

A. I. Nº - 110120.0003/07-0
AUTUADO - COLD AIR COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08.06.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0144-01/09

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Restou comprovado que a empresa foi constituída com a utilização de declaração falsa, conforme resultado de investigação fiscal, sendo correto o seu desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS–SimBahia e, por conseqüência, a apuração do imposto pelo Regime Normal de Apuração. Não acatadas as preliminares de nulidade suscitadas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/07, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 196.371,27, acrescido de multa de 60%, por ter recolhido a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004. Consta na “Descrição dos Fatos”, que a empresa faz parte do Grupo Cold Air e foi alvo de investigação fiscal, conforme documentação juntada aos autos, no curso da qual foram constatadas várias irregularidades, culminando com o desenquadramento da empresa do regime SimBahia, com base no art. 408-L, II e IV do RICMS/BA, para o regime Normal. Consta, ainda, que efetuado o desenquadramento, foi apurado que a empresa tem ICMS a recolher no exercício de 2002 no valor de R\$ 69.192,52; exercício de 2003 no valor de R\$ 68.380,03 e no exercício de 2004 no valor de R\$ 58.798,72, tudo conforme demonstrativos anexos cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 41 a 46), afirmando que a autuação está comprometida 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.

Acrescenta 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 caracterizarem um grupo de empresas para sonegação, motivo pelo qual requer a nulidade do Auto de Infração.

Atacando o mérito, diz que pelos dois únicos dispositivos indicados como infringidos, os incisos II e IV do art. 408 – L do RICMS vigente, que reproduz, 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.

No que concerne 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, pois, a empresa autuada é de Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, que é titular de 332.500 cotas, e de Judite Cardoso da Silva, que possui 17.500 cotas. Diz que, como se vê, a primeira sócia detém mais de 90% do capital, sendo essa sócia que é acusada de utilizar laranjas. Afirma que não se pode coerentemente manter a acusação, pois, a dona e controladora da sociedade é Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente.

Sustenta que, mesmo na lógica da autuação, a Cold Air não deveria ser autuada, e sim as outras empresas que não têm Maria da Conceição como sócia, sendo evidente a incoerência da tese da autuação.

Afirma que se trata de mera presunção, sem origem legal e sem condição de conduzir às conclusões que inspiraram a autuação fiscal. Diz que a Cold Air foi criada em 08/11/82, dela não fazendo parte Maria da Conceição, que só ingressou nela em 26/03/97, substituindo o seu esposo.

Assevera que não há como dizer que a empresa é fictícia, que os seus sócios são fictícios, pelos menos nem a empresa nem as suas sócias poderiam ser tidas como fictícia, dentro do raciocínio da autuação, pois somente poderiam ser fictícias as sociedades que lhe seguiram.

Registra que a investigação fiscal pautou-se pelo ódio nutrido pela ex-empregada Selma Maria dos Santos Batista, que comprovadamente fraudou os recolhimentos do ICMS da empresa, apossando-se dos valores alheios.

Continuando, aponta erros no cálculo do tributo, dizendo 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\$69.192,52 e, que este cálculo não procede. Acrescenta que não se justifica que no cálculo de crédito se aplique apenas 8%, quando se sabe que a alíquota interestadual é de 12%.

No respeitante ao crédito de ICMS pago 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\$84.503,99, R\$57.800,61 e R\$14.143,22. Diz que tais valores devem ser deduzidos do ICMS devido nos respectivos períodos.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração e se por economia processual, for examinado o mérito da autuação, a sua improcedência.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 68 a 70), esclarecendo, inicialmente, que a empresa foi autuada por desenquadramento da condição de empresa inscrita no regime SimBahia para o regime Normal. Diz, ainda, que o desenquadramento foi baseado no resultado do relatório da investigação fiscal, anexada às fls. 15 a 37, que concluiu pela exclusão do contribuinte do regime SimBahia para o regime normal, de acordo com o artigo 408- L, II e IV do RICMS/BA.

Esclarece também 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), apresentado pelo próprio contribuinte. Acrescenta que, sobre o valor do item "Vendas de mercadorias e/ou produção" constante na DME foi calculado débito do ICMS de 17% e crédito de 8%, sendo deduzido do resultado obtido os valores do ICMS empresa de pequeno porte e ICMS antecipação pagos pelo contribuinte.

No que concerne à alegação defensiva de que não foram deduzidos do ICMS devido os valores de R\$ 84.503,99, R\$ 57.800,61 e R\$ 14.143,22, referentes ao pagamento do Auto de Infração n. 2069910018/05-5, lavrado em 30/09/2005, esclarece que o referido Auto de Infração apontou diversas irregularidades, conforme expõe:

Infração 01- Omissão de saídas apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2003 e 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 44.508,34;

Infração 02- Falta de pagamento do ICMS antecipação parcial nos meses de março a setembro de 2004, no valor de R\$ 102.289,38;

Infração 03- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas no valor de R\$ 4.360,53;

Infração 04 - Recolhimento a menos do ICMS por erro na apuração do ICMS na condição de empresa de pequeno porte, no valor de R\$ 4.262,45;

Infração 05- Multa por falta de apresentação de livros fiscais no valor de R\$ 79,42.

Acrescenta que o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, conforme o Acórdão JJF n. 0345-04/06, ficando as infrações reduzidas da seguinte forma:

Infração 01 – Passou de R\$ 44.508,34 para R\$ 40.659,71;

Infração 02 – Passou de R\$ 102.289,39 para R\$ 89.223,46;

Infração 03- Passou de R\$ 4.360,53 para R\$ 3.152,39;

Infração 04 - Passou de R\$ 4.262,45 para R\$ 3.221,36;

Infração 05 – Foi mantida a multa de R\$ 79,42.

Informa a autuante que o débito acima referido foi totalmente quitado, conforme DAEs anexos às fls. 48 a 50.

Prosseguindo, afirma que dos itens de autuação acima citados, apenas a infração 02 – falta de pagamento da antecipação parcial -, deveria ter sido deduzido da presente autuação, no exercício de 2004. Registra que, considerando o valor de R\$ 89.223,46, recolhido a título de antecipação parcial deixa de existir a exigência referente ao exercício de 2004, ficando o débito exigido originalmente no Auto de Infração no valor total de R\$ 196.371,27 para R\$ 137.572,59.

Conclui mantendo a autuação no valor apontado acima.

Intimado o contribuinte(fl. 71/72), para ciência sobre a informação fiscal, este se manifesta às fls. 75/76, dizendo que, apesar de a autuante admitir a improcedência da autuação referente ao exercício de 2004, não admite, de forma injustificada, a dedução das outras parcelas quitadas, haja vista que o Auto de Infração em lide fez o levantamento por exercício, segundo as regras do ICMS normal, o que exige que todos os recolhimentos de ICMS feitos, independentemente do tipo de infração, deve ser compensado do levantamento total feito por exercício completo. Pede que as demais parcelas sejam compensadas.

Continuando, afirma que os demais itens da defesa, no caso, os itens 02-Nulidade da autuação fiscal; 03 –Improcedência do Auto de Infração; 04-Erros no cálculo do tributo, não foram

contestados pela autuante, valendo dizer que em tais itens a defesa é procedente, diante do silêncio da informação fiscal.

Reitera quanto aos itens acima referidos os termos da defesa inicial, requerendo que seja decretada a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência.

A autuante se pronunciou à fl. 79, dizendo que confirma o teor da informação fiscal prestada às fls. 68 a 70, e ainda acrescentando que, não houve erro de cálculo do tributo, conforme alegado pelo defendente no item 04(fl. 45). Esclarece que a base de cálculo referente ao exercício de 2002, apontada no demonstrativo do Auto de Infração(fl. 01 e 03) como zerada, em decorrência de um problema no sistema de emissão do Auto de Infração, tem por valor R\$ 407.014,82, ficando o demonstrativo conforme abaixo:

31/12/2002 – 407.014,81 X 17% = 69.192,56

31/12/2003- 402.235,47 X 17%= 68.380,03

31/12/2004- 345.874,82 X 17%= 58.798,72

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em Pauta suplementar, converteu o processo em diligência (fl. 82), a fim de que a autuante elaborasse novo demonstrativo de débito, excluindo a exigência referente à ocorrência de 31/12/2004, reconhecida na informação fiscal como indevida e, posteriormente, fosse dada ciência ao autuado, inclusive sobre a informação fiscal prestada sobre o erro da base de cálculo do exercício de 2002.

Cumprindo a diligência a autuante se pronunciou à fl. 85, esclarecendo que os valores devidos pelo autuado dizem respeito aos exercícios de 2002 e 2003, respectivamente, nos valores de R\$ 69.192,52 e R\$ 68.380,03, conforme demonstrativos que apresenta.

Intimado o contribuinte para conhecimento do resultado da diligência(fl. 89/90), este acusa o recebimento, contudo, silencia.

VOTO

A princípio, no que concerne à nulidade argüida pelo autuado por ter sido a intimação feita à pessoa estranha, verifico que, muito embora não conste nos autos a relação jurídica existente entre a pessoa da senhora Fátima Maria Neves Gomes, que tomou ciência do Auto de Infração, com a empresa autuada, é certo que houve por parte da empresa a outorga para representação ao Dr. Johnson Barbosa Nogueira com finalidade de impugnar o lançamento de ofício, o que foi feito tempestivamente, comprovando que o autuado tomou conhecimento da autuação a partir do momento que apresentou sua defesa, inexistindo cerceamento ao seu direito de defesa e do contraditório.

No respeitante a inexistência de dispositivo legal aplicável à infração, constato que o enquadramento indicado e o dispositivo legal da multa aplicada, se coadunam com a descrição dos fatos, onde foi complementado com a indicação dos dispositivos infringidos, no caso art. 408 L do RICMS/BA e descrição dos fatos. Certamente, todos esses elementos possibilitaram a compreensão da infração imputada ao autuado, tanto que o impugnante apresentou alegações e documentos, no intuito de tentar provar a improcedência da infração, valendo dizer que, este compreendeu e se defendeu do que estava sendo acusado.

Quanto à alegação de que o imposto foi exigido por presunção, constato que, conforme processo de investigação fiscal (fls. 15 a 37), a empresa se encontrava enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, sendo desenquadrada, em decorrência de irregularidades constatadas no seu aspecto constitutivo.

No caso, em decorrência do desenquadramento, o imposto foi apurado com observância do Regime Normal de Apuração, tendo sido deduzido os valores recolhidos pelo Regime Simplificado

de Apuração-SimBahia, bem como os valores referentes à antecipação parcial. A fundamentação legal para adoção de tal procedimento se encontra previsto nos artigos 15 a 22 da Lei nº 7.357/98, não sendo caso de presunção conforme alegado pelo impugnante, mas sim de situação fática constatada na investigação fiscal levada a efeito pela Inspetoria de Inteligência Fiscal – INFIP.

Rejeito, portanto, as nulidades argüidas.

No mérito, a exigência diz respeito ao ICMS apurado pelo Regime Normal de Apuração, em decorrência do desenquadramento do contribuinte do Regime Simplificado-SimBahia.

Do exame dos elementos acostados aos autos, verifico que na cópia do processo de investigação, que culminou no desenquadramento do SimBahia, cujas cópias foram juntadas pela autuante às fls. 15 a 37, foi apurado dentre outros fatos os seguintes:

1. Conforme consta às fls. 19 a 33, as diversas empresas optantes pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, 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 Sr^a Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, inclusive residindo na sua maioria no mesmo endereço.
2. De acordo com a descrição contida à fl.36, concluiu-se na investigação que as empresas Cold Air Comercial Ltda., Eletronox Comercial, G. Cardoso Comercial, Cardoso Valente Comercial, e M & J Comercial Ltda., foram constituídas com a utilização de filhos e parentes da MARIA DA CONCEIÇÃO GOMES CARDOSO VALENTE e empregados de empresas do grupo sob análise, como interpostas pessoas no quadro societário com o objetivo de se beneficiarem do Sistema SimBahia, pois o faturamento total do grupo excede o valor estabelecido para o enquadramento como empresa de pequeno porte – R\$ 1.200.000,00(hum milhão e duzentos mil reais)para os exercícios de 2002 a 2004.

Em conformidade como os demonstrativos constantes à fl. 32, foi apurada 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.

Em decorrência de ter sido apurada 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 dos sócios, não podendo ser acatado o argumento defensivo, de que deve ser dissociado o autuado das demais empresas, pois, 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 optantes pelo Regime Simplificado SimBahia.

Assim, restou comprovado que no momento que optou pelo enquadramento da empresa no regime SimBahia, o autuado utilizou declaração falsa, tendo em vista que as empresas foram constituídas com interposição de pessoas que não eram sócios efetivos ou proprietários, sendo correta a exigência do ICMS apurado pelo regime normal, em conformidade com o disposto nos art. 408-P e 408-S do RICMS/BA.

No que concerne 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%, observo que as disposições 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 superior, caso o contribuinte comprove a sua existência, conforme previsto no art. 19, §§1º e 2º, na aplicação do cálculo do imposto a recolher. Portanto, descabe a alegação defensiva, haja vista que não comprovou a existência de crédito fiscal em montante superior ao que foi concedido, conforme previsto na legislação do ICMS.

Relativamente 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. Consigno que, por solicitação desta Junta de Julgamento, a autuante juntou um novo demonstrativo de débito, consignando o valor da base de cálculo no exercício de 2002, tendo a Repartição Fazendária intimado o contribuinte que acusou o recebimento, porém, silenciou.

No respeitante ao argumento de que com o desenquadramento do SimBahia a autuação não contemplou os valores pagos conforme DAEs juntados com a defesa, constato que a autuante acertadamente acata apenas o valor do imposto pago por antecipação parcial, haja vista que as saídas posteriores das mercadorias foram objeto da autuação conforme a declaração de vendas na DME. Assim, com o acatamento do valor recolhido de R\$ 89.223,46, referente ao exercício de 2004, este item da exigência fiscal é insubsistente.

Quanto aos demais pagamentos alegados pelo autuado, constato que se referem à parte do Auto de Infração nº 2069910018/05-5, que não afeta o levantamento fiscal. Observo, ainda, que a autuante ao realizar o levantamento fiscal considerou os valores pagos pelo autuado na condição de empresa de pequeno porte.

Diante do exposto, a autuação prevalece quanto aos exercícios de 2002 e 2003, no valor total de R\$ 137.572,55, sendo parcialmente subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110120.0003/07-0**, lavrado contra **COLD AIR COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$137.572,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR