

PROCESSO - A. I. 147324.0013/06-5
RECORRENTE - FACTUAL COMÉRCIO DE MODA LTDA. (FACTUAL MODAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JFJ nº 0340-04/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08/05/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0139-12/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Correta a decisão que após constatar que a opção pelo regime SIMBAHIA ocorreu com a interposição de pessoas que não eram efetiva sócia ou proprietária, o imposto deve ser apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, desde a ocorrência do fato que ensejou o desenquadramento, conforme determina a legislação. Infração grave perfeitamente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JFJ que julgou Procedente o Auto de Infração que foi lavrado para exigência de ICMS multa de 60% pelo recolhimento a menos em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SimBahia o contribuinte interpõe o presente recurso que passamos a relatar:

O voto do Sr. relator de 1ª Instância comenta inicialmente, de forma detalhada, os requisitos necessários para o enquadramento de um contribuinte no Regime denominado SimBahia. Após análise do presente PAF constatou que a INFAZ/Varejo havia excluído de ofício todas as empresas no denominado Grupo Pacto Federal, (fl. 21 a 23) com base no RELATÓRIO CADASTRAL GRUPO PACTO FEDERAL, contido em um envelope acostado aos autos onde está colocado o resultado de apuração feita por aquele órgão e que entendeu haver : indícios de constituição de empresas com interposição de sócios fictícios; simulação de contrato de franquia e de locação com propósito de possibilitar o enquadramento indevido de empresas no SimBahia. Observa aquela autoridade julgadora que o procedimento da inspetoria não foi objeto de impugnação do autuado. Entende que o procedimento se encontra amparado nos incisos II e IV do artigo 15, combinado com o artigo 19 e inciso IV do artigo 22, todos da Lei nº 7.357/98, que transcreve. Salaria que o autuado na peça defensiva, não questiona o resultado do relatório e a própria exclusão de ofício das do Regime Simplificado do SimBahia, alegada apenas que “o crédito tributário constituído nos diversos Autos de Infrações lavrado devem ser redirecionados para os antigos administradores, e que teria adquirido as empresas sem ter conhecimento da existência dos débitos. Entende que tal argumento não pode ser acolhido, *“pois mesmo não tendo conhecimento do débito existe, ao adquirir as empresas o autuado assumiu o risco do negócio, seus ativos e passivos, inclusive os tributários, tendo conhecimento que, de acordo com o Código Tributário do Estado da Bahia, o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*. Em relação ao pedido para que seja abatido do ICMS exigido no presente Auto de Infração, o valor débito apurado no parcelamento realizado através do PAF nº 056.570.2006-4, observa que o mesmo já foi considerado pelo autuante quando realizou os demonstrativos, conforme pode ser observado na “PLANILHA REFERENTE AO DESENQUADRAMENTO DO SIMBAHIA”, folhas 10, 14 e 18 dos autos, nas colunas “ICMS RECOLHIDO E/OU CONSTITUÍDO” e “ANTECIPAÇÃO PARCIAL RECOLHIDA E/OU CONSTITUÍDA”, tendo a autuante elaborado nova

planilha à folha 59, além de extratos do sistema INC-Informações do Contribuinte – Demonstrativos de Débitos às folhas 60, 61 e 62, os quais foram entregue cópia ao autuado, sendo aceitos tacitamente, uma vez que não apresentou nenhuma impugnação sobre os mesmos.” Vota pela procedência do Auto de Infração.

O contribuinte apresenta sua peça recursal fundamentando-a no “*conceito de responsabilidade fiscal e na teoria da desconsideração da personalidade jurídica*”. Comenta a respeito dos elementos em que se assenta a obrigação tributária em particular sobre a sujeição passiva no que diz respeito a responsabilidade de terceiros e cita os artigos 128, 129, 133, 134 e 135 do CTN entendendo que este último trata da “*desconsideração da personalidade jurídica*”. Repete o argumento já apresentado quando da impugnação de que com base no inciso III do art. 135 do CTN, o presente Auto de Infração deve ser redirecionado a quem de direito deve responder, ou seja, aos antigos administradores desta, Srs. Altamirando Lopes da Silva, Rosângela de Souza e Altamir Ribeiro Lopes. Transcreve trechos de comentários doutrinários a respeito do tema. Insiste no argumento de que o fundamento legal da sua defesa é o art. 135 do CTN que “*prevê a responsabilidade por substituição ante a desconsideração da personalidade jurídica do contribuinte face a ato ilícito de seus mandatários e administradores*”

Questiona: “*como pode, em detrimento da inteligência do artigo 135 do CTN, autuar indevidamente o recorrente e as outras empresas ali relacionadas, quando deveria ter autuado os referidos administradores e ainda pior: como pode a 4ª JJJ se equivocar na interpretação dos fundamentos da defesa que pretende o redirecionamento da responsabilidade tributária para os autores do ato ilícito com base na aplicação do artigo 135, II do CTN à conclusão do relatório da INFIP, quando são cristalinos aos termos dos embargos, o texto legal e, ainda mais claro e unânime a interpretação doutrinária a respeito?*” Conclui renovando o pedido para que haja um redirecionamento do débito fiscal.

A Sra. procuradora em seu Parecer refere-se à existência de outros processos contra o mesmo grupo empresarial e que por este fato deve trazer à baila um Parecer do Procurador José Augusto Martins Filho que comenta a respeito da Responsabilidade tributária dos mandatários com referências ao art. 135 do CTN e de onde destacamos “*breve análise da conduta descrita pelo recorrente utilizada como razão principal para transladar a responsabilidade tributária em apreço para os mandatários da empresa, remete-nos à inequívoca ilação de que o ato de requerer à subsunção do autuado ao regime do SIMBAHIA, não foi, nem poderia ser a razão do descumprimento da obrigação tributária em apreço porquanto anterior ao próprio inadimplemento das relações obrigacionais tributárias não havendo nada de ilegal na formulação do pedido, sendo os atos fraudulentos propagados após, isto sim, o pedido de enquadramento.*” E conclui seu parecer afirmando “*apenas para argumentar, mesmo que admitamos a validade da procuração juntada aos autos mesmo assim não merece guarida a tese recursal, pois conforme pode se verificar do inteiro teor do instrumento de procuração colecionado foi concedido aos mandatários poderes ilimitados de gestão da empresa, não havendo que se falar, desta forma, de atos praticados com excessos de poderes, requisito indispensável para o redirecionamento da responsabilidade tributária, consoante preconiza o art. 135, III do CTN*”. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos pelo Relatório supra, o lançamento que inaugurou o presente PAF foi lavrado para exigir o ICMS e multa em decorrência de desenquadramento do contribuinte do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, designado como SimBahia.

Este Regime Simplificado de Apuração do ICMS – como sabemos e que foi lembrado pelo Sr. Relator na 1ª Instância aplica-se à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante. A lei que o instituiu a 7.357/98, refere-se à facultatividade da sua adoção, bem como condiciona o ingresso de contribuintes a uma série de limitações. Entre estas condicionantes está aquela, lembrada também pelo citado julgador, de que para mensuração da receita bruta anual, para fins de cotejo com os limites legais, “*se a empresa mantiver mais de um estabelecimento ou tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas inscritas em*

cadastros de contribuintes do ICMS, levar-se-á em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas”. Observou também que de acordo § 7º, do artigo 2º, da Lei nº 7.357/98, “o enquadramento no SimBahia é efetuado com base no CNPJ básico, ou seja, no caso de empresa com mais de um estabelecimento, todos devem se enquadrar na mesma condição, sendo que a microempresa poderá ter estabelecimentos com faixas distintas, levando-se em consideração a receita bruta ou o volume de compras de cada um.” Ora, as citações legais trazidas pelo julgador inicial retrata objetivamente o que ocorreu com o autuado antes da opção e, porque ele perdeu o direito à adoção, pois de acordo com os dispositivos mencionados e transcritos – Artigos 2º, § 7º, 6º, IV, 15, II, 19 e 22, IV todos da Lei nº 7.357/98 - ele não poderia optar, perdeu legalmente o direito ao tratamento tributário diferenciado, lhe foi exigido corretamente o imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais e foi excluído de ofício do mencionado regime.

O seu argumento recursal nada mais é do que a repetição do que já havia apresentado quando da impugnação e que foi sobejamente rebatido pelo parecer da PGE/PROFIS. Concordamos, inteiramente, com o Sr. Procurador no sentido de que a conduta descrita pelo recorrente e utilizada para transferir a responsabilidade tributária para os mandatários da empresa não foi, nem poderia ser a razão para o não-cumprimento da obrigação tributária, pois antecedeu ao próprio descumprimento das relações obrigacionais. A fraude ocorreu após a adoção do regime. Também comungamos com o opinativo que por sinal responde ao questionamento apresentado no recurso, de que se considerássemos válida a procuração juntada ao PAF “*mesmo assim não merece guarida a tese recursal, pois conforme pode se verificar do inteiro teor do instrumento de procuração colecionado foi concedido aos mandatários poderes ilimitados de gestão da empresa, não havendo que se falar, desta forma, de atos praticados com excessos de poderes, requisito indispensável para o redirecionamento da responsabilidade tributária, consoante preconiza o art. 135, III do CTN*”.

Acreditamos que estamos diante de uma espécie de evasão fiscal pensada de forma equivocada como se elisão fosse. Restou provada a clara intenção do contribuinte em fraudar a lei concessiva do regime privilegiado por menos preciso que seja o entendimento doutrinário sobre esta expressão. Entendo que objetivamente, o ora recorrente tentou driblar a lei, ou seja, a sua conduta negocial era no sentido de que lhe fosse aplicada uma lei mais favorável embora o fizesse em desrespeito às regras legais estabelecidas para criação e manutenção de empresas.

Embora o tema da elisão fiscal seja de grande complexidade nos reservamos pelas limitações impostas por este tipo de trabalho a manifestarmos-nos apenas no sentido de que a engenharia tributária formulada pelo contribuinte traduziu-se numa verdadeira evasão fiscal.

Voto, portanto, pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário, independente do envio, em caso de não-pagamento do exigido, de cópia do presente ao Ministério Público para as providências legais necessárias à apuração do crime de sonegação fiscal.

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 **147324.0013/06-5**, lavrado contra **FACTUAL COMÉRCIO DE MODA LTDA. (FACTUAL MODAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 82.835,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. PGE/PROFIS