

A. I. N.º - 147324.0012/06-9
AUTUADO - LUME COMÉRCIO DE MODA
AUTUANTE - AIDA HELENA VASCONCELOS VALENTE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05/12/2006

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0351-03/06

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. RECOLHIMENTO A MENOS O IMPOSTO. Comprovado a ocorrência de fraude no enquadramento da empresa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/06/2006, refere-se ao recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 235.923,87, com aplicação da multa de 60%, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência de fatos que deram origem ao desenquadramento. Consta na descrição dos fatos que houve desenquadramento de ofício, decorrente de infração cometida pelo autuado, da condição de participante do Regime Simplificado do ICMS (SIMBAHIA), para a condição de normal, sendo exigido o imposto com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao incorreto enquadramento, de acordo com o que determina o artigo 408-P, incisos II, III, IV, VII do art. 408-L e art.408-S do RICMS-BA, e que os fatos ensejadores do desenquadramento são objeto do processo de investigação fiscal do GRUPO PACTO FEDERAL, anexo ao PAF.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 69 a 70, através de advogado, argüindo inicialmente, que a empresa autuada integrava juntamente com outras pessoas jurídicas, um grupo de empresas administradas pela família do Sr. Altamiro Lopes da Silva, que foi denominado GRUPO PACTO FEDERAL, tendo em vista ser este o nome de fantasia sob o qual gravitavam os estabelecimentos comerciais respectivos, em decorrência de um eventual “contrato de franquia”. Diz que se vislumbra do brilhante relatório resultante da investigação realizada pela INFIP, a maioria dessas empresas foram constituídas por interpostas pessoas (funcionários das mesmas e parentes dos administradores), sob o comando de Altamiro Lopes da Silva, Rosângela de Souza e Altamir Ribeiro Lopes, visando, inicialmente, desviar a responsabilidade tributária, comercial e trabalhista da pessoa de seus verdadeiros sócios, ou seja, os já referidos administradores, através de um processo fraudulento de sucessão comercial. Declara que posteriormente, esses administradores, no intuito de obter indevidamente a redução de seu passivo tributário através do enquadramento das empresas no Regime Simplificado do SIMBAHIA, criaram novas pessoas jurídicas e atrelaram essas ao nome fantasia PACTO FEDERAL, sob a teórica existência de um contrato de franquia. Acrescenta que conforme conclui o aludido relatório, produzido pela investigação da INFIP, os administradores acima citados, ao longo dos últimos anos, vinham desenvolvendo uma gestão temerária, fundada em atos fraudulentos, envolvendo terceiros de boa-fé, e portando-se de maneira irresponsável diante da função social da empresa, cujos fundamentos encontram-se calcados na geração direta e indireta de riquezas e emprego. Salienta

que os referidos administradores perderam o controle de seus atos, levando as empresas a situação de insolvência e que pretendendo continuar administrando as empresas que se mostravam mais lucrativas e temendo uma reação em cadeia dos sócios (empregados e parentes), quando estes começassem a responder pelas conseqüências da gestão incompetente e fraudulenta, não encontrando outra saída aceitaram a proposta do Sr. Gualter Alberto de Melo, para a aquisição das empresas, este último, por sua vez não tinha conhecimento do passivo oculto resultante dos atos ilícitos daqueles administradores. Diz que conforme se depreende do Relatório Cadastral da Sefaz (fl. 19 e 20), e seu Anexo I (fls. 19/22), em novembro de 2005 o Sr. Gualter Alberto de Melo, adquiriu, através de contrato de cessão onerosa de cotas sociais e compra e venda de fundo de comércio, as quotas sociais e o fundo de comercio da empresa ora autuada, bem como outras 20 (vinte), que juntamente com esta foram autuadas com base no mesmo relatório cadastral. Acrescenta que no intuito de legalizar a existência do grupo, sob a mesma gestão e quadro societário real, o Sr. Gualter Alberto de Melo iniciou o processo de alteração dos respectivos contratos sociais junto à JUCEB, principiando imediatamente pela empresa TULIPA COMÉRCIO DE MODA LTDA., que detém a maioria das cotas e administração. Diz que tão logo obteve o registro de alteração contratual, ansioso por iniciar o processo de regularização dos débitos tributários das empresas que havia adquirido, obteve dos antigos administradores o subestabelecimento das procurações que estes detinham, outorgadas pelos anteriores “sócios” das empresas, iniciando no prosseguimento à alterações dos demais contratos sociais. Aduz que de posse das aludidas procurações, apresentou-se à Inspetora da Infaz Varejo, informando os fatos anteriormente narrados e pretendendo iniciar o processo de regularização dos débitos fiscais, quando foi informado sobre o Relatório Cadastral da referida empresa, e o que parecia um bom negócio revelou-se um pesadelo que o levaria num primeiro impulso a querer rescindir o contrato em ação judicial, porem já estava há 03 meses na administração das empresas e estreitando o contato com 135 funcionários contratados que precisavam ser conservados. Elenca as 20 empresas adquiridas (fls. 64 e 65) que também foram autuadas pela SEFAZ. Diz que não tomou posse do fundo de comércio de uma das empresas adquiridas a CAPANEMA COMÉRCIO DE MODA LTDA. Aduz que o representante legal do autuado adquiriu as empresas do GRUPO PACTO FEDERAL, de boa-fé e que apresentou-se voluntariamente à SEFAZ, buscando restabelecer a regularização fiscal das empresas por ele adquiridas, efetuando o parcelamento através de denúncia espontânea no valor total de R\$ 461.843,29. Requer que o valor correspondente ao referido parcelamento seja abatido do Auto de Infração ora impugnado. No mérito, diz que a obrigação tributária assenta-se sobre três elementos: fato gerador, tributo e sujeitos ativo e passivo. Acrescenta que a figura do devedor na relação jurídica tributária pode ser tanto o contribuinte quanto o responsável tributário. Define o conceito de contribuinte e responsável, citando o artigo 121, parágrafo único, inciso I e 128 do CTN. Salienta que duas são as modalidades de responsabilidade tributária: por sucessão e por transferência. Entende o embargante que o presente Auto de Infração, com fundamento no artigo 135, II do CTN, deve ser redirecionado a quem de direito, ou seja, os antigos administradores. Reproduz o citado mandamento legal e ensinamentos do Professor José Jaime de Macedo e Aliomar Baleeiro para fortalecer suas alegações. Diz que o enquadramento do embargante no SIMBAHIA se deu por ato fraudulento de seus antigos administradores, praticados com excesso de poderes e infração à lei, objetivando a satisfação de interesses pessoais e violando os elementos caracterizadores da personalidade jurídica do defendente. Salienta que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, inicialmente positivada pelo artigo 135 do CTN e posteriormente pelo artigo 50 do CC, além de consagrada pela doutrina e jurisprudência visa especialmente a proteção da integridade da personalidade jurídica das sociedades, com fundamento nos seus elementos caracterizadores. Ressalta que a própria SEFAZ, através do Relatório Cadastral que fundamentou o desenquadramento do embargante do Regime SIMBAHIA, em suas considerações finais, reconhece a prática de atos fraudulentos pelos antigos administradores, a quem deveria ser

imputada a exigência fiscal. Salaria que embora não se refira ao mérito da causa, não deve ser atribuída responsabilidade de todos os débitos fiscais das empresas do GRUPO PACTO FEDERAL, independentemente dos fatos jurídicos que deram origem ao Auto de Infração ao novo proprietário Sr. Gualter Alberto de Melo, pelo simples fato deste ter adquirido de boa-fé, as cotas sociais e fundo de comércio de parte das empresas que constituíam o GRUPO PACTO FEDERAL e que dessa maneira a SEFAZ está indevidamente transferindo a responsabilidade de atos ilícitos para aqueles que nada praticaram, enquanto os verdadeiros agentes escapam incólumes à responsabilidade tributária e penal pelo que praticaram. Entende que tal procedimento é um incentivo à prática de outros ilícitos fiscais pelos referidos senhores, que desta forma sairão premiados pela impunidade e pelo locupletamento ilícito, provenientes de ganhos obtidos em prejuízo das pessoas jurídicas que administravam, do fisco e de terceiros de boa-fé. Conclui, requerendo o desconto no presente Auto de Infração, do respectivo valor denunciado e parcelado no PAF 056570.2006-4, e que com fulcro no artigo 135, II do CTN o redirecionamento do débito fiscal a quem de direito deve responder por eles, ou seja, os antigos administradores.

A autuante por sua vez, prestou informação fiscal (fls. 88 e 89), arguindo que com relação a primeira solicitação do autuado, na planilha referente ao desenquadramento do SIMBAHIA, (fls. 10/13), nas colunas ICMS RECOLHIDO E/OU CONSTITUÍDO E ANTECIPAÇÃO PARCIAL RECOLHIDA, foram considerados todos os tributos pagos ou débitos de ICMS existentes, provenientes de Auto de Infração/ Denúncia Espontânea. Diz que está acostando à informação fiscal, levantamento discriminando os valores das colunas acima citadas (fl. 90), como também, cópias dos Demonstrativos de Débitos existentes apenas no exercício de 2005, e relação de DAES, utilizados quando do procedimento fiscal. Acrescenta que o PAF 056570.2006-4 de 18/04/06 (fls. 90/91), citado pelo defendente, trata-se de requerimento referente ao pedido de levantamento de débitos existentes de empresa do GRUPO PACTO FEDERAL. Declara que foi deferido em 31/05/2006 o parcelamento para a empresa LUME COMÉRCIO DE MODA LTDA., abrangendo aos Autos de Infração e Denúncia Espontâneas de n.ºs. 60000071/05-7, 600000672/05-3, 8000000356/0-4 3 800000055/05-8, os quais já foram considerados pela autuante quando da apuração dos débitos tributários que originaram a lavratura do Auto de Infração, ora impugnado, e que é insubsistente o pedido do defendente. Quanto à solicitação de redirecionamento do débito fiscal, diz que deixa à apreciação dos órgãos julgadores. Conclui, mantendo integralmente a exigência fiscal.

A Diretoria de Administração Tributária (DAT-METRO), intimou o autuado para que se manifestasse sobre a informação fiscal produzida pelo autuante, no prazo de 10 dias (fl. 102), entretanto, o defendente permaneceu silente.

VOTO

O Auto de Infração em lide, exige ICMS pelo recolhimento a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência de fatos que deram origem ao desenquadramento.

Da análise das peças processuais, verifico que o sócio atual da empresa autuada Sr. Gualter Alberto de Melo, alega em sua defesa que adquiriu as cotas dos administradores anteriores de boa-fé, sem atentar para o fato de que existia uma investigação promovida pela SEFAZ-BA, para apurar possíveis fraudes praticadas para o enquadramento no Regime Simplificado do SIMBAHIA pelos antigos sócios. Não acato suas argumentações defensivas, tendo em vista que o adquirente responde integralmente pelos débitos fiscais constituídos na aquisição de empresas ou fundo de comércio conforme preceitua o artigo 133 I do CTN que trata de responsabilidade por sucessão.

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e

continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;.

No mérito, o desenquadramento de ofício levado a efeito está amparado nos artigos 408-L, 408-P e 408-S, o qual transcrevo abaixo:

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

II - que optar pelo enquadramento no Regime utilizando-se de declarações inexatas ou falsas;

IV - constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;

VII - que, comprovadamente, prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação.

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.

Ademais, as irregularidades fiscais foram comprovadas através de investigação, promovida pela IFINP, cujo relatório encontra-se acostado ao processo (fls. 57 a 111).

Com relação ao pedido de exclusão dos valores exigidos no presente Auto de Infração, que foram parcelados através dos documentos n 60000071/05-7, 600000672/05-3, 8000000356/0-4 3 800000055/05-8, constato que a autuante considerou os valores pagos no cálculo do imposto devido, conforme se verifica nos demonstrativos acostados ao processo juntamente com a informação fiscal (fls. 89/90), cuja cópia o autuado teve ciência e não se manifestou.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº147324.0012/06-9**, lavrado contra **LUME COMÉRCIO DE MODA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 235.923,87**, com aplicação da multa de 60%, prevista no artigo 42, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

