

PROCESSO - A. I. Nº 147324.0011/06-2
RECORRENTE - VESTIDURA COMÉRCIO DE MODA LTDA. (BLUE TRIP)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0338-04/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0159-11/07

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. Constatada a opção pelo regime SIMBAHIA com a interposição de pessoas que não sejam efetivos sócios ou proprietários da empresa, é devido o imposto 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 caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso voluntário interposto da Decisão proferida pela 4ª JJF (Acórdão JJF nº 0338-04/06), que julgou Procedente o Auto de Infração em comento, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 69.685,99, decorrente do recolhimento a menor do imposto, tendo em vista o desenquadramento de ofício do contribuinte do regime simplificado de apuração (SimBahia), para a condição de normal, ante as fraudes apuradas na investigação fiscal anexada ao PAF, sob a seguinte fundamentação:

“Foi constatado que através de declarações falsas, empresas de fachada foram constituídas em nome de interpostas pessoas, pois o sujeito passivo, quando efetuou a sua opção pelo SimBahia, valeu-se da interposição de pessoa que não é seu efetivo sócio.

A ação fiscal está baseada no “Relatório Cadastral - Grupo Pacto Federal”, em envelope à fl. 46, e Planilha de Desenquadramento às fls. 09 a 11 do PAF.

O débito foi apurado pelos critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, com a concessão do crédito presumido previsto no artigo 408-A, § 1º do RICMS/97, e do ICMS recolhido a título do SimBahia. O lançamento encontra amparo nas normas abaixo:

Lei nº 7.357/98:

“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.”

RICMS/97:

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

[...]

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

[...]

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.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

Assim, para que um contribuinte se enquadre no Regime do SimBahia, instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, é necessário que ele atenda às condições e limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e simplificado dado pelo citado Regime é um benefício fiscal condicionado, sob pena de ser desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso.

Esse desenquadramento será feito de ofício e com efeitos retroativos, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interposta pessoa, para efetuar a sua opção pelo Regime do SimBahia – inciso IV, do art. 22, combinado com os incisos II e IV, do art. 15, da Lei nº 7.357/98. Assim, o desenquadramento de ofício está legalmente respaldado.

A defesa fiscal não contesta a apuração da diferença do imposto exigido decorrente do seu desenquadramento de ofício, inclusive elogia o brilhante trabalho da fiscalização, no qual está embasada a presente autuação.

Outrossim, o autuado concorda inteiramente com a conclusão do Relatório Cadastral do Grupo Pacto Federal, grupo esse, do qual a Vestidura Comércio de Modas Ltda. é integrante, onde restou evidenciado haver indícios de constituição de empresas com interposição de sócios fictícios e a simulação de contratos de franquia e de locação, com o propósito de possibilitar o enquadramento indevido de empresas no SimBahia.

Com base na análise das peças que compõem os autos, constato ser legítima a autuação contra a empresa Vestidura Comércio de Moda Ltda, pessoa jurídica de direito privado, dotada de personalidade própria, distinta de seus sócios, os quais, no entanto, respondem solidariamente, no caso de gestão com infração à lei, ou excesso de poderes, nos termos do Código Tributário Nacional.”

Em seu Recurso Voluntário de fls. 105/112, o contribuinte repete, quase que integralmente, a defesa apresentada, pugnando pelo redirecionamento do débito fiscal, cuja responsabilidade deve recair sobre as pessoas dos antigos sócios da pessoa jurídico autuado, Srs. Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza, pois estes gestores teriam agido com excesso de poder ou infração à lei, nos termos do art. 135, II, do CTN.

Alega que o enquadramento da pessoa jurídica no SimBahia deu-se por ato fraudulento de seus antigos administradores, praticados com excesso de poder e violando os elementos caracterizadores da personalidade jurídica do autuado.

Invoca a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e assevera que a hipótese vertente não é de responsabilidade solidária, mas, sim, de responsabilidade por substituição, face aos atos ilícitos praticados pelos mandatários e administradores do autuado.

A PGE/PROFIS, no opinativo de fls. 116/118, advoga pelo Improvimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que o art. 135, II do CTN é inaplicável à espécie, porquanto não restou comprovado o excesso de poder dos gestores do autuado.

VOTO

O recorrente pretende, através do Recurso Voluntário interposto, eximir-se da responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário constituído no presente Auto de Infração, ao argumento de

que os antigos gestores do autuado agiram com excesso de poder e violação a texto de lei, ao solicitarem o enquadramento da pessoa jurídica no SimBahia.

Desta forma, escora a pretensão recursal no art. 135, II do CTN, que giza:

“São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

II – os mandatários, prepostos e empregados;”.

Da análise dos autos, todavia, é impossível inferir-se, com a segurança exigida para que se proceda a uma exação fiscal, a veracidade de todos os fatos narrados pelo recorrente, mormente quando as fraudes praticadas pelo GRUPO PACTO FEDERAL, consoante se observa da investigação fiscal colacionada ao presente PAF, envolvem diversas pessoas físicas e jurídicas.

Assim sendo, é forçoso concluir que o recorrente não se desincumbiu validamente do ônus que era seu, de demonstrar que o crédito fiscal objeto deste lançamento é de responsabilidade exclusiva dos seus antigos administradores, conforme determina o art. 123, do RPAF.

Ressalte-se que, neste caso, a prova deve ser robusta, porquanto as condutas atribuídas aos Srs. Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza são de tal gravidade que, por certo, têm implicação na seara do direito criminal, não se podendo admitir o pretenso “redirecionamento” do débito fiscal mediante simples alegações do recorrente.

A par disso, registre-se que o direito tributário dissocia a sujeição passiva da responsabilidade pela satisfação da obrigação tributária. Logo, o recorrente, a despeito de ser sujeito passivo legítimo na presente autuação, poderá demonstrar, no executivo fiscal, que a responsabilidade pelo tributo não lhe toca, intento no qual não obteve êxito nesta instância administrativa.

No que concerne ao pedido de descon sideração da personalidade jurídica, igualmente sem razão o recorrente, pois não há, nos autos, as provas necessárias para que se conclua pela responsabilidade exclusiva dos gestores indicados na peça de defesa pelas fraudes apuradas na investigação fiscal. Além do mais, entendo que tal providência extrema não foi conferida às autoridades administrativas fiscais, para fins de imposição de exação fiscal e invasão do patrimônio dos sócios de pessoas jurídicas. Todas as previsões legais existentes neste sentido franqueiam a possibilidade de descon siderar a personalidade jurídica apenas aos órgãos do Poder Judiciário.

Por derradeiro, frise-se que o desenquadramento da contribuinte, realizado de ofício pelo Fisco Estadual, atende aos comandos insertos nos arts. 404-A e seguintes, do RICMS, bem assim, o imposto cobrado respeito às disposições próprias, inclusive no que concerne à concessão do crédito presumido garantido a tal espécie empresarial.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **147324.0011/06-2**, lavrado contra **VESTIDURA COMÉRCIO DE MODA LTDA. (BLUE TRIP)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.685,99**, 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, 15 de maio de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTA

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR DA PGE/PROFIS