

PROCESSO - A. I. N° 206828.0008/05-8
RECORRENTE - PLASTIMIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS DE PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0289-02/06
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 12/04/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0095-12/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. PERDA DO BENEFÍCIO DO TRATAMENTO PREVISTO PARA O SIMBAHIA. ENQUADRAMENTO NO REGIME POR MEIO DE UTILIZAÇÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. A legislação estadual prevê que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS pelo sistema do SimBahia a empresa que optar pelo enquadramento utilizando-se de declarações inexatas ou falsas, ou que for constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários. Entendimento correto. Infração mantida. 2. BASE DE CÁLCULO. a) DIFERENÇAS APURADAS ENTRE DOCUMENTOS EXTRAFLISCAIS DAS OPERAÇÕES REALIZADAS E OS VALORES DECLARADOS EM DME OU APURADOS PELA FISCALIZAÇÃO. Fato provado. b) DOCUMENTOS EMITIDOS COM PREÇOS INFERIORES AOS DAS OPERAÇÕES REALIZADAS (SUBFATURAMENTO). Fato provado. Infrações mantidas. Rejeitada corretamente a preliminar de nulidade e o indeferimento do pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interpôsto pelo contribuinte contra a Decisão da JJF através de advogado legalmente habilitado interpõe o presente Recurso que passamos a analisar.

Inicialmente nos reportamos aos fatos e o enquadramento legal feito pelo Sr. relator na JJF em decorrência do lançamento de ofício realizado. Foram consideradas três circunstâncias que redundaram nas seguintes infrações:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos que o devido, no período de janeiro de 2001 a maio de 2005, em virtude da perda do direito aos benefícios do SimBahia, tendo em vista que o autuado faz parte de um grupo de 15 empresas reunidas para fraudar o sistema simplificado de apuração do imposto, mediante declarações falsas para constituir empresas de fachada em nome de “interpostas pessoas”;
2. omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cuja base de cálculo corresponde à diferença entre a receita total apurada em balanços e “relações de vendas gerenciais” obtidos por meio de busca e apreensão judicial e o valor declarado em DME pelo autuado ou calculado pela fiscalização, objeto da infração descrita no item anterior;
3. subfaturamento, provado através das prestações de contas de diversos vendedores externos, com base no cotejo dos valores de diversas Notas Fiscais com os respectivos pedidos, que

constituem os valores reais das operações, por coincidirem com os valores dos cheques recebidos em pagamento, havendo também, além dessas vendas subfaturadas, nas citadas prestações de contas, vendas sem emissão de Nota Fiscal.

Foi acrescentado ao campo “Descrição dos Fatos” a relevante informação de que: “*com base em documentos apreendidos em cumprimento de mandado judicial nos autos de Medida Cautelar objeto do Processo nº 717875-2/2005, no estabelecimento da empresa Plastimil, foi detectada a existência de 10 empresas constituídas com a finalidade de desdobrar o faturamento das empresas Padrãomil e Plastimil. As 10 empresas são estas: Alan Meira Silva, Antônio Marcos Dias Alves, Conquistoplast Comercial Ltda., Indústria Distribuidora de Cofres e Plásticos Líder 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. Depois se revelaram mais três, consideradas “empresas fantasmas”: Silvana Márcia Santos Silva, V.V. de Oliveira e Vitória Ind. e Com. Ltda.*” Informa ainda o relatório que “segundo os autuantes, estaria evidente que o Sr. Francisco Ferreira de Carvalho seria o único beneficiário e principal responsável pelas irregularidades perpetradas pelo “grupo”. Alude-se também a um Relatório Preliminar de Investigação - RIF (fls. 17/32) e “*consta que o Laudo de Exame Pericial/ICAP nº 2004 025856 01 confirma, através de exame grafotécnico e de perícia em cédula de identidade, todas as suspeitas de que um mesmo empregado emitiu Notas Fiscais para Padrãomil, Plastimil, Maria Aparecida Machado Almeida, Conquistoplast, Plastbom e Walter Bezerra de Souza, provando que tais documentos procedem de um mesmo local de trabalho.*” O Auto de Infração reporta-se também ao fato de que,: “*de acordo com os Conhecimentos de Transporte, juntados por amostragem, os insumos industriais adquiridos pelos diversos estabelecimentos de responsabilidade do Sr. Carvalho foram entregues ou na Plastimil ou na Padrãomil*”. De acordo com o funcionários fiscais autuantes, “*a amostragem coligida indica como destinatários os estabelecimentos de Walter Bezerra de Souza, Maria Aparecida Machado Almeida (antecessora de Conquistoplast), Padrãomil, Plastimil, Soc. Plastbom Ltda., Conquistoplast, Ramilton Viana de Oliveira, Silvana Márcia Santos Silva, Miguel José da Silva Barbosa, Ind. Dist. de Cofres e Plásticos Líder do Brasil, Maria Aparecida Machado Almeida (nova inscrição, nº 63.260.310, em Jequié) e Alan Meira Silva (também em Jequié), porém os carimbos das empresas e as assinaturas dos empregados responsáveis pelos recebimentos, no campo “Local da Entrega” dos Conhecimentos de Transporte, indicam que os insumos adquiridos foram processados nos estabelecimentos da Padrãomil e da Plastimil, que são vizinhas e possuem pátio interno comum, de onde devem ter saído os produtos acabados*”. Consideram os funcionários autuantes que “*o Auto de Busca e Apreensão estabelece vínculos das “empresas fantasmas” com a Plastimil, onde os documentos foram encontrados, tendo, inclusive, havido a tentativa de esconder várias caixas e pastas de documentos em dois veículos, um pertencente ao contador, Sr. Giuliano, e outro a D. Diná de Carvalho, esposa do Sr. Carvalho, então estacionados no pátio interno das empresas, como consta no referido auto e como demonstram 6 das fotografias anexas ao presente, sendo que outras duas mostram uma CPU de computador deixada atrás de um veículo e outra encontrada aberta, com sinais evidentes de que o disco rígido fora retirado às pressas*”. Ainda de acordo com os autuantes, foram encontrados cheques, que são referidos no mencionado Auto de Busca e Apreensão, assinados em branco pelas pessoas tidas como sócias ou titulares das empresas consideradas “fantasmas”, e também foram encontrados extratos de contas bancárias e relações diárias de contas correntes em nome das referidas empresas e do Sr. Carvalho e seus familiares, bem como resumo da movimentação financeira e a posição de saldos, borderôs de descontos de cheques, contratos de descontos de títulos, cédulas de crédito bancário, etc., com aval do Sr. Carvalho, além de outros elementos. Alude-se também a fatos constantes no Relatório de Investigação efetuado pela INFIP [Inspetoria Fiscal de Investigação e Pesquisa]. Menciona-se um caderno de anotações, manuscrito, que orientaria como o vendedor deveria proceder no caso de o cliente pedir “nota bem baixa”, ou “meia nota”, ou “nota cheia”, trazendo o aludido caderno, ainda, uma tabela

informando as placas de 13 caminhões utilizados nas vendas do “grupo”, indicando os nomes dos vendedores e dos motoristas. De acordo com Relatório que ora analisamos: “segundo os autuantes, teria havido emissão de Notas Fiscais em duplicidade. Afirmam que existe grande quantidade de prestações de contas de diversos vendedores e de variadas empresas do “grupo”. Consideram que outra prova de saídas sem Notas consistiria no desconto, em banco, de cheques pré-datados. Dizem que haveria também omissões de entradas. Assinalam que, em correspondências trocadas com fornecedores, estes se referem a valores “por fora”, “sem nota”, “complementares” ou “especiais”, e que, no “Contas a Pagar” do sistema financeiro da Padrãomil, são contabilizados os pagamentos realizados através de bancos, seja qual for o sentido em que o dinheiro caminhe, registrando pagamentos cruzados em todas as direções. Inclui-se também a descrição do histórico das empresas envolvidas.

Em sua impugnação, de acordo com o relatório da JJF, o autuado “alegando que nas cidades do interior do Estado são comuns as ligações entre as pessoas, bem como as estreitas e menos impessoais ligações entre as empresas, não sendo nada estranho que algumas delas se sobressaiam dentre as demais e capitaneiem as outras, sem, contudo, compor um bloco econômico, mas, apenas, constituindo um meio de se defenderem da concorrência com as empresas dos outros Estados. Explica que a Plastimil tem relação de auxílio mútuo com a Padrãomil, porquanto um dos sócios, o Sr. Francisco Carvalho, anteriormente foi sócio desta última, tendo-a vendido ao Sr. João Oliveira dos Santos Neto, pelo preço de mercado, conforme atestam os auditores na descrição dos fatos e no relatório informação. Aduz que o Sr. João Oliveira dos Santos Neto é sócio gerente da Padrãomil, porém, por precaução, enquanto as promissórias não fossem resgatadas, o Sr. Francisco Carvalho exigira que lhe fosse conferida uma procuração com poderes para interferir na empresa, dando-lhe a segurança necessária para o adimplemento das parcelas da venda do estabelecimento. Destaca que a Plastimil e a Padrãomil exercem atividades distintas: a primeira produz artefatos plásticos, e a segunda tem como atividade principal a industrialização de cofres. Observa que são diferentes também os seus estatutos sociais, sócios, contabilidade, contas bancárias, escrituração fiscal e contábil, corpo de funcionários, ativo fixo, estoques, etc., e o único compartilhamento existente entre as duas empresas é o pátio de circulação de veículos, mas isto por mera liberalidade dos proprietários da Plastimil, uma vez que a produção de uma não interfere em nada com a produção da outra empresa.. O autuado ainda de acordo com o relatório “suscita como preliminar que houve cerceamento de defesa e ofensa ao devido processo legal, porque o fisco se recusa a devolver a documentação apreendida. Cita o preceito do art. 5º, LV, da Constituição. Destaca que o art. 2º do RPAF assegura como princípios norteadores do processo o contraditório e a ampla defesa. Com fulcro nos arts. 18, II, e 20 do RPAF, argumenta que a recusa da devolução da documentação apreendida impede o exercício da defesa, até mesmo porque muitos dos documentos apreendidos dizem respeito a outras empresas, as quais, em sua maioria, não estavam na listagem informada no anexo da Busca e Apreensão. Frisa que esse fato cria razoável dúvida se tais documentos foram realmente apreendidos na sede da empresa, podendo terem sido confiscados no carro do consultor financeiro da empresa, que estava lá estacionado, o qual trabalha como consultor de outras empresas do mesmo ramo. Questiona se tais documentos foram apreendidos na aludida busca, alegando que muitos dos documentos citados não estão listados no termo de apreensão. Reclama, também, que os autuantes se referem a dados do sistema CFAMT, sem fornecer à empresa a listagem dos dados ou mesmo as Notas Fiscais de compras de insumos que serviram de lastro para suas conclusões.”

E o relatório resume as explicações da impugnante “no que concerne ao item 1º do Auto de Infração, a defesa protesta que o desenquadramento da empresa do regime simplificado de tributação sob o argumento de que a empresa teria se utilizado de declarações falsas com formação de grupo econômico constitui uma medida odiosa que ofende os mais comezinhos direitos garantidores da ampla defesa e do contraditório e a própria ritualística procedural

firmadora do processo administrativo fiscal, pois a pena da exclusão do aludido regime foi aplicada antes da lavratura do Auto de Infração, antes de qualquer contestação, discussão e julgamento acerca do feito, em um ato de usurpação dos poderes do órgão administrativo competente para julgar. Alega que a venda da empresa Padrãomil, feita pelo Sr. Francisco Carvalho ao Sr. João Oliveira dos Santos Neto, foi uma operação perfeitamente legal. Aduz que o compartilhamento da área de descarga não pode ser elemento suficiente para determinar a existência de empresa de fachada ou grupo econômico, como também não há o compartilhamento de números de telefones alegado pelos fiscais, de modo que, se algum erro aconteceu na listagem telefônica, não foi em decorrência de ato ou omissão do contribuinte, mas da empresa de telefonia. Considera que as imputações atribuídas a terceiros, nestes autos, por certo serão respondidas no veículo e no momento oportunos.

A defesa destaca o papel desempenhado pelo sócio majoritário da empresa, Sr. Francisco Carvalho, que, além de ter constituído a Padrãomil, atualmente pertencente a outras pessoas, auxilia e presta consultoria sem qualquer ônus a muitos industriais da região. Diz que, por seu intermédio, muitos dos seus empregados se sentiram estimulados a empreender no setor, principalmente após os obstáculos gerados pela Companhia Elétrica da Bahia (COELBA), ao inabilitar a empresa do Sr. Carvalho como produtora das caixas de acondicionamento de medidores de energia, tendo este de ingressar em juízo para tentar reverter o impasse, sendo que, desde então, o Sr. Carvalho liderou informalmente as indústrias do setor para que se insurgissem contra a medida adotada pela COELBA, e, por estar à frente dessa luta, surgiu a sua ligação com os outros estabelecimentos industriais do mesmo porte, que produzem os mesmos equipamentos e outros similares. Diz que, em face desse problema, outros empreendedores, inclusive ex-funcionários da empresa, se viram encorajados a atuar no ramo.

Explica que, diferentemente do que ocorre numa metrópole, nas cidades do interior é comum o compartilhamento de veículos, o empréstimo de dinheiro sem garantias e o pagamento de despesas recíprocas, porque as demonstrações de confiança prescindem de qualquer documento garantidor, e foi isto o que aconteceu no caso em exame. Considera que não deve causar perplexidade a informação de que os vendedores externos da empresa também prestam serviços a outras empresas, muitas vezes sem o conhecimento dela.

Quanto ao laudo de exame pericial a que alude o Auto de Infração, a defesa alega que somente Ramilton Viana de Oliveira poderá explicar a razão pela qual utilizou um documento de identificação com dados incorretos, porém o laudo não imputa a autoria a quem quer que seja de tão grosseira falsificação, não autorizando o fisco a intuir que a responsabilidade por tal descabro foi da empresa que aqui figura como autuada.

Argumenta a defesa que não se pode atribuir responsabilidade ao autuado por Notas Fiscais emitidas em duplicidade por terceiros, pois se estes cometem algum ilícito, somente eles devem responder pelas acusações.

Registra que o estabelecimento funciona normalmente, apura e recolhe seus tributos, e não opõe resistência aos trabalhos da fiscalização.

Quanto ao fato de muitos documentos de algumas empresas citadas na descrição dos fatos se encontrarem no automóvel do Sr. Giuliano, a defesa explica que este é consultor financeiro de todas elas. Considera que nem mesmo o tal caderno de instruções para preenchimento de Notas Fiscais pode ser atribuído ao autuado, uma vez que a empresa nunca transmitiu tal orientação a qualquer de seus prepostos ou funcionários. Diz ser fantasiosa a afirmação de que haveria um “caixa geral”. Com relação à referência a um “grupo Padrãomil”, a defesa considera que tal alusão por certo diz respeito ao sistema de consultoria financeira que o Sr. Giuliano utiliza para o controle financeiro dos seus clientes, assinalando que isso pode ser confirmado pela documentação apreendida no veículo de sua propriedade. Diz que descabe a

informação de que os caminhões da empresa pertençam a outras pessoas ou empresas. Afirma que as informações gerenciais do tipo “Relação da Frota de Veículos” foram confeccionadas pelo Sr. Giuliano para controle financeiro das empresas às quais presta consultoria. Acusa os fiscais de errarem na indicação das receitas das empresas. Dá exemplo. Argumenta que não seria por demais pedir que uma revisão fiscal fosse efetuada por auditor estranho ao feito. Conclui observando que a empresa funciona em endereço certo, emite Notas Fiscais, foi fiscalizada em diversas oportunidades, sempre demonstrando sua lisura na apuração e recolhimento dos tributos, e seus sócios existem, trabalham, têm endereço certo, declaram e pagam seus tributos, tudo através da documentação pertinente, sem que nunca houvesse qualquer indício de dolo, fraude ou simulação, não podendo agora o contribuinte ser apenado com a exclusão do SimBahia e muito menos ter revistos os pagamentos já efetuados de ICMS para onerá-lo, não havendo quaisquer impedimentos para que uma pessoa esteja ao mesmo tempo empregada em uma empresa e seja reparo do órgão de julgamento, até mesmo porque, se todas as irregularidades envolvendo as outras empresas forem imputadas à autuada, não haverá razão para autuação das demais.

Requer que lhe seja entregue imediatamente a documentação apreendida, e que também lhe sejam fornecidas cópias das Notas Fiscais do sistema CFAMT, com a reabertura do prazo de defesa. Requer também revisão fiscal por auditor estranho ao feito. Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente, ou que, alternativamente, seja tido como válido, para efeito do lançamento, o maior balanço das empresas do suposto “grupo” como balanço único para todas as empresas. Anexou procuração, petição dirigida ao MM. Juiz da 2ª Vara Cível e de Fazenda Pública da Comarca de Vitória da Conquista, DME de 2002, e balancetes.”

Da mesma forma consideramos importante transcrever para aqui o resumo da informação fiscal produzida pelos fiscais autuantes: noticiam inicialmente, “fatos que antecederam a ação fiscal, inclusive a execução de busca e apreensão de livros e documentos do autuado, mediante Decisão judicial em decorrência de medida cautelar requerida pelo Estado. Quanto à preliminar suscitada pelo autuado por cerceamento de defesa, sob a alegação de que a fiscalização se recusa a devolver a documentação apreendida, os autuantes contrapõem que não vêem razão para o protesto, haja vista que toda vez que a empresa necessitou de algum documento para compor sua defesa a documentação apreendida foi franqueada ao Sr. Ivonilton Giuliano, na qualidade de procurador tanto da Padrãomil quanto da Plastimil, conforme recibos probatórios de entrega parcial de documentos apreendidos anexos às fls. 1050 a 1054. Informam que a totalidade da documentação não foi devolvida há mais tempo pelo fato de que os autos de infração contra as demais empresas do grupo estavam sendo elaborados, mas, uma vez concluída esta etapa dos trabalhos, a devolução seria providenciada.

Quanto ao mérito, relativamente ao item 1º do Auto de Infração, observam que o desenquadramento do SimBahia é um ato administrativo de competência do Inspetor Fazendário, que usou de suas prerrogativas nesse sentido, conforme ato decisório anexo às fls. 1055-1056. Quanto à perda do direito aos benefícios, o RICMS, no art. 408-S, estabelece que se verifica a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento. Especificam os fatos que ensejaram tal medida.

Com relação à alegação do autuado de que o compartilhamento do pátio de descarga não pode ser elemento suficiente para determinar a existência de empresa de fachada ou grupo econômico, e de que haveria erro da lista telefônica, devido à coincidência de telefones, os fiscais contrapõem que o compartilhamento do pátio de carga e descarga nunca foi tomado como elemento definidor de formação do grupo, e sim uma evidência a mais dentre as relacionadas nos autos. Com relação às coincidências telefônicas, estas vêm dos próprios “site” [das empresas] na internet, que, além de absoluta igualdade de conteúdo, indicam o mesmo número de FAX, sendo que o telefone 424-4441, tido como da Plastimil, na verdade se

encontra em nome da Padrãomil, conforme extrato da Telelistas à fl. 20 e anexos às fls. 1057 a 1063.

Comentam a atuação do Sr. Carvalho, apontando fatos relacionados com os “empregados-empresários”. Na opinião dos autuantes, os empreendimentos a que alude a defesa são todos pertencentes ao Sr. Carvalho, não admitindo a versão quanto ao compartilhamento de veículos, ao pagamento de pequenas despesas, etc. Salientam que o Sr. Giuliano presta serviços a todo o grupo, recebendo ordens diretas do Sr. Carvalho, tendo este determinado que os contatos da fiscalização fossem feitos com ele próprio ou com o referido Sr. Giuliano, e assim ocorreu. Falam da situação das Notas Fiscais. Observam que a apreensão foi feita com autorização judicial.

Quanto à alegação do autuado de que sua empresa foi submetida a diversas fiscalizações anteriores, sem problemas, os autuantes ponderam que as ações fiscais desenvolvidas foram procedimentos convencionais, de alcance limitado, em que o contribuinte apresentava ao fisco os dados que lhe interessavam, consentâneas com as escritas fiscais e contábeis preparadas para escamotear o real montante dos negócios realizados.

Comentam a tentativa de esconder documentos. Observam que, de acordo com o cabeçalho da fl. 42 destes autos, os cheques assinados em branco não se encontravam no automóvel do contador Giuliano, mas no departamento financeiro da Plastimil. Com relação ao caderno de instruções para emissão de Notas Fiscais fraudadas, às fls. 364 a 369, consideram os autuantes que o mesmo não se encontrava no referido veículo, pois todos os itens a ele relativos estão muito bem definidos no auto de busca e apreensão à fl. 34. Observam que, além do automóvel de Giuliano, havia um segundo veículo, de placa JOY-2709, pertencente à Sra. Diná Araújo de Carvalho, esposa do Sr. Carvalho, que se encontrava atulhado de documentos das diversas empresas do grupo, principalmente o movimento bancário, conforme fls. 37, 176 e 177. Além disso, nas dependências da Plastimil se encontrava a maior parte da documentação pertencente a todas as empresas do grupo. Afirmam que a caligrafia constante no citado caderno, às fls. 366 a 368, é da mesma pessoa que emitiu Notas Fiscais pelas empresas Plastimil, Padrãomil, Conquistaplast, Plastbom e Walter Bezerra de Souza, conforme laudo de exame pericial às fls. 90/92 e 94-95. Observam que as numerosas prestações de contas de vendedores externos, exemplificadas nos autos às fls. 370/405 e 850/981, demonstram a existência de vendas subfaturadas. Chamam a atenção para a denúncia nº 9638, feita através do “Call Center” em 6/9/05, que se refere a vendas subfaturadas e sem Notas Fiscais, conforme fls. 1117 e 1118. Chamam também a atenção para a questão das prestações de contas, comentando como funcionavam os controles. Consideram que as “diversas empresas” existiam apenas no papel.

Com relação à alegação de erro nos percentuais de ultrapassagem dos limites do SimBahia, entre a descrição dos fatos e o Demonstrativo de Receita Bruta Ajustada, e à alegação de divergência entre os valores consignados no demonstrativo e os que serviram de base de cálculo no item 1º do Auto de Infração, e ainda quanto à alegação de divergência entre o valor do imposto recolhido constante na planilha de cálculos e na DME, os autuantes informam que a dissensão entre os percentuais de 157,75% e 168,40% em nada altera o “objetivo da colocação”, pois se trata apenas de dados estatísticos para demonstrar vestígio de irregularidade. Relativamente à base de cálculo dos exercícios de 2001 e 2002, explicam que, ao invés de utilizarem valores consignados nas DMEs, foi dada preferência ao somatório dos valores informados no Registro de Saídas (fls. 784/805), havendo uma pequena diferença, sendo que a autuação do ano de 2001 foi feita com base na receita de R\$ 622.841,98, enquanto que no demonstrativo de RBA [receita bruta ajustada] consta o valor de R\$ 637.770,18. Aduzem que, no ano de 2002, a autuação foi feita com base na receita de R\$ 989.046,93, enquanto que no demonstrativo da RBA consta a quantia de R\$ 986.930,13. Consideram que a defesa se equivocou ao citar a receita declarada na planilha de receita bruta ajustada no ano de 2001 e

reclama da cobrança efetuada, que, segundo os fiscais, teria beneficiado o autuado. Consideram que a defesa também se equivocou ao citar como ICMS recolhido o valor de R\$ 331.350,21, que não consta nos demonstrativos referentes à infração em apreço. Notam que a defesa também cita que na DME consta o valor de recolhimento de R\$ 25.203,18, enquanto que foi computado na planilha à fl. 799 o valor de R\$ 24.722,12. Explicam os fiscais que a diferença ocorreu devido ao fato de que na DME consta o valor total pago naquele ano, segundo o “regime de caixa”. Dizem que na planilha à fl. 799 foram computados os valores pagos referentes ao ano de 2002, conforme consta nas fls. 819 e 820, segundo o “regime de competência”. Consideram que os documentos citados, anexados ao processo, são esclarecedores.

Relativamente às fiscalizações anteriores, os fiscais ponderam que nem sempre houve constatação de lisura no recolhimento dos impostos, haja vista que Autos de Infração foram lavrados e quitados sem discussão, por conveniência.

Com referência aos empregados-empresários, dizem os fiscais que, embora isso não seja ilegal, no contexto tal situação caracteriza uso dos empregados como “laranjas” ou “testas-de-ferro”, valendo-se o padrão de seu crescente poder econômico.

No que concerne aos itens 2º e 3º do Auto de Infração, os fiscais consideram que não teriam sido anexadas duas folhas da defesa, que por certo se refeririam aos citados itens. Expõem as razões pelas quais reafirmam as imputações.

Com referência ao pedido do autuado no sentido de que sejam devolvidos os documentos apreendidos com reabertura do prazo de defesa, os fiscais dizem que são favoráveis à reabertura do prazo, já que anexaram novos documentos ao processo. Dizem que a devolução dos documentos apreendidos já teria sido realizada.

Quanto às Notas Fiscais do sistema CFAMT, os fiscais dizem que ignoram as razões por que a defesa solicita a entrega das mesmas, já que não houve nenhuma infração por tal fato e não foi feita nenhuma citação no Auto com relação a este assunto.

Dizem que não vêm razão para revisão fiscal, pois as infrações “cobradas” são de cálculo simples e estão claramente embasadas e explicadas.

Quanto à alternativa de se considerar o maior balanço, os fiscais informam que isso já foi feito, tendo em vista que, na documentação apreendida, foram encontradas muitas outras relações de vendas realizadas e balanços pertencentes às empresas de fachada, todos com valores bem acima dos declarados, os quais não foram utilizados para lançamento do imposto, por ter havido o entendimento de que poderia estar ocorrendo superposição de valores.

Observam que foram juntadas à informação novos documentos, às fls. 1144 a 1195.

Assinalam que a autuação das demais empresas “satélites” consistiu basicamente na perda do direito aos benefícios do SimBahia. Observam que na 2ª infração foi cobrado o valor declarado pela empresa como venda, sendo que, na opinião dos autuantes, ainda não atinge toda a sonegação praticada pelo grupo, considerando que prova disso são os pagamentos “por fora” e o subfaturamento comprovado nas vendas em veículos, detectados em todas as empresas. Apontam como exemplo os balanços da empresa “fantasma” Plastbom, que apresentam altíssimo faturamento. Salientam ainda o alto valor de movimentação financeira das empresas, como comprova a amostra às fls. 1124 a 1143, tendo o levantamento sido efetuado a partir das contas bancárias, computando-se apenas os valores creditados a título de depósitos. Concluem opinando pela procedência do Auto de Infração. Juntaram documentos.

Dada ciência da informação **ao sujeito passivo**, este ingressou com petição, em que fala da primeira impugnação, e a seguir rebate pontos da informação fiscal, apelando para os princípios constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa, alegando que a documentação apreendida não teria sido devidamente especificada, de modo que não se poderia dizer ao certo quais os documentos que foram apreendidos e qual o local da apreensão, sendo por isso impossível definir a proveniência da documentação, bem como o seu objeto, fatores estes que diz serem prejudiciais à sua defesa. Argumenta que não há nos autos qualquer indício comprobatório de que o autuado e seus sócios tinham sido parte no processo de abertura de sociedades empresárias ou de fachada, como acusa o fisco. Aduz que as imputações atribuídas aos terceiros citados nos autos somente poderão ser esclarecidas pelos proprietários das empresas citadas, mediante procedimento administrativo cabível. Declina as razões pelas quais não considera ter incorrido em conduta ilegal. Protesta que foram trazidos aos autos informações que não dizem respeito ao objeto da autuação. Quanto à suposta denúncia efetuada em 6/9/05, mediante o “Call Center”, protocolizada sob o nº 9638, diz que o fato não é de conhecimento da impugnante, sendo por isso impossível apresentar qualquer defesa a respeito. Protesta não ser possível atribuir-se-lhe a utilização de documento de identificação com dados que não correspondem à realidade, porque o laudo pericial efetuado não lhe imputou a autoria de tal delito. Aduz que, se os autores foram os Srs. Ronaldo ou Romualdo do Prado Oliveira, são eles que devem responder por seus atos. Informa que o Sr. Ivonilton Giuliano Barbosa é empregado da empresa KLB Plásticos Indústria Ltda., alegando que o fato de o livro de registro de empregados poder ou não demonstrar a data do seu ingresso não implica a inveracidade da propriedade do seu aplicativo de controle financeiro, pois um fato não faz referência ao outro. Passa em seguida a apontar erros que teriam sido observados na autuação, já referidos na “primeira impugnação”. Impugna por fim os novos documentos colacionados aos autos fiscais na informação prestada. Protesta ser descabível a exigibilidade conjunta dos três itens apontados no Auto de Infração, pois tal exigência seria contraditória, haja vista que nos três itens do Auto de Infração o objeto da autuação é o faturamento da empresa em face aos demonstrativos de movimentação econômica apresentados anualmente ao fisco, ou seja, a empresa teria deixado de enviar os seus faturamentos reais a fim de manter-se dentro da faixa-limite para perceber os benefícios do SimBahia. Observa que, no caso do item 2º do Auto de Infração, de acordo com o entendimento dos agentes autuantes, os verdadeiros balanços da empresa e seus faturamentos anuais estão demonstrados nos balanços por eles colacionados no levantamento fiscal, e, isto posto, a suposta exigibilidade do item 2º é satisfatória para quitar o devido, não sendo necessária a cobrança dos itens 1º e 3º, pois este valor foi calculado por metodologia normal de apuração, e não pelo regime do SimBahia. Argumenta que não é oportuno exigir ICMS de todo o período no qual o contribuinte se valeu dos benefícios do SimBahia, apurando-se o valor devido pela metodologia normal, conforme item 1º do Auto de Infração, e, concomitantemente, exigir ICMS sob o argumento de que o faturamento da empresa seria o encontrado em seus balanços, porque a exigência de um deveria ser abatida do outro, a fim de se encontrar o real e mais justo valor devido. Prossegue dizendo que, no tocante ao item 3º do Auto de Infração, o imposto é exigido em razão dos supostos subfaturamentos dos preços dos produtos vendidos pela empresa, de modo que igualmente acontece com o item 2º, de modo que os valores dos ditos subfaturados no item 3º já fazem parte dos balanços apreendidos pelos auditores, tidos como verdadeiros, uma vez que os faturamentos anuais da empresa seriam aqueles constantes no item 2º, o que mostra que a infração 2ª acaba por incorporar a infração 3ª, e, conforme já exposto, também a 1ª. Requer a declaração de nulidade ou de improcedência do Auto de Infração, ou, alternativamente, a realização de uma revisão fiscal para verificação do “bis in idem” na exigência concomitante dos três itens da autuação.”

Acompanhando o desenrolar do processo em nova os fiscais autuantes, se pronunciaram rebatendo, ponto por ponto, os argumentos do autuado, reiterando o que disseram na informação. Discordam da alegação do autuado quanto à exigibilidade conjunta dos três itens do Auto de Infração. Renovam a opinião no sentido de que se mantenha o Auto de Infração.

Um dado que considero importante no relatório foi a determinação da realização de uma diligência, “*a fim de que a repartição de origem fornecesse ao contribuinte cópia das peças às fls. 17 a 995 e cópia da informação fiscal às fls. 1028 a 1043, bem como dos papéis juntados pelos fiscais à informação prestada às fls. 1044 a 1200, e que fosse reaberto o prazo de defesa (30 dias).*

A diligência foi cumprida. O autuado manifestou-se sobre os novos elementos; apontou o que a seu ver constituiria equívocos da autuação, dando destaque à falta de inclusão do estoque inicial do balanço de 2003 e alegando que, no exercício de 2002, o contador, inadvertidamente e sem autorização de quem de direito, teria registrado erradamente um rascunho de um estudo de projeção econômica como se fosse o balanço da empresa, quando o correto seria aquele cujas informações já tinham sido passadas ao fisco através das DMEs. Como evidência da incorreção do balanço, observa que o contador consignou apropriações de IPI, COFINS e PIS sobre o faturamento, quando na verdade a empresa estava enquadrada no Simples federal, e a forma de pagamento dos citados tributos não permite tal dedução. Reclama que o importe de vendas utilizado pelos auditores para o mês de março, no valor de R\$ 292.374,19, não corresponde ao que foi consignado no citado relatório gerencial, onde consta o montante de R\$ 278.069,00, referente ao mesmo mês. Nega que tivesse havido vendas subfaturadas. Diz que seria inconcebível que todo aquele material assinalado pudesse trasegar em caminhões por todo o Estado da Bahia, e até fora dele, sem que fossem inspecionados pelo fisco estadual em algum posto de fiscalização de trânsito. Observa que nos demonstrativos dos autuantes muitas das mercadorias comercializadas pelos vendedores externos se referem a bens vendidos por outras empresas, fato este que pode ser comprovado pelos pagamentos a elas dirigidos, e, sendo assim, se as omissões e subfaturamentos foram efetuados por outras empresas, não haveria motivo da imputação dessas irregularidades à Plastimil. Quanto à utilização dos dados do CFAMT, que teriam sido citados pelos autuantes na descrição dos fatos, alega que cabe aos auditores a apresentação dos mesmos, bem como das cópias das Notas Fiscais que comprovem a sua existência. Renova os argumentos quanto ao descabimento da exigibilidade conjunta dos três itens do Auto de Infração. Reitera o pedido de nulidade ou de improcedência do Auto de Infração, ou que seja determinada revisão dos lançamentos por fiscal estranho ao feito, e, alternativamente, considerando que o fisco estadual se refere a um “grupo econômico”, “convergência financeira” e “caixa único”, que seja tido por válido para efeito do lançamento o maior balanço das empresas do suposto “grupo” como balanço único para todas as empresas.

Os fiscais autuantes observam que, quanto aos erros atribuídos pelo contribuinte ao contador nos balanços patrimoniais de 2002 e 2003, tais balanços foram extraídos do livro Diário, que se encontra devidamente autenticado na JUCEB. Se erro aconteceu em relação ao IPI, PIS ou COFINS, isso não invalida as informações relacionadas com o faturamento bruto, bem como o uso cadastral que se fez dos balanços junto a instituições financeiras. Aduzem que o contribuinte não pode se valer dos próprios erros para beneficiar-se. Acrescentam que os livros contábeis só foram vistos pelo fisco graças ao processo de busca e apreensão, pois a empresa já havia sido intimada para apresentá-los, sendo negada a apresentação. Quanto às relações de vendas que deram suporte à 2ª infração, relativamente ao exercício de 2004, os fiscais chamam a atenção para o título delas, que se refere a “vendas realizadas” e “vendas gerenciais realizadas” (fls. 844 e 845) e não a “previsão de vendas”, como quer fazer crer a defesa. Observam, ainda, que a segunda delas está assinada pelo Sr. Francisco e pelo contador, Ivonilton Giuliano Barbosa, que a defesa insiste em classificar como “assessor financeiro” das empresas objeto da ação fiscal. Não consideram haver razões para nulidade

ou improcedência do Auto de Infração, tampouco motivo para revisão por auditor estranho ao feito, por considerarem que a acusação fiscal está lastreada em farta documentação e os itens autuados não colidem e não há superposição de valores. Informam que, em 21/2/06, o Sr. Giuliano recebeu em devolução todos os documentos que foram objeto da busca e apreensão (fl. 1234) e que, dos 13 Autos de Infração lavrados na ação fiscal desenvolvida, 8 já foram julgados, todos procedentes.”

Em seu voto o Sr. relator na JJF descreve as três imputações e acrescenta que “nos três casos, o imposto foi calculado segundo os critérios e alíquota aplicáveis às operações ditas “normais” e comenta que “no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, é feita uma exposição das razões que levaram a fiscalização a concluir que várias empresas estariam funcionando irregularmente como entidades autônomas, apesar de constituir um “grupo”. Informa, como vimos acima que “os autuantes se louvaram num relatório de investigação da Inspetoria Fiscal de Investigação e Pesquisa (INFIP), anexado às fls. 17/32.”

O autuado suscitou como preliminar que houve cerceamento de defesa e ofensa ao devido processo legal, porque o fisco se recusava a devolver a documentação apreendida (defesa às fls. 1000/1014). Afirma que “na fase de instrução, foi determinada a realização de diligência (fl. 1231), a fim de que a repartição de origem fornecesse ao contribuinte cópia das peças às fls. 17 a 995 e cópia da informação fiscal às fls. 1028 a 1043, bem como dos papéis juntados pelos fiscais à informação prestada às fls. 1044 a 1200, e que fosse reaberto o prazo de defesa. A diligência foi cumprida. Reabriu-se o prazo de defesa (30 dias). O autuado teve oportunidade de manifestar sua contrariedade às acusações”. Concluiu inicialmente que o vício do cerceamento de defesa foi saneado e ultrapassou a preliminar de nulidade. Menciona também a necessidade de exame prévio de questões levantadas pelo autuado. “Uma delas (fl. 1006) diz respeito à reclamação de que os autuantes se referem a dados do sistema CFAMT, mas não forneceram à empresa a listagem dos dados ou mesmo as Notas Fiscais de compras de insumos que serviram de lastro para suas conclusões. Quanto a esse aspecto, os autuantes, na informação, observam que não foi apurada nenhuma infração com base em dados do CFAMT e no Auto não foi feita nenhuma citação nesse sentido. De fato, não encontrei na descrição dos fatos nenhuma alusão a documentos do aludido sistema. Considero superada essa questão.”

E ainda em seu Voto o Sr. Relator acrescenta : “Outro ponto questionado pela defesa é quanto à exigência conjunta dos três itens apontados no Auto de Infração (fls. 1214/1215 e 1244-1245). Segundo a defesa, tal exigência seria contraditória, haja vista que nos três itens do Auto de Infração o objeto da autuação é o faturamento da empresa em face aos demonstrativos de movimentação econômica apresentados anualmente ao fisco. Observa que, no caso do item 2º do Auto de Infração, de acordo com o entendimento dos agentes autuantes, os verdadeiros balanços da empresa e seus faturamentos anuais estão demonstrados nos balanços por eles colacionados no levantamento fiscal, e, isto posto, a suposta exigibilidade do item 2º é satisfatória para quitar o devido, não sendo necessária a cobrança dos itens 1º e 3º, pois este valor foi calculado por metodologia normal de apuração, e não pelo regime do SimBahia. Argumenta que não é oportuno exigir ICMS de todo o período no qual o contribuinte se valeu dos benefícios do SimBahia, apurando-se o valor devido pela metodologia normal, conforme item 1º do Auto de Infração, e, concomitantemente, exigir ICMS sob o argumento de que o faturamento da empresa seria o encontrado em seus balanços, porque a exigência de um deveria ser abatida do outro, a fim de se encontrar o real e mais justo valor devido. Prossegue dizendo que, no tocante ao item 3º do Auto de Infração, o imposto é exigido em razão dos supostos subfaturamentos dos preços dos produtos vendidos pela empresa, de modo que igualmente acontece com o item 2º, de modo que os valores dos ditos subfaturados no item 3º já fazem parte dos balanços apreendidos pelos auditores, tidos como verdadeiros, uma vez que os faturamentos anuais da empresa seriam aqueles constantes no item 2º, o que mostra que a infração 2ª acaba por incorporar a infração 3ª,

e, conforme já exposto, também a 1º. Requer a realização de uma revisão fiscal para verificação do “bis in idem” na exigência concomitante dos três itens da autuação.”

E para conduzir o seu voto resume: “Os três itens deste Auto de Infração dizem respeito a situações distintas. Caso viesssem a ser fundidos num só item, o valor do lançamento seria a soma dos três.

No 1º item, apura-se imposto recolhido a menos porque, no entender do fisco, o contribuinte não faz jus ao pagamento do imposto pelos critérios do sistema do SimBahia, uma vez que o estabelecimento em questão faria parte de um grupo de 15 empresas reunidas para fraudar o sistema simplificado de apuração do imposto, mediante declarações falsas para constituir empresas de fachada em nome de “interpostas pessoas”.

O 2º item cuida de outro fato: falta de pagamento de ICMS em virtude de omissão de saídas de mercadorias, tendo o fisco tomado como base de cálculo a diferença entre a receita total apurada em balanços e “relações de vendas gerenciais” obtidos por meio de busca e apreensão judicial e o valor declarado em DME pelo autuado ou calculado pela fiscalização, objeto da infração descrita no item anterior. Apesar de ser feita referência no item 2º ao item anterior (item 1º), tal referência deixa claro que a base de cálculo do item 2º é outra, como outra é a razão da autuação.

Quanto ao item 3º, trata-se de subfaturamento de operações, apurado com base nas prestações de contas dos vendedores externos, em face do cotejo dos valores das Notas Fiscais com os respectivos pedidos, tendo a fiscalização concluído que os valores reais das operações são os constantes nos pedidos, por coincidirem com os valores dos cheques recebidos em pagamento, havendo também, além dessas vendas subfaturadas, nas citadas prestações de contas, vendas sem emissão de Nota Fiscal.

Em suma, não acolho o argumento da defesa de que os valores dos itens 1º e 3º estivessem contidos nos do item 2º.

Outro pleito da defesa é no sentido de que, tendo em vista que o fisco estadual se refere a um “grupo econômico”, “convergência financeira” e “caixa único”, seja tido por válido para efeito do lançamento o maior balanço das empresas do suposto “grupo” como balanço único para todas as empresas (fl. 1246). É inviável o atendimento de tal pleito, haja vista que foram lavrados vários Autos de Infração, e em todos eles os respectivos autuados negam a existência de conluio, apesar das evidências em contrário.

Por fim, e ainda no campo das preliminares, cumpre assinalar que o autuado requer a realização de diligência para que fiscal estranho ao feito faça a revisão dos lançamentos. Não foram, contudo, apontados erros do lançamento que justificassem a necessidade de revisão por fiscal estranho ao feito. Os “erros” apontados pela defesa não podem ser considerados como tais, pois dizem respeito aos motivos pelos quais a fiscalização concluiu que havia subfaturamentos e omissões de operações nos registros fiscais.

Este órgão de julgamento não tem acesso aos fatos. Os julgadores têm acesso apenas às versões dos fatos. Pelos elementos constantes nestes autos, há indícios muito fortes de que as imputações atribuídas ao sujeito passivo são verdadeiras, e as provas carreadas ao processo conduzem, impõem a convicção de que os valores lançados são devidos. As explicações da defesa são respeitáveis, mas as provas falam mais alto. A ação fiscal está baseada em relatório de investigação fiscal da INFIP, demonstrativos e levantamentos, tudo feito com base em documentos anexados aos autos. O débito foi apurado pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, com o abatimento do crédito presumido previsto no artigo 408-A, § 1º, do RICMS, e do ICMS recolhido no período pelo regime do SimBahia (fls. 784, 799, 806, 807, 809, 828, 835 e 843).

Aplicam-se a este caso os seguintes artigos da Lei nº 7.357/98 e do Regulamento do ICMS:

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.”

Regulamento do ICMS:

“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.”

Por conseguinte, para um contribuinte se enquadrar no Regime do SimBahia, 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 ao preenchimento de determinados requisitos, sob pena de ser desenquadrado do regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso.

O desenquadramento procede-se de ofício quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte se utilizou de terceiro, para efetuar a sua opção pelo regime do SimBahia (art. 22, IV, combinado com o art. 15, II e IV, da Lei nº 7.357/98).

Na análise das peças processuais, observo que o autuado foi desenquadrado nos termos do inciso IV do art. 408-L do RICMS, que se refere ao fato de o autuado ter sido constituído por interposição de pessoa que não é o efetivo sócio ou proprietário, fato este provado por meio de fártas provas anexadas aos autos e relacionados na descrição dos fatos, fls. 02 a 05 dos autos, destacando-se o relatório de investigação fiscal da INFIP às fls. 17 a 32. Em situação como esta, 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. Isto no tocante ao item 1º.

No caso do item 2º, o lançamento diz respeito à falta de pagamento de ICMS em virtude de omissão de saídas de mercadorias, tendo o fisco tomado como base de cálculo a diferença entre a receita total apurada em balanços e “relações de vendas gerenciais” obtidos por meio de busca e apreensão judicial e o valor declarado em DME pelo autuado ou calculado pela fiscalização, objeto da infração descrita no item anterior. Tal como ocorreu no item precedente, também é correto o cálculo do imposto com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, nos termos do art. 408-S do RICMS/97.

Quanto ao item 3º, trata-se de subfaturamento de operações, apurado com base nas prestações de contas dos vendedores externos, em face do cotejo dos valores das Notas Fiscais com os respectivos pedidos, tendo a fiscalização concluído que os valores reais das operações são os constantes nos pedidos, por coincidirem com os valores dos cheques recebidos em pagamento, havendo também, além dessas vendas subfaturadas, nas citadas prestações de contas, vendas sem emissão de Nota Fiscal. Também neste caso o imposto deve ser calculado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, nos termos do art. 408-S do RICMS/97.

Conforme já salientei, nos três casos foi concedido o crédito presumido previsto no artigo 408-A, § 1º, do RICMS, e também foi abatido o ICMS recolhido no período pelo regime do SimBahia.”

Vota, no que foi acompanhado pelos demais membros da JJF pela Procedência do Auto de Infração.

Dentro do prazo legal a empresa interpõe o presente Recurso que passamos a analisá-lo: Inicialmente resume o conteúdo do lançamento e conclui esta primeira parte afirmando que “uma série de medidas e de documentos que supostamente fundamentariam as imputações aduzidas no Auto de Infração, mas que não foram submetidos ao contraditório em um flagrante desrespeito ao direito de defesa do contribuinte”. Refere-se ao conteúdo da impugnação transcrevendo de forma resumida os argumentos ali apresentados. Em seguida fez o mesmo com a informação fiscal e a sua posterior manifestação sobre esta peça processual. Observa com destaque que “foram colacionados aos autos do processo administrativo pelos agentes autuantes informações que não dizem respeito ao objeto da autuação”. Também resume em seguida sobre argumentação apresentada quando da “reabertura do prazo de defesa”.

Em parágrafo distinto resume a “Decisão de 1ª Instância” e apresenta as suas “razões recursais” que assim distribui:

1. Do cerceamento da defesa: reporta-se que a denúncia que “motivou o Auto de Infração” o contribuinte nunca lhe foi apresentada e “nunca teve a oportunidade de se defender”. Entende que a simples citação de houve uso dos dados do CFAMT (pg. 2) já seria suficiente para que fossem fornecidas listagens dos dados analisados sob pena de cerceamento de defesa. Diz que a conclusão da Decisão de que não houve irregularidade no desenquadramento do contribuinte no regime tributário do SimBahia é “esdrúxula e vai de encontro ao contrato social da empresa autuado e até das próprias afirmações dos autuantes de que ele seria o verdadeiro dono das outras empresas do denominado pelos autuantes de “grupo econômico PADRÃO MIL (o que por sua vez, refuta-se veementemente)”. Aduz que há um “ilógico da aplicação da norma de desenquadramento neste caso concreto quando, em um momento, o Sr. Francisco de Carvalho é considerado proprietário do autuado (e de outras empresas) para fim de imposição tributária e noutro momento o contribuinte é desenquadrado do Simbahia sob o argumento de não ser proprietário por ter sido constituído por interpôsta pessoa”. Afirma que quando das “falsas alegações de formação de grupo econômico” por falta de capacidade econômica do Sr. João Oliveira “quem não prova a falta de capacidade econômica é o fisco”. Reafirma o que já houvera posto quando da impugnação em relação aos poderes de intervenção na empresa enquanto as “promissórias não fossem resgatadas”, no sentido de sua regularidade. Relembra a relação de amizade entre o Sr. Francisco e os sócios das outras empresas repisando as “afinidades havidas entre as pessoas do interior”. Comenta a respeito do papel social do Sr. Francisco Carvalho e o auxílio gratuito que prestou a muitos industriais da Região “apesar das dificuldades criadas pela esfera governamental, especialmente a baiana”. No terceiro item o Recurso Voluntário refere-se a “incabível atribuição de responsabilidade solidária à recorrente pelos atos e omissões praticados por outras empresas”. Reafirma que é descabida a atribuição pois todas as empresas citadas são

socialmente diferentes e que as imputações a elas atribuídas serão, por elas mesmas, oportunamente respondidas. Aduz que “*não há prova de que o recorrente e seus proprietários tenham participado de qualquer ação no sentido de abrir novas sociedades empresariais reais ou de “fachada”*”. Repete que “*o único compartilhamento existente entre o recorrente e outra empresa é o pátio de circulação de veículos que divide com a empresa Padrãomil, sendo as mercadorias recebidas por um preposto comum, por mera liberalidade dos seus proprietários, vez que ma produção de uma empresa não interfere na outra...*”. Se a compartilhamento de números de telefones o erra foi da empresa de telefonia. Repete a mesma argumentação no que diz respeito ao Sr. Ivonilton Giuliano Barbosa e suas relações com outras empresas. Aduz outra vez que ao questões relativas ao Sr. Ramilton Viana de Oliveira ou Sr. Ronaldo ou Romualdo do Prado Oliveira nada tem haver com o recorrente. O mesmo reafirma no que diz respeito ao Sr. Antonio Marcos Dias Alves e pela Ind. Dist. De Cofres e Plásticos Líder do Brasil Ltda. “*ate mesmo porque tal responsabilidade foi atribuída no histórico do próprio auto à Padrãomil e não o recorrente*” diz o texto do Recurso Voluntário e conclui este item afirmado: “*esta desconsideração da personalidade das empresas para atribuir uma hipótese de substituição ou de responsabilidade tributária(solidária ou subsidiária) à recorrente é completamente ilegal, pois não previsão neste sentido*”. No item seguinte refere-se outra vez a questões já tratadas quando da impugnação a respeito dos problemas que o recorrente teve como o seu contador , repetindo fatos relativo ao próprio balanço, apropriações de PIS, COFINS, Simples Federal, etc. e a diferença de valores consignado no Auto de Infração e no relatório gerencial e conclui dizendo que este fato não foi analisado pelos julgadores de primeira instância. No item 5 do seu arrazoada refere-se a colação de “*informações sem pertinência trazidas ao processo pelos autuantes*” que resume uma série de fatos que segundo o recorrente nada tem haver com o PAF. No item seguinte menciona a existência de erros nos demonstrativo de débito dos autuantes que até então não foram sanados. Refere-se a existência de erros específicos em 2001 e 2002. Pede uma nova revisão fiscal. Num último item reafirma o que aduzira anteriormente e que diz respeito a “*impossibilidade da exigência concomitante dos três itens do Auto de Infração*”. Repete que “*tal exigência seria contraditória, haja vista que nos três itens do Auto de Infração o objeto da autuação é o faturamento da empresa em face aos demonstrativos de movimentação econômica apresentados anualmente ao fisco, ou seja, a empresa teria deixado de enviar os seus faturamentos reais a fim de manter-se dentro da faixa-limite para perceber os benefícios do SimBahia.*”. Conclui a sua peça recursal requerendo a declaração de nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa;

2. Revisão por vício, do ato de desenquadramento do Simbahia;
3. Revisão Fiscal para verificação das irregularidades demonstradas;
4. Declaração da Improcedência de todos os itens ou “*que se tome o balanço discriminado no item 2 do Auto de Infração como suficiente para definir o faturamento do recorrente no período autuado, tornando improcedentes os demais itens do Auto de Infração*”.

Em seu parecer a Sra. procuradora , após “apertada síntese” do até aqui ocorrido e pela análise dos autos entende que “*o cerceamento ao direito de defesa não ocorreu, pois a JJF, em saneamento, determinou a entrega de todos os documentos e reabertura do prazo de defesa. A verificação de ultrapassagem nos limites do SimBahia foi feita com base nas DMEs apresentadas pela própria empresa e não por dados colhidos junto ao CFAMT, como alega a empresa. No mérito, quanto à infração 1, entendo caracterizada diante da presença de ações fraudulentas com o objetivo de utilização indevida dos benefícios do SimBahia. A autuante utilizou o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, nos termos da legislação vigente. No que diz respeito a infração 2, o recorrente se limitou a imputar ao ex-contador da empresa a responsabilidade pelo erro e desencontro dos valores apurados, sem acrescentar qualquer prova da referida alegação. Em razão do art. 143, do RPAF, a simples*

negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Quanto a infração 3, a alegação do recorrente de que as mercadorias comercializadas por seu vendedores externos são bens vendidos por outras empresas, não foram comprovadas, aplicando-se o mesmo dispositivo anteriormente invocado. Entendo impertinente a alegação de “bis in idem”, já que a exigência fiscal relativa à infração 1, fora apurada através da análise das notas fiscais emitidas e dos dados constantes das DMEs fornecidas pelo recorrente, enquanto valores cobrados nas infrações 2 e 3 são aqueles não declarados pela empresa nas referidas DMEs. A infração 2 é relativa a fatos geradores ocorridos entre 31/12/2002 e 31/12/2005, enquanto a infração 3 concerne ao período compreendido entre 31/04/2005 e 31/05/2005. Portanto não há como ter sido realizada a superposição das infrações. Vale ressaltar que autuações análogas já foram apreciadas pelo CONSEF que decidiu à unanimidade pela sua procedência, a exemplo do Acórdão nº 0362-11/06. Diante disso o Recurso Voluntário não deve ser provido”.

VOTO

Como vimos no relatório ao contribuinte foram imputadas três infrações:

1. Recolhimento de ICMS efetuado a menos que o devido, no período de janeiro de 2001 a maio de 2005, em virtude da perda do direito aos benefícios do SimBahia, tendo em vista que o autuado faz parte de um grupo de 15 empresas reunidas para fraudar o sistema simplificado de apuração do imposto, mediante declarações falsas para constituir empresas de fachada em nome de “interpostas pessoas”;
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cuja base de cálculo corresponde à diferença entre a receita total apurada em balanços e “relações de vendas gerenciais” obtidos por meio de busca e apreensão judicial e o valor declarado em DME pelo autuado ou calculado pela fiscalização, objeto da infração descrita no item anterior;
3. Subfaturamento, provado através das prestações de contas de diversos vendedores externos, com base no cotejo dos valores de diversas Notas Fiscais com os respectivos pedidos, que constituem os valores reais das operações, por coincidirem com os valores dos cheques recebidos em pagamento, havendo também, além dessas vendas subfaturadas, nas citadas prestações de contas, vendas sem emissão de Nota Fiscal.

Trazidas à colação as razões do Recurso Voluntário, podemos sobre elas afirmar: todas as medidas administrativas e judiciais bem como os documentos que alicerçaram as imputações foram amplamente submetidos ao contraditório e em consequência não houve nenhum desrespeito ao direito de defesa do contribuinte. Todas as informações trazidas aos autos dizem respeito direta ou indiretamente ao objeto da autuação. A reabertura do prazo de defesa foi uma demonstração inequívoca do respeito que tem o processo administrativo fiscal a todos que a ele estão submetidos.

Não houve como dissemos em momento algum cerceamento da defesa. A denúncia que segundo o recorrente “motivou o Auto de Infração” representou apenas um indício e não foi utilizado como instrumento para constrangê-lo, e sim, como uma simples notícia que poderia estar contida em qualquer meio de comunicação sem a necessidade de identificação. Os dados e os documentos oriundos do CFAMT são do seu conhecimento. O seu desenquadramento do regime tributário do SimBahia ocorreu de maneira legal. Restou claro que existe um único e verdadeiro dono das empresas. Restou comprovada a existência de interpostas pessoas com objetivo de fraudar a fiscalização. Os frágeis argumentos apresentados dizem respeito muito mais as supostas “afinidades havidas entre as pessoas do interior” do que a verdadeira relação econômica do Sr. Francisco Carvalho que deveria ser melhor explicada. É difícil entendermos o “auxílio gratuito que prestou a muitos industriais da Região” quando ao mesmo tempo permitiu que vendedores

da sua empresa prestem serviço a “concorrentes”. O *modus operandi* da empresa deixa clara a existência de uma tentativa de elisão fiscal. Diríamos que foi uma tentativa de um possível planejamento tributário equivocado descoberto pela fiscalização estadual e desmascarado com a ajuda do Poder Judiciário. Não restou provada qualquer dificuldade criada pela esfera governamental baiana. Não foi a responsabilização do recorrente por parte da Fazenda Pública Estadual que levou a desconsiderar os atos praticados mas sim a artifício ardiloso e fraudulento que provocou a laboriosa e eficiente ação fiscal. Reafirmamos a correta atribuição da responsabilidade solidária do recorrente pelos atos e omissões praticados por supostas outras empresas. Se todas as empresas citadas são socialmente diferentes por que não vieram aos autos provas desta verdadeira existência? Há, a nosso ver, prova de que o recorrente e seus proprietários participaram de ações no sentido de abrir novas sociedades empresariais de “fachada”. A sua afirmação de que “*o único compartilhamento existente entre o recorrente e outra empresa é o pátio de circulação de veículos que divide com a empresa Padrão Mil, sendo as mercadorias recebidas por um preposto comum, por mera liberalidade dos seus proprietários, vez que ma produção de uma empresa não interfere na outra...*”. É desmentido não só nos autos como através da internet. Este julgador efetuou uma simples verificação nos sites (www.plastimil.com.br e www.padraomil.com.br) das duas empresas e constatou que não só possuem o mesmo padrão de apresentação como também uma total identidade de produtos. É a rede mundial de computadores auxiliando a descoberta da verdade. Afirmar que o “*compartilhamento de números de telefones*” é um erro da empresa de telefonia é menosprezar a mediana inteligência daqueles que exercem as diversas funções públicas. Ao repetir a mesma argumentação já apresentada quando da impugnação no que diz respeito aos Srs. Ivonilton Giuliano Barbosa , Ramilton Viana de Oliveira, Sr. Ronaldo ou Romualdo do Prado Oliveira e Antonio Marcos Dias Alves apenas reforça as relações destas pessoas com a empresa autuado. A desconsideração da personalidade das empresas para atribuir uma hipótese de substituição ou de responsabilidade tributária (solidária ou subsidiária) à recorrente está prevista no Código Tributário Nacional, não apenas pela explicitação do Parágrafo único do art. 116 desta norma geral, mas pela interpretação que deve ser feita dos atos do recorrente que tentou dissimular um dos elementos constitutivos da obrigação tributária que é a sujeição passiva. Os “*problemas que o recorrente teve como o seu contador*” são questões que fogem ao âmbito deste PAF e não cabe aqui a sua análise. Todas as informações trazidas pelos autuantes e que se relacionam diretamente com o Processo são pertinentes. Os erros nos demonstrativos de débito foram sanados e descebe, portanto, uma nova revisão fiscal. A exigência concomitante dos três itens do Auto de Infração é legal. Não há contradição, pois são fatos diversos.

Não há, portanto, fundamento de fato ou de direito para a declaração de nulidade do auto por cerceamento de defesa. O ato de desenquadramento do Simbahia foi correto e não tem sentido uma nova revisão Fiscal.

Estamos diante de uma verdadeira fraude fiscal. Tema que tem sido objeto de importantes estudos em nosso país principalmente após a Lei Complementar nº 104/01 que acrescentou o Parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional e que merece uma didática transcrição:

“*a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*”.

Independente das interpretações que possam ser dadas ao importante tema, o que constatamos nestes autos é uma fraude à lei. Encontra-se sobejamente comprovado que a atitude dissimulada do contribuinte teve como objetivo encobrir de forma fraudulenta e intencional e com uso de artifícios dolosos o pagamento do ICMS a menos. Está muito clara a ação dolosa do contribuinte em usar indevidamente a lei do Simbahia e não simular a “transformação” de uma empresa em tantas outras. Não se simplesmente de um modelo negocial alternativo, e sim, numa ação

delituosa para reduzir o valor do tributo legalmente previsto. Cabe ao estado fiscalizar em busca da verdade dos fatos e realizar as auditorias necessárias para checar se a vontade declarada corresponde à vontade real ou se na verdade, como no presente PAF, existem provas materiais de que a declaração é artifiosa.

Entendo como correto o julgamento da JJF pela Procedência de todos os itens. Concordo com o Parecer da PGE/PROFIS em todos os seus termos incluindo-o também, como parte deste nosso voto e acrescento que após concluído este PAF inclusive com a inscrição do débito em Dívida Ativa e em não havendo o pagamento do mesmo, cópia destes autos devem ser enviados ao Ministério Público para subsidiar o ingresso da denúncia por crime contra a ordem tributária.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e manutenção da Decisão da JJF que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206828.0008/05-8, lavrado contra PLASTIMIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS DE PLÁSTICOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$876.840,33, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h” e “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2007.

TOLstoi Seara Nolasco – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA-RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS