

A. I. Nº - 110120.0005/07-3
AUTUADO - ELETRONOX COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 15.08.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0227-04/08

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Restou comprovado que a empresa foi constituída por interposição de pessoa que não era efetivo sócio ou proprietária, por não comprovar capacidade econômico-financeira e foi desenquadrada do regime SIMPLIFICADO por utilizar declaração falsa na sua constituição. O imposto foi apurado corretamente pelo regime normal com dedução do imposto recolhido no regime que foi desenquadrado. Não acatada as preliminares de nulidade suscitadas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/07, exige ICMS no valor de R\$ 214.992,31 acrescido de multa de 60% relativo ao recolhimento a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta, na descrição dos fatos, que a empresa faz parte do Grupo Cold Air que foi alvo de investigação fiscal, conforme documentação juntada aos autos, no curso da qual foram constatadas várias irregularidades o que culminou como o desenquadramento da empresa do regime SimBahia, com base no art. 408-L, II e IV do RICMS/BA, para o regime normal. Efetuado o desenquadramento, o ICMS relativo aos exercícios de 2002, 2003 e 2004 foi apurado pelo regime normal. Informa ainda que a fiscalização teve finalidade de apurar o imposto devido com o processo de baixa nº 001489/2007-8, cujo pedido é deferido condicionado ao pagamento do débito apurado.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 42 a 47), através do seu procurador legalmente constituído (fl. 48) inicialmente descreve os fatos constantes do Auto de Infração e requer sua nulidade, alegando que o mesmo está comprometido com diversas irregularidades.

Alega que a intimação se fez em pessoa estranha ao quadro da autuada, o que retardou o conhecimento da autuação fiscal e que o Auto de Infração não indica o dispositivo legal aplicável à infração sancionada com a multa, o que dificulta o exercício de defesa.

Afirma que na descrição dos fatos considerados como infrações, é que o Auto de Infração desatende ao RPAF, art. 39, III, pois a descrição feita não é clara, precisa e sucinta, limitando-se a fazer indicação de uma investigação fiscal que teria apurado irregularidades e que estas não são descritas na autuação, conforme exigido no mencionado dispositivo e diploma legal.

Argumenta que as acusações são genéricas fundamentadas na presunção de que existe um grupo Cold Air, e que o sistema tributário não admite tributação por presunção, salvo se as presunções são estabelecidas em lei de modo razoável. Diz que não é o caso ora em questão e que as presunções levantadas na investigação fiscal não estão previstas em lei e tampouco são razoáveis.

Explica que o fato de haver parentesco entre os sócios, bem como, as empresas terem objeto idêntico, contadores comuns, ter promovido empregados destacados como sócios, não são

relevantes a ponto de autorizar a tributação por uma presunção do homem, e diz que esses elementos são comuns no comércio varejista e estão longe de caracterizar um grupo de empresas para sonegação, motivo pelo qual requer a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, diz que pelos dois únicos dispositivos indicados como infringidos, os incisos II e IV do art. 408 – L do RICMS vigente, que transcreveu à fl. 45, afirma que se pode desenhar a improcedência da autuação fiscal, por não indicar quais foram as declarações inexatas ou falsas que a empresa utilizou e que não há indicação precisa e prova da inexatidão ou falsidade das declarações, e no seu entendimento, é dever dos autuantes apresentar as provas, sob pena de improcedência.

Quanto à acusação de que a empresa é constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, alega que se pode dizer que tal imputação é incorreta, além de incoerente, e que na verdade a empresa foi criada com a ajuda de Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, que resolveu criar uma empresa para um de seus filhos com a participação de uma empregada mais experiente. Com isto, queria amparar o filho adotado anteriormente ao seu casamento, para provê-lo de condições econômicas, de modo a não ficar dependente de laços familiares, principalmente quando a mãe não mais estivesse presente.

Argumenta que a promoção de empregados mais velhos e experientes à condição de sócio é uma política seguida por muitas empresas e que pretendeu conjugar a experiência de empregados de confiança com a inexperiência empresarial dos filhos.

Afirma que a transferência de valores, para integralizar o capital da sociedade, foi feito de modo transparente, conforme declarações de rendimento.

Assevera que cada empresa segue a sua vida e seu destino com plena autonomia. Lembra que o fato de dar o seu imóvel em garantia de empréstimos da empresa do filho é prática corrente no mercado, entre amigos ou parentes que querem ajudar uns aos outros.

Afirma que a autuada é uma empresa real e que seus sócios não são fictícios ou laranjas, conforme prova documental, das declarações de Imposto de Renda e as escritas fiscal e contábil, comprovando que Maria da Conceição não é titular ou sócia da empresa autuada.

Com relação a erros no cálculo do tributo, diz que na presente autuação, indicou-se como base de cálculo de 31/12/02 a quantia zero, sob a qual se faz incidir a alíquota de 17% e se encontra misteriosamente R\$89.897,75 e, que este cálculo não procede.

Assevera que não se justifica que no cálculo de crédito se aplique apenas 8%, quando se sabe que a alíquota interestadual é de 12%.

No que tange a crédito de ICMS não deduzido, diz que a autuação fiscal com a mudança dos créditos devidos pelo desenquadramento do SIMBAHIA, operou-se pelo exercício inteiro, calculando-se o total das saídas, apurando-se o imposto e deduzindo-se os valores pagos, conforme DAEs.

Sustenta que a autuação não contemplou os valores que foram quitados espontaneamente, em razão de anistia, conforme os DAEs juntados com valores de R\$337,56, R\$52,05, R\$946,01, R\$18.618,50, R\$16,06 e R\$271,19. Tais valores devem ser deduzidos do ICMS devido nos respectivos períodos.

Finaliza requerendo a anulação do Auto de Infração e se por economia processual, for examinado o mérito da autuação, pede-se a improcedência do mesmo.

A autuante em sua informação fiscal à fl. 73 diz que a ação fiscal foi baseada no resultado do relatório da investigação fiscal, anexada às fls. 16 a 38, que concluiu pelo desenquadramento do contribuinte do regime SIMBAHIA para o regime normal, de acordo com o artigo 408- L, II e IV do RICMS/BA.

Diz que as razões que levaram à exclusão do contribuinte do regime SIMBAHIA encontram-se detalhadas às folhas 16 a 38 do presente processo e que o desenquadramento foi efetuado desde o exercício de 2002 até o de 2006, conforme demonstrativos anexados às fls. 05, 09 e 13. Os exercícios de 2005 e 2006 não apresentaram ICMS a cobrar e por este motivo não foram anexados demonstrativos ao Auto.

Explica que o cálculo do desenquadramento foi efetuado considerando o valor lançado no item "vendas de mercadorias e/ou produção" do demonstrativo do movimento econômico (DME), documento elaborado pelo próprio contribuinte. Sobre o valor das saídas foi calculado débito do ICMS de 17% e crédito de 8% de acordo com o art. 408-S § 1º do RICMS/BA. Como a maior parte das compras são provenientes de Estados cujas alíquotas de ICMS são de 7%, a utilização da alíquota de 8% beneficia a empresa.

Expõe que a fl. 47 o contribuinte alega que vários pagamentos não foram deduzidos do ICMS devido, anexado os DAEs de fls. 49 a 60.

Explica que os pagamentos efetuados conforme documentos juntados às fls. 50, 52 e 57, não são dedutíveis, pois se refere aos honorários. Apenas os pagamentos de ICMS mensal e ICMS antecipação parcial são considerados na dedução. Os anexados às fls. 54 e 60, referem-se a pagamentos do exercício de 2006, que não foi autuado e que a cópia do DAE à fl. 56 representa parte do pagamento do Auto de Infração nº 147072.0009/04-0, relativo a falta de pagamento do imposto no período de maio a dezembro de 2003 e outras irregularidades que não afetam o levantamento. Explica ainda, que os valores relativos ao ICMS apurado no período de maio a dezembro de 2003, foram considerados pela fiscalização, lançados no demonstrativo à fl. 9 (ICMS recolhido-2003) e deduzido do ICMS a recolher apurado neste exercício.

Finaliza afirmando que diante do exposto requer que o presente Auto de Infração seja julgado procedente.

A 4ª JJF converteu o processo em diligência (fl. 76) para que a autuante providenciasse sua assinatura nos demonstrativos de débito e indicasse a base de cálculo apurada.

A autuante prestou nova informação fiscal (fl. 85), tendo juntado demonstrativo de débito com indicação da base de cálculo apurada na autuação e esclarecido que juntou ao processo as vias originais das fls. 5, 9, 13 e 76 que haviam sido retiradas para fazer cópia.

A Inspetoria Fazendária encaminhou, por meio dos correios, cientificação do resultado da diligência e reabertura do prazo de defesa, conforme documento juntado à fl. 86. Não tendo sido encontrado no domicílio fiscal em decorrência de encerramento de atividades econômicas, o contribuinte foi intimado por meio de edital publicado no Diário Oficial de 13/05/08, conforme documento juntado à fl. 87 e não se manifestou no prazo legal concedido.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a intimação foi feita à pessoa estranha, não há indicação do dispositivo legal aplicável à infração e que o sistema tributário não admite tributação por presunção, salvo as estabelecidas em lei.

Com relação ao primeiro argumento, constato que embora não tenha sido trazido aos autos qual a relação jurídica existente da pessoa de Fátima Maria Neves Gomes, que foi cientificada da autuação, com a empresa autuada, a titular da empresa Janice de Almeida Cardoso outorgou representação ao Advogado Johnson Barbosa Nogueira com finalidade de impugnar o lançamento de ofício, o que foi feito e comprova que tomou conhecimento da autuação a partir do momento que apresentou sua defesa. Não houve cerceamento ao seu direito de defesa.

Quanto aos dispositivos aplicáveis à infração, verifico que o enquadramento indicado, a multa

aplicada se coaduna com a descrição dos fatos, onde foi complementado com a indicação dos dispositivos infringidos (art. 408 L do RICMS/BA) e descrição dos fatos. Tudo isso possibilitou a compreensão da infração ora combatida, tanto que o recorrente apresentou argumentos e documentos para tentar provar a inexistência da infração, o que significa que entendeu, comprehendeu e se defendeu do que estava sendo acusado, exercendo o contraditório.

Relativamente ao argumento de que o imposto foi exigido por presunção, verifico que conforme processo de investigação fiscal (fls. 16 a 38), a empresa inscrita no SIMBAHIA foi desenquadrada deste regime de apuração do ICMS, em decorrência de irregularidades constatadas no seu aspecto constitutivo. Em decorrência do seu desenquadramento o imposto foi apurado pelo regime normal, tendo sido deduzido os valores recolhidos no regime Simplificado. Este procedimento é previsto nos artigos 15 a 22 da Lei nº 7.357/98 e não configura exigência do imposto por presunção, o que será aquilatado na apreciação do mérito.

Por tudo que foi exposto, não acato as nulidades suscitadas.

No mérito, o Auto de Infração trata da exigência do ICMS apurado pelo regime NORMAL, em decorrência do desenquadramento do contribuinte do regime simplificado (SimBahia).

Na defesa apresentada o autuado argumentou que o fato de haver parentesco entre sócios de empresa com objeto idêntico, não caracteriza um grupo de empresas. Da análise dos elementos constantes do processo, verifico que na cópia do processo de investigação, que culminou no desenquadramento do SIMBAHIA, cujas cópias foram juntadas pela autuante às fls. 16 a 38, foi apurado:

- a) Janice de Almeida Cardoso, sócia da Eletronox Comercial Ltda é irmã de Maria da Conceição Gomes Valente que é sócia da Cold Air Comercial Ltda (fl. 21), ambas as empresas tinham como atividade econômica principal o comércio varejista de máquinas, aparelhos e equipamentos;
- b) Conforme descrição às fls. 18 a 27, as diversas empresas inscritas no regime simplificado, Cold Air Comercial, Eletronox Comercial, G. Cardoso Comercial, Cardoso Valente Comercial, São Marcelo Comercial e M e J Comercial Ltda, todas inscritas no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, têm como sócios, irmãos, filhos, parentes e empregados da titular da Cold Air Comercial Ltda, a Srª Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, inclusive residindo na sua maioria no mesmo endereço (vide fls. 23/24);
- c) Conforme descrito nas fls. 29 e 30, a titular da empresa Eletronox Comercial Ltda, Janice de Almeida Cardoso, na alteração contratual de 10/03/06 tinha participação de R\$5.000,00 no capital da empresa, tendo na alteração de 14/12/05, aumentado a sua participação para R\$49.000,00 em decorrência da saída do sócio Lucas Gomes Cardoso. Da análise da Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física (DIRPF), foi constatada a falta de capacidade econômica para integralizar R\$40.000,00 que foi registrada na DIRPF como empréstimo da sua irmã Maria da Conceição Gomes Valente que é titular da Cold Air Comercial Ltda.

Conforme demonstrativos constantes da fl. 33, foi apurado Receita Bruta de R\$ 2.527.747,31 e R\$3.091.415,99 das empresas Cold Air Comercial, Eletronox Comercial, G. Cardoso Comercial e São Marcelo Comercial Ltda, respectivamente nos exercícios de 2002 e 2003, e de R\$2.166.930,71 no exercício de 2004, com a exclusão da receita relativa a São Marcelo Comercial e inclusão da receita de Cardoso Valente Comercial Ltda.

Tendo a fiscalização apurado Receita Bruta em montante superior ao limite estabelecido de R\$1.200.000,00 por exercício (art. 384-A, II do RICMS/BA) nos exercícios de 2002 a 2004, foi considerado que as empresas acima citadas, integram o grupo (Cold Air) de responsabilidade de Maria Conceição Gomes Cardoso Valente, por falta de comprovação de capacidade econômico-financeira da titular Janice de Almeida Cardoso. Logo, não pode ser acatado o argumento defensivo de que as empresas foram constituídas com a ajuda de Maria da Conceição Gomes

Cardoso Valente, a irmã, filho e empregados, visto que, restou comprovado nos autos que estas pessoas não possuíam capacidade econômico-financeira para constituir empresas e de fato eram geridas pela titular da Cold Air, contrariando as regras estabelecidas para usufruir dos benefícios concedidos às empresas integrantes do SIMBAHIA.

Pelo exposto, restou comprovado que no momento que optou pelo enquadramento da empresa no regime SIMBAHIA, foi utilizada declaração falsa, visto que as empresas foram constituídas com interposição de pessoas que não eram sócios efetivos ou proprietários, e é correta a exigência do ICMS apurado pelo regime normal, em conformidade com o disposto nos art. 408-P e 408-S do RICMS/BA.

Quanto à alegação de que não se justifica no cálculo do imposto a concessão de crédito fiscal apenas 8%, quando a alíquota interestadual é de 12%, ressalto que as disposições regulamentares que amparam a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SIMBAHIA são previstas nos artigos 15, II e IV e 22, IV da Lei nº 7.357/98, mediante a concessão de crédito de 8% no cálculo do imposto a recolher, sendo assegurado a utilização de crédito em valor diferente, caso o contribuinte comprove a existência de crédito fiscal superior ao previsto de 8% (art. 19, §§1º e 2º) na aplicação do cálculo do imposto a recolher. Conforme ressaltado pela autuante na informação fiscal, a maioria das compras efetuadas pelo estabelecimento autuado, é feita em Estados localizados na Região Sudeste, cujo crédito é de 7%. Logo, não acato tal alegação, tendo em vista que o autuado não comprovou a existência de crédito fiscal em montante superior ao que foi concedido, conforme previsto na legislação do ICMS.

Com relação ao argumento de que não foi indicada a base de cálculo do tributo exigido, constato que o demonstrativo juntado à fl. 5 já indicava a apuração daquele valor, não tendo sido grafado apenas no Auto de Infração e Demonstrativo de Débito. Por determinação desta Junta de Julgamento (fl. 76), a autuante juntou à fl. 85 um novo demonstrativo de débito, refeito com base no original, no qual indicou a base de cálculo correta. Por sua vez, a Inspetoria Fazendária reabriu o prazo de defesa e não tendo obtido êxito com a intimação para cientificação do resultado da diligência por meio dos Correios em Aviso de Recebimento, o contribuinte foi intimado por meio de edital de intimação nº 73/08 publicado no Diário Oficial de 13/05/08 (fl. 87). Não tendo se manifestado no prazo legal concedido (30 dias), considero correta a base de cálculo indicada no demonstrativo elaborado pela autuante.

Relativamente ao argumento de que com o desenquadramento do SIMBAHIA, a autuação não contemplou os valores pagos conforme DAEs juntados com a defesa às fls. 50 a 60, constato que conforme contestou a autuante, os pagamentos efetuados referem-se:

- 1) Honorários de cobrança extrajudicial do Auto de Infração 147072.0009/04-0 (fl. 50);
- 2) Honorários de cobrança extrajudicial – Doc. 800000.0836/06-4 (fl. 52);
- 3) ICMS-AI/DE/NF/DD/COB. EXTRAJUDICIAL – Doc. 800000.0836/06-4 (fl. 54);
- 4) ICMS-AI/DE/NF/DD/COB. EXTRAJUDICIAL – Doc. 147072.00009/04-0 (fl. 56);
- 5) Honorários de cobrança extrajudicial - Doc. 800000.0836/06-4 (fl. 57);
- 6) ICMS – EPP – outubro/2006 (fl. 60).

Constato que os comprovantes de pagamentos efetuados referem-se a pagamentos do exercício de 2006, que não foi autuado; pagamento de parte do Auto de Infração nº 147072.0009/04-0, que não afeta o levantamento fiscal. Quanto aos valores relativos ao ICMS apurado no período de maio a dezembro de 2003, conforme ressaltado pela autuante, foram considerados no demonstrativo à fl. 9 (ICMS recolhido-2003) e deduzido do ICMS a recolher apurado neste exercício. Portanto, não acato tal alegação.

Dante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.^o 110120.0005/07-3, lavrado contra **ELETRONOX COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$214.992,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.^o 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR