

PROCESSO - A. I. Nº 147324.0009/06-8
RECORRENTE - PRISMA COMÉRCIO DE MODA LTDA. (PRISMA MODA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0337-01/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09/05/2007

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0146-12/07

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. DESENQUADRAMENTO DO SIMBAHIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Os fatos ensejadores do desenquadramento foram objetos do processo de investigação fiscal. Não houve impugnação em relação ao fato. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente elidida. Não acolhido o pedido de redirecionamento do débito fiscal às pessoas consideradas como mandatários e administradores. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado, em 09/06/2006, para exigir imposto no valor de R\$106.284,93, em razão de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao seu desenquadramento, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2005.

Na Descrição dos Fatos consta que a apuração do recolhimento a menos do ICMS transcorreu de desenquadramento de ofício, decorrente de infração cometida pelo contribuinte, da condição de participante do Regime Simplificado do ICMS (SimBahia) para 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 art. 408-P; os incisos II, III, IV e VII do art. 408-L e o art. 408-S, do RICMS/BA. Os fatos ensejadores do desenquadramento são objetos do Processo de Investigação Fiscal do Grupo Pacto Federal, anexo ao PAF.

O autuado, às fls. 51 a 60, apresentou defesa alegando integrar, juntamente com outras pessoas jurídicas, um grupo de empresas administradas pela família do Sr. Altamiro Lopes da Silva, que para a finalidade do relatório, foi denominado Grupo Pacto Federal, tendo em vista o nome fantasia sob o qual giravam os estabelecimentos comerciais decorrentes de um eventual “contrato de franquia”.

Disse que no 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 dos administradores Altamiro Lopes da Silva, Rosângela de Souza e Altamir Ribeiro Lopes, visando desviar a responsabilidade tributária, comercial e trabalhista da pessoa de seus verdadeiros sócios, através de um processo fraudulento de sucessão comercial e trabalhista. Posteriormente, esses administradores, no intuito de obter indevidamente a redução de seu passivo tributário, por meio do enquadramento no SimBahia, criaram novas pessoas jurídicas e atrelaram essas ao nome fantasia PACTO FEDERAL sob a teórica existência de um contrato de franquia. Entretanto, seus “administradores” perderam o controle de seus atos, levando a empresa a uma situação gravemente caótica. Ao não ter saída para responder pelas consequências da gestão incompetente e fraudulenta não restou outra saída senão a de aceitar a proposta do Sr. Gualter Alberto de Melo para aquisição das empresas, este último, não tinha ciência do passivo oculto resultante dos atos ilícitos daqueles administradores.

Disse que em novembro de 2005, o Sr. Gualter Alberto de Melo adquiriu, através de contrato de cessão onerosa de cotas sociais e compra e venda do fundo de comércio, as quotas sociais e o fundo de comércio da empresa, bem como das outra 20 (vinte) que juntamente com esta foram autuadas com base no mesmo relatório cadastral.

Asseverou que depois de ter efetuado a alteração contratual junto a Junta Comercial do Estado da Bahia – JUCEB e tendo obtido o registro da alteração contratual da empresa Tulipa Comércio de Moda Ltda., se dirigiu à Inspetora da INFAZ Varejo, informando os fatos anteriormente narrados e pretendendo iniciar o processo de regularização dos débitos fiscais do embargante, bem como das demais empresas adquiridas.

No entanto, disse ter tomado conhecimento, em 12/01/2006, da realidade dos fatos demonstrados no relatório cadastral e anexos, uma vez que ignorava a gravidade dos atos dos Srs. Altamiro, Altamir e Rosângela. Assim, disse que o que parecia um bom negócio havia se tornado em um pesadelo que o levaria num primeiro impulso a querer rescindir o negócio, anulando as alterações dos contratos sociais, em ação judicial, no entanto, já estava a 03 meses na administração da empresa e com 135 funcionários.

Disse ter celebrado contrato de cessão onerosa de cotas e compra e venda de fundo de comércio, bem como a alteração do quadro social, junto à JUCEB com outra diversas empresas que relaciona. Alegou que até aquele momento não havia sido transferido o Fundo de Comércio da empresa Capanema Comércio de Moda Ltda., portanto, o Sr. Gualter não exerceu qualquer ato de gestão em relação a essa empresa e, por esta razão afirmou estar notificando os antigos sócios e, também, dos efetivos administradores, da extinção do contrato de cessão onerosa de cotas e compra e venda de fundo de comércio.

Afirmou ter adquirido a empresa juntamente com outras empresas do Grupo Pacto Federal, tornando-se sócio majoritário e administrador dessas desde novembro de 2005. Argumentou que desde a constituição das empresas vem efetuando um parcelamento relativo à denúncia espontânea, no valor de R\$ 461.843,029. Disse que o Sr. Gualter Alberto de Melo demonstrou a capacidade econômica necessária à sua participação no quadro social das empresas, demonstrando não ser o que vulgarmente chama-se de “laranja”.

Disse que a obrigação tributária se assenta em três elementos: fato gerador, tributo e sujeitos ativo (suposto credor) e sujeito passivo (pretense devedor). A figura do devedor na relação jurídico tributária pode ser tanto o contribuinte quanto o responsável tributário. Transcreveu os arts. 128, 135, I a III, do CTN que tratam de atribuições de responsabilidade. Também transcreveu texto do mestre José Jayme de Macedo e Alyomar Baleeiro.

Asseverou que o desenquadramento decorreu de resultado do relatório cadastral e anexos, decorrente de investigação da INFIP e no referido relatório consta que o enquadramento do autuado no SimBahia se deu de forma fraudulenta de seus antigos administradores. Embora não diga respeito ao mérito do Auto, questiona ter sido atribuído à responsabilidade de todos os débitos fiscais da empresa do Grupo Pacto Federal, independente dos fatos jurídicos, ao Sr. Gualter Alberto de Melo e, em que pese as evidências deve ser atribuída a responsabilidade aos Srs. Altamiro, Altamir e Rosângela, assim, a SEFAZ estaria transferindo a responsabilidade de atos ilícitos para aqueles que nada praticaram, enquanto que os verdadeiros agentes escapam incólumes à responsabilidade tributária e penal pelo que fizeram.

Requeru seja efetuado o desconto do valor denunciado e parcelado PAF 056570.2006-4 e direcionamento do débito fiscal, oriundo do Auto de Infração a quem de direito deve responder por eles, ou seja, os mandatários e administradores Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza.

A autuante, às fls. 78/79, informou que a primeira solicitação, na planilha referente ao desenquadramento do SimBahia, na coluna Antecipação Parcial recolhida e/ou constituída, deixou, por equívoco, de incluir os débitos tributários constantes dos AI/DE de nº 6000004358050 e nº 6000006766059. Disse ter efetuado as devidas alterações, passando o débito para R\$ 101.457,46.

No tocante ao pedido de redirecionamento do débito fiscal, disse deixar à apreciação dos órgãos julgadores.

Opinou pela manutenção parcial da autuação.

Às fls. 93/94, consta que o autuado tomou ciência do resultado da informação fiscal, no entanto, não se manifestou.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Analisando as peças processuais, constato que o autuado não impugna o lançamento do crédito tributário, apenas pede para ser excluída da autuação o valor relativo que foi objeto de denúncia e parcelamento no PAF 056570.2006-4, bem como, fosse redirecionado o valor do débito fiscal, com base no disposto no art. 135, II do CTN, aos mandatários e administradores Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza.

Não acolho o pedido de redirecionamento do valor do débito, haja vista que o pretendido redirecionamento não surge como uma obrigação do fisco, mas, uma faculdade que foi exercida com a indicação do contribuinte como sujeito passivo da obrigação tributária, neste caso.

A Lei nº 7.014/96, no § 3º do art. 6º, ao tratar da responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais dispõe o seguinte: § 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

Assim, a disposição legal acima transcrita atribui ao fisco a faculdade de exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos, estando, portanto, acertada a indicação do contribuinte como responsável pelo recolhimento do tributo.

No tocante ao pedido de exclusão de parte de valor do débito, na informação fiscal, a autuante esclarece que revendo os cálculos do imposto identificou a não inclusão na planilha relativa ao desenquadramento do autuado do regime simplificado de apuração – Simbahia, dos valores relativos aos débitos já apontados nos AI/DE de nº 6000004358050 e nº 6000006766059, fato que determinou na redução do débito relativo ao exercício de 2005, passando o valor a ser exigido na presente ação fiscal para R\$ 101.457,46.

Assim, os valores a serem alterados no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração dizem respeito ao exercício de 2005, passando a ser os abaixo demonstrados, haja vista que os relativos aos exercícios de 2003 e 2004 permanecem inalterados.

Mês/Ano	Valor remanescente em relação ao exercício de 2005
Janeiro/05	802,62
Fevereiro/05	925,58
Março/05	1.426,51
Abril/05	1.712,24
Maio/05	2.788,30
Junho/05	5.305,29
Julho/05	346,52
Agosto/05	1.371,43
Setembro/05	905,38
Outubro/05	902,22
Novembro/05	3.465,01
Dezembro/05	9.150,98

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir o imposto no valor de R\$101.457,46, acrescido das cominações legais.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente repete basicamente os mesmos argumentos expendidos na defesa, e requer seja julgado Improcedente o Auto de Infração, ordenando-se o redirecionamento do débito fiscal a quem de direto deve responder por eles, ou seja, os citados mandatários e administradores.

A PGE/PROFIS em seu Parecer, após uma breve digressão sobre a responsabilidade tributária dos mandatários, com suporte o art. 135 do CTN, que transcreve, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, fundamentando que:

1. a responsabilidade solidária do mandatário pela dívida da sociedade só pode ser dinamizada, face à expressa determinação normativa, quando comprovado que no exercício da administração da empresa tenha ultrapassado os poderes concedidos na norma de regência da sociedade ou por instrumento delegatório de poderes.
2. no caso em apreço, alega o recorrente a prática de atos fraudulentos pelos mandatários na subsunção do autuado ao regime do SimBahia, e igualmente numa criação à margem da lei de sucessão empresarial, sendo esses pleitos meros artifícios para desviar o foco da responsabilidade tributária, comercial e trabalhista.
3. o ato de requerer em 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;
4. diferentemente do alegado pelo recorrente, não há nos autos nenhuma prova de concessão de poderes aos indigitados mandatários, sendo a procuração acostada relativa à empresa ALECRIM COMÉRCIO DE MODA LTDA., restando, assim, impossível a aferição do excesso de poderes;
5. mesmo que se admita a validade da referida procuração, não merece guarida à tese recursal, pois, conforme se pode verificar do inteiro teor do instrumento colacionado, foi concedido aos mandatários poderes ilimitados de gestão, não havendo que se falar em atos praticados com excesso de poderes, requisito essencial para redimensionamento da responsabilidade tributária, consoante preconiza o art. 135, III do CTN.

VOTO

A bem fundamentada análise do ilustre procurador esgota o deslinde jurídico da questão, único aspecto a ser considerado no presente Recurso Voluntário, já que a matéria fática não foi objeto de impugnação.

Tratando-se, como se trata, apenas de conceituação jurídica, resta-nos adotar integralmente o bem elaborado Parecer da PGE/PROFIS, que, ainda mais, descaracteriza a impugnação, ao constatar que a procuração em apreço tem como mandante uma empresa estranha ao presente processo.

Em face do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **147324.0009/06-8**, lavrado contra **PRISMA COMÉRCIO DE MODA LTDA. (PRISMA MODA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS101.457,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO-PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. PGE/PROFIS