conta disso, aduz que ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório. Além disso, diz que os autuantes se utilizaram de um interstício de tempo bem superior àquele que o contribuinte possui para se defender (30 dias). Considerou insuficiente o prazo de trinta dias para que usufrua do seu direito de produzir as provas necessárias para elidir a ação fiscal.

No mérito, esclarece que é uma empresa individual que iniciou suas atividades comerciais no decorrer do exercício de 2003, oportunidade em que se inscreveu no CAD-ICMS na condição de Microempresa, tendo sido recolhidos regulamente o ICMS, nos termos do artigo 384-A do RICMS/97.

Assevera que ao proceder o lançamento do crédito tributário lhe foi retirado um benefício concedido pelo fisco, embasado em presunção que vai de encontro com o RICMS/BA, calculando o débito pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, cujo procedimento, considerou arbitrário porque não praticou nenhuma infração que caracterizasse fraude, dolo ou simulação.

Discordou do argumento utilizado para desenquadrar o estabelecimento do SIMBAHIA, sob acusação de que a empresa é “laranja, cujo sócio é “testa-de-ferro”, com o objetivo de desdobrar o faturamento real das empresas PadrãoMil e Plastimil visando não ultrapassar o limite de faturamento no citado regime, dizendo que como empresa individual, possui apenas um sócio (Ramilton Viana de Oliveira). Afirma que mantém relacionamento comercial com o Sr. Francisco de Carvalho, porém o mesmo não possui nenhuma participação societária na empresa.

Aduz que apresentou elementos suficientes para que fosse procedida a fiscalização, e que na apuração do débito foi utilizada uma presunção ilegal para descartar a caracterização de um benefício autorizado pelo SIMBAHIA, pois em momento algum ofereceu embaraço à fiscalização. Diz que foi entregue toda a documentação necessária para a realização de quaisquer roteiros que pudessem caracterizar algum tipo de omissão de receitas, a exemplo do levantamento quantitativo de estoques. Citou o Acórdão JJF nº 2096/00, que considerou a infração nua, por ter sido adotado arbitramento, sem a observância do devido processo legal.

Com esses argumentos, sustenta que a presunção somente é admitida naquelas situações em que o fisco não possui meios de levantar o volume das operações de saídas do estabelecimento, e que no caso em questão, não restou demonstrado pela autoridade fiscal qualquer omissão de receita advinda de omissão de mercadorias tributáveis.

Ressalta a necessidade de realização de diligência por fiscal estranho ao feito, nos termos do artigo 145 do RPAF/99, a fim de ser esclarecido ou evidenciado o alegado equívoco cometido pelos autuantes, mediante a realização dos levantamentos fiscais que se fazem necessários.

Ao final, requer a nulidade da autuação, ou caso contrário, a sua improcedência.

Na informação fiscal às fls. 698 a 710, os autuantes justificaram que a sua ação fiscal foi desenvolvida com base no Relatório de Investigação Fiscal nº 2804 da INFIP, e que após execução de busca e apreensão de livros e documentos fiscais e contábeis, realizada em decorrência de Mandado do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível e de Fazenda Pública da Comarca de Vitória da Conquista, extraído de Medida Cautelar requerida pelo Estado da Bahia, nos estabelecimentos das empresas PLASTIMIL e PADRÃO MIL, líderes de um grupo de pelo menos quinze empresas, constituído com a utilização de empresas de fachada, uso de “laranjas” e “testas-de-ferro”, a fim de forçar adequação fraudulenta aos benefícios do Simbahia. Em razão disso, o estabelecimento autuado foi desenquadrado do sistema simplificado de apuração do ICMS, e o imposto resultante da perda do benefício fiscal foi apurado pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais.

Quanto a argüição de nulidade, a pretérito de que o lançamento está baseado em presunção, e as razões da defesa, foram todas rebatidas pelos autuantes, sendo esclarecido que a autuação objeto deste processo é parte da fiscalização procedida em um grupo composto por quinze empresas, tendo sido encontrados documentos referentes as mesmas no estabelecimento da empresa PLASTIMIL, comprovando a existência do grupo e a fraude contra o SIMBAHIA.

Destacam que foram anexados aos Autos documentos das empresas satélites, inclusive do autuado, para fazer prova de formação do grupo conforme texto do Auto entregue a defendant e são cópias idênticas do que foi anexado aos Autos de PADRÃO MIL e PLASTIMIL e entregue aos responsáveis. Salientam que no momento da cientificação do AI foi colocada à disposição pela SEFAZ, cópia de todo o Auto de Infração, como havia sido entregue à PADRÃO MIL e PLASTIMIL.

Sobre a alegação do autuado que o prazo de trinta dias é insuficiente para produzir provas e que os autuantes utilizaram de maior período de tempo, os prepostos fiscais argumentaram que o prazo a que se refere o sujeito passivo diz respeito a fiscalização de todas as empresas.

Informam ainda que o estabelecimento autuado teve a inscrição cancelada conforme a seguinte seqüência: fez-se Intimação para cancelamento da inscrição em 23/04/2003, sendo cancelada em 15/05/2003 por não estar funcionando no local. Foi reativada e em 04/11/2003 por ter sido novamente encontrada fechada, fez-se nova Intimação para cancelamento através de edital publicado no DOE, ficando a empresa com a situação cadastral “Ativa - projetada para cancelamento” por 20 (vinte) dias.

Sobre a negativa de participação no citado grupo que foi constituído com o fito de lesar o fisco estadual, os prepostos fiscais frisam que o estabelecimento teve início em 2003, no entanto teve a inscrição intimada para cancelamento por duas vezes por ter sido encontrada fechada após diligência fiscal. Para contradizer a alegação defensiva, foram relacionadas outras evidências, destacando-se que tem a mesma atividade da PADRÃO MIL e PLASTIMIL: de Fabricação de artefatos de material plástico, porém, nunca adquiriu maquinário para industrializar os produtos que diz vender, tudo de conformidade com o que consta do Relatório de Investigação Fiscal e documentos que o acompanham.

Por conta disso, afirmam que ficou caracterizado no PAF que o autuado foi constituído com interposição de pessoas, tendo praticado as infrações caracterizadas no art. 408-L, o que torna descabido o argumento defensivo de que o crédito tributário foi constituído mediante presunção ilegal para descharacterizar o benefício do SIMBAHIA, pois os elementos constantes nos autos comprovam que a empresa apenas existiu de forma fictícia e faz parte de um grupo de empresas criadas com a finalidade de lesar o fisco.

Reafirmam que todas as pessoas citadas no RIF nº 2804, no Auto de Busca e Apreensão e ao longo deste Auto de Infração são, indubitavelmente, “laranjas” ou “testas-de-ferro”, e as sociedades empresárias são empresas de fachada para encobrir o verdadeiro proprietário, não admitindo o pedido da autuada de que seja feita diligência para esclarecimento, já que não houve presunção, tendo sido cobrado o crédito fiscal referente a perda do direito ao SIMBAHIA.

Concluem dizendo que a defesa não aduziu elementos que pudessem elidir a acusação fiscal, buscando negar a formação de grupo econômico para fraudar o SIMBAHIA, fato que já se vislumbrava desde o trabalho de investigação que resultou no RIF nº 2804, e que ficou patente com a documentação apreendida, pugnando pela procedência da autuação.

Na Pauta Suplementar do dia 14/02/2006 o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, para que, mediante intimação, fossem entregues os documentos constantes às fls. 17 a 682 que instruem a acusação fiscal, e reaberto o prazo de defesa por trinta dias, para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

À fl. 718 consta o Termo de Intimação expedido pela Infaz Vitória da Conquista comprovando a entrega ao autuado dos documentos às fls. 17 a 682, além dos documentos juntados pelos autuantes às fls. 715 a 717, porém, no prazo estipulado não houve qualquer manifestação por parte do sujeito passivo.

VOTO

Analisando, inicialmente, a preliminar de nulidade, a pretexto de cerceamento do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, observo que a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, ou seja, os 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.

Quanto a alegação defensiva de que não foram entregues as cópias das peças que compõem o processo fiscal, na sua totalidade, que os autuantes utilizaram para fundamentar a acusação fiscal, realmente inexistentes provas nos autos acerca da entrega de tais documentos. Contudo, a pedido desta Junta, na fase de instrução do processo para fins de julgamento, o mesmo foi encaminhado à Inspetoria de Vitória da Conquista, sendo, mediante intimação, reaberto o prazo de defesa e entregues todos os documentos que instruem os autos (fls. 17 a 682), inclusive o Relatório de Investigação Fiscal (fls. 24 a 48), além dos documentos juntados às fls. 715 a 717.

Consta à fl. 718 o Termo de Intimação expedido pela Infaz Vitória da Conquista comprovando a entrega ao autuado dos documentos às fls. 17 a 682, além dos documentos juntados pelos autuantes às fls. 715 a 717, porém, no prazo estipulado não houve qualquer manifestação por parte do sujeito passivo.

Desta forma, o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima, pois, o procedimento fiscal atendeu aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e da garantia da ampla defesa.

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 a disposição contida no artigo 18, inciso II, do RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

Quanto a diligência, por preposto fiscal estranho ao feito, requerida pelo autuado, a indefiro com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que já se encontram no presente processo os elementos suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, mais precisamente o Relatório de Investigação Fiscal efetuado por prepostos fiscais estranhos ao feito, esclarecimentos, e respectivos documentos.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a recolhimento a menos do ICMS devido nos exercícios de 2002 e 2003, em razão da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), tendo em vista que o estabelecimento autuado faz parte de um grupo de quinze empresas reunidas para fraudar o sistema simplificado de apuração do imposto, cujo responsável utilizou de declarações falsas para constituir empresas de fachada em nome de interpostas pessoas, haja vista que foi constatado que o sujeito passivo, quando efetuou a sua opção pelo SIMBAHIA, valeu-se da interposição de pessoa que não é seu efetivo sócio, além de declarações falsas com o objetivo de constituir empresa de “fachada”.

A ação fiscal está baseada no Relatório de Investigação Fiscal nº 2804 da INFIP, demonstrativos, levantamentos e documentos às fls. 17 a 682. O débito foi apurado pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, com a concessão do crédito presumido previsto no artigo 408-A, § 1º do RICMS/97, e do ICMS recolhido a título do SIMBAHIA.

O lançamento fiscal está fundamentado nos artigos abaixo:

Lei nº 7.357/98:

“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.”

RICMS/97:

"Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais."

Portanto, pelo que se vê, para um contribuinte se enquadrar 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, sob pena de ser 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 interposta 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.

Na defesa fiscal, o autuado considerou o procedimento da fiscalização como um ato arbitrário, e disse que é uma empresa individual, que possui apenas um sócio (Ramilton Viana de Oliveira), e que embora mantenha relacionamento comercial com o Sr. Francisco de Carvalho, o mesmo não possui nenhuma participação societária na empresa.

Além disso, argumenta que apresentou elementos suficientes para que fosse procedida a fiscalização, e que na apuração do débito foi utilizada uma presunção ilegal para descaracterizar um benefício autorizado pelo SIMBAHIA, pois em momento algum ofereceu embaraço à fiscalização, argumentando que não restou demonstrado pela autoridade fiscal qualquer omissão de receita advinda de omissão de mercadorias tributáveis.

Na análise das peças processuais, observo que 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 interposição de pessoa que não seja o efetivo sócio ou proprietário, comprovado por meio de farta documentação e provas anexados aos autos e relacionados na descrição dos fatos, fls. 02 a 05 do PAF, destacando-se o Relatório de Investigação Fiscal nº 2804 da SEFAZ/INFIP (fls. 24 a 39). Nessa situação, a legislação estabelece que o imposto deva 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.

O débito de cada exercício (2002 e 2003) foi apurado tomando por base os valores da receita anual declarado pelo autuado na DME - Declaração do Movimento Econômico, e corresponde à diferença entre o valor do imposto recolhido pelo Regime do SIMBAHIA e o devido pelos critérios

e alíquotas do regime normal de apuração, e encontra-se devidamente demonstrado às fls. 674 e 675, inexistindo qualquer equívoco na sua apuração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

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 206828.0016/05-0, lavrado contra **RAMILTON V. DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 32.565,15, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR