

A. I. - 269114.0602/06-5
AUTUADO - FASCÍNIO COMÉRCIO DE MODA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 08.03.07

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0039-02/07

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 seja efetiva sócia ou proprietária, sendo o imposto devido 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/06/2006, exige ICMS de R\$ 68.167,67, acrescido de multa de 60% pelo recolhimento a menos em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento, período de janeiro de 2003 a janeiro de 2006, conforme demonstrativos e documentos às fls. 06 a 68.

Consta na descrição dos fatos que os fatos ensejadores do desenquadramento são objetos do processo de investigação fiscal do Grupo Pacto Federal.

O autuado apresenta, tempestivamente defesa, fls. 71 a 80, informando que consta na descrição dos fatos que integrava junto com outras pessoas jurídicas um grupo de empresas administradas pela família do Sr. Altamirando Lopes da Silva que, para fins do relatório que embasou o presente Auto de Infração, foi denominado grupo Pacto Federal.

Diz que, como se verifica no relatório resultante da investigação realizada pela INFIP a maioria dessas empresas foram constituídas por interpostas pessoas, sob o comando dos administradores Altamirando Lopes da Silva, Rosângela de Souza e Altamir Ribeiro Lopes com a finalidade de desviar a responsabilidade tributária, comercial e trabalhista das pessoas de seus verdadeiros sócios, através de um processo fraudulento de sucessão comercial, com o objetivo de obter indevidamente a redução do seu passivo tributário através do enquadramento das empresas no SimBahia criaram novas pessoas jurídicas e atrelaram essas ao nome Pacto Federal sob a teórica existência de um contrato de franquia.

Afirma que conforme conclui o aludido relatório da INFIP os administradores do grupo Pacto Federal vinham, ao longo dos últimos anos desenvolvendo uma gestão temerária através de atos fraudulentos envolvendo terceiros de boa-fé, visando única e exclusivamente o enriquecimento do grupo de administradores. E que mesmo assim, perderam o controle de seus atos levando as empresas a uma situação gravemente caótica.

Observa que, diante dessa situação os administradores do grupo Pacto Federal não encontrando outra saída para o empreendimento em pleno fracasso e pretendendo continuar gerindo as empresas mais lucrativas, aceitaram a proposta do sócio do autuado, Sr. Gualter Alberto de Melo, para aquisição de vinte empresas do grupo, inclusive a ora autuada, asseverando que, naquela ocasião, não tinha ciência do passivo oculto resultante dos atos ilícitos dos administradores.

Esclarece ainda que, conforme se depreende do Relatório Cadastral da SEFAZ, [fls. 19 a 20], em novembro de 2005, a aquisição da Manaíba Comércio de Modas Ltda, realizada pelo autuado, na pessoa do Sr. Gualter Alberto de Melo, fora consumada através de contrato de cessão onerosa de cotas sociais e compra e venda de fundo de comércio, bem como das outras empresas que também foram autuadas com base no mesmo Relatório Cadastral.

Ressalta que, com intuito de legalizar a existência do grupo sob a mesma gestão e quadro societário real, vez que em nenhum momento teve a intenção de agir de má fé, iniciou o processo de alteração dos respectivos contratos sociais na JUCEB, através da empresa Tulipa Comércio de Modas Ltda.. Acrescenta que, aprovado o arquivamento dessa alteração, da qual detém a maioria das quotas e administração, iniciou também a alteração dos demais contratos sociais, nos quais integram como sócios a Tulipa e o Sr. Gualter Alberto de Melo.

Observa que, após conseguir as procurações dos sócios anteriores através de substabelecimento, apresentou-se à Inspetora da INFRAZ-VAREJO, informando os fatos ocorridos e manifestando seu interesse em iniciar o processo de regularização dos débitos fiscais de todas as empresas por ele adquiridas.

Assevera que em 12/01/2006 tomou conhecimento da realidade dos fatos demonstrados no relatório Cadastral, pois até então ignorava a extensão e a gravidade dos atos praticados pelos Srs. Altamirando Lopes da Silva, Rosângela de Souza e Altamir Ribeiro Lopes. Alega que, por ocasião da aquisição das cotas e do fundo de comércio respectivo de cada uma das empresas, tinha apenas conhecimento da difícil situação financeira e da existência de débitos junto aos bancos, fornecedores e fisco. Fato esse que, em sua opinião, era decorrente de uma administração incompetente, e acreditando na sua capacidade de empreendedor e por ser detentor de capacidade econômica para tanto, entendeu naquela ocasião, que em alguns meses, com a intervenção de uma boa administração modificaria a situação das empresas.

Aduz ainda que compareceu voluntariamente a INFRAZ para estabelecer a regularização fiscal das empresas por ele adquiridas, e nesse sentido diz ter efetuado um parcelamento relativo a denúncia espontânea no valor total de R\$ 461.843,29 conforme se comprova pelo PAF nº 056.570.2006-4, requerendo que o valor do parcelamento referente à empresa ora autuada deve ser abatido para fins de quitação do débito do presente Auto de Infração.

Assegura que além da gestão administrativa adequada ao seu objetivo social do autuado e das demais empresas componentes do grupo, o Sr Gualter Alberto de Melo também demonstra sua capacidade econômica necessária à sua participação no quadro social das empresas, afirmando não ser o que vulgarmente chama-se de “laranja”, para tanto apresenta cópia de sua declaração do IRPF (fls. 90 a 91).

Em relação ao mérito inicia apresentando definição de contribuinte e de responsável tributário invocando os artigos 121 e 128 do Código Tributário Nacional – CTN, na tentativa de esclarecer as modalidades de responsabilidade tributária do sujeito passivo.

Prossegue asseverando 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, em vista de terem eles praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Cita, fragmentos das obras do jurista, José Jayme de Macedo, e do mestre Alyomar Baleeiro, onde consta, enfaticamente, a responsabilidade pessoal do agente quando praticam ato com excesso de poder.

Afirma que o presente Auto de Infração decorre do seu desenquadramento do SimBahia, como resultado do Relatório Cadastral e anexos elaborados pela INFIP, onde consta que o enquadramento se deu por ato fraudulento praticado por seus administradores anteriores com excesso de poderes e infração à lei.

Aduz que, no cumprimento da função social da personalidade jurídica é imprescindível a proteção de sua integridade, e para tanto, deve ser levado em conta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para coibir sua utilização no atendimento de interesses pessoais e de terceiros. Acrescenta que essa proteção fora inicialmente positivada pelo art. 235 do CTN e, posteriormente pelo art. 50 do Código Civil, além de ser consagrada pela doutrina e jurisprudência.

Diz que a própria SEFAZ, através do Relatório Cadastral elaborado pela INFIP que fundamentou o seu desenquadramento, em suas considerações finais, fls. 21 e 22, itens “a”, “b”, “c” e “d”, reconhece a prática de atos fraudulentos pelos antigos administradores. Assim sendo, aduz, não cabe a fiscalização em detrimento ao art. 135 do CTN, lhe autuar indevidamente, quando deveria ter autuado os aludidos administradores.

Afirma que a SEFAZ ao agir dessa forma está indevidamente transferindo a responsabilidade de atos ilícitos para aqueles que nada praticaram, enquanto os verdadeiros agentes escaparam incólume a responsabilidade tributária e penal pelo que fizeram.

Conclui solicitando que:

- seja efetuado o desconto no presente Auto de Infração, do respectivo valor denunciado e parcelado no PAF nº 056.570.2006-4;
- seja redirecionado o débito fiscal, ora em lide, a quem de direito deve responder por eles, com base no inciso II do art. 135 do CTN, ou seja os mandatários e administradores Srs. Altamirando Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza.

Foram juntados aos autos cópias de processo referente a Notificação Judicial expedida ao Dr. Juiz de Direito da Comarca da 21ª Vara Cível da Comarca de Salvador/Ba, subscrita pela Advogada Simone Santos de Medeiros; cópia de correspondência expedida ao Banco do Brasil S/A, assinada pelo Sr. Gualter Alberto de Mello, se comprometendo a regularizar débitos existentes na citada instituição financeira; Recibo de Entrega da Declaração de Ajuste Anual Simplificada do Imposto de Renda Pessoa Física, 2006/2005, em nome de Gualter Alberto de Mello (docs. fls. 82 a 91).

Ao proceder a informação fiscal (fls. 97 a 98), respondendo ao questionamento do autuado, o autuante esclareceu quanto a primeira questão, que na planilha referente ao desenquadramento do SimBahia, fls. 08 a 11 do PAF, na coluna ICMS PROCESSO ADMINISTRATIVO, foram considerados todos os ICMS pagos e/ou débitos de ICMS existentes provenientes de Auto de Infração/Denúncia Espontânea (AI/DE) dos anos de 2003, 2004 e 2005, quando pertinente. Também foram acostados à informação fiscal, levantamento discriminando os valores das colunas acima citadas, fl. 3, e cópias dos Demonstrativos de Débitos – AI/DE, no exercício de 2005, e Relação de DAEs, utilizados quando do procedimento fiscal.

Quanto ao AI nº 056570.2006-4, de 18/04/2006, citado na defesa, o preposto fiscal esclareceu que se trata de requerimento relativo ao pedido de levantamento de débitos existentes de empresas do Grupo Pacto Federal. Informa que todos os débitos tributários do estabelecimento autuado foram considerados nos “Demonstrativos mensais dos débitos já constituídos” (anexo B), independente de serem ou não abrangidos por esse PAF.

No tocante ao pleito da defesa quanto ao redirecionamento do débito fiscal, apurado para os mandatários e administradores do grupo Pacto Federal, Srs. Altamirando Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza, com base no inciso II do art. 135 do RICMS-BA/97, diz que deixa a apreciação para os Órgãos Julgadores.

Conclui pela manutenção integral de sua ação fiscal, tendo juntado planilhas corrigindo o débito inicialmente apurado.

Em virtude do autuante ter anexado à sua informação fiscal novos elementos, em 28/11/06 o autuado foi intimado pela repartição fiscal (fls. 124/5) a se manifestar sobre a informação fiscal e os documentos às fls. 97 a 121, não sendo localizado em seu endereço e informado pelos Correios que a empresa mudou-se. Por conta disso, foi então intimado o Sr. Gualter Alberto de Mello (fls. 128/9), ocasião em que lhe foram entregues os citados documentos, porém, no prazo estipulado, não houve qualquer manifestação de sua parte.

VOTO

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a recolhimento a menos do ICMS devido no período de janeiro de 2003 a junho de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 09 a 65, em razão da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, tendo em vista que o estabelecimento autuado faz parte de um grupo de quinze empresas reunidas para fraudar o sistema simplificado de apuração do imposto, cujo responsável utilizou de declarações falsas para constituir empresas de fachada em nome de interpostas pessoas, haja vista que foi constatado que o sujeito passivo, quando efetuou a sua opção pelo SimBahia, valeu-se da interposição de pessoa que não é seu efetivo sócio, além de declarações falsas com o objetivo de constituir empresa de “fachada”.

A ação fiscal está baseada no “Relatório Cadastral - Grupo Pacto Federal” (envelope fl. 66), da INFIP e Planilha de Desenquadramento às fls. 09 a 12. 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 fiscal está lastreado nos artigos 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.”

Portanto, pelo que se depreende da leitura do dispositivo legal acima transcrito, para um contribuinte se enquadrar 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, tudo 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 relatório resultante da investigação realizada pela INFIP no qual fora embasada a presente autuação.

Fica também patente na aludida peça defensiva que o autuado concorda inteiramente com a conclusão do Relatório Cadastral do Grupo Pacto Federal, grupo esse, do qual a Manaíba 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.

Por ter sido identificado no relatório da INFIP indícios de que os verdadeiros donos das empresas que compõem o grupo do Pacto Federal são os administradores Altamirando Lopes da Silva, Rosângela de Souza e Altamir Ribeiro Lopes, o autuado entende que deve a eles ser redirecionado o débito apurado no presente Auto de Infração, tendo em vista terem sido os administradores do aludido grupo de empresas, e que praticaram atos com excesso de poderes, ou infração da lei, contrato social, na forma da responsabilização pessoal preconizada pelo art. 135 do CTN.

Pleiteia também que a exigência fiscal, ora em lide, seja descontada do valor parcelado por ele através do PAF nº 056.570.2006-4, decorrente de parcelamento realizado em denúncia espontânea.

Com base na análise das peças que compõem os autos, constato que descabe a pretensão do autuado para que seja redirecionado o débito, ora em lide, para os Srs. Altamirando Lopes da Silva e Altamir Ribeiro Lopes, vez que, apesar de terem sido arrolados no Relatório Cadastral do Grupo Pacto Federal, inexiste formalmente qualquer personalidade jurídica constituída na forma da lei, que arrime a sua responsabilização. Eis que, o relatório conclui que houve uma simulação de contrato de franquia, ou seja, não há, portanto, uma personalidade jurídica responsável pela gestão do grupo de empresas. Desse modo, não há que se falar na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois, no presente caso, restou provado que a articulação entre as empresas integrantes do Grupo Pacto Federal era realizada sem o respaldo legal através da constituição de entidade jurídica para esse fim. Por isso, entendo que não resta outra alternativa, senão a responsabilização de cada uma das empresas envolvidas, individualizadamente, como é o caso da empresa autuada, pela infringência à legislação vigente.

Sobre o pedido para que seja descontado o valor do débito apurado do parcelamento realizado através do PAF nº 056.570.2006-4, tomo por base as conclusões contidas no voto do Relator do Processo nº 147324.0019/06-3, tendo como autuado **MANAÍBA COMÉRCIO DE MODAS LTDA**, no qual restou evidenciado, em pesquisa realizada no sistema de arrecadação da SEFAZ, que não foi encontrado nenhum parcelamento na inscrição do autuado, e a defesa não apresentou qualquer elemento de prova nesse sentido.

Concluo pela subsistência da autuação nos valores apurados de R\$ 68.167,67, relativo ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2006, com base nas planilhas de desenquadramento do SimBahia, fls. 09 a 12, tendo em vista o cometimento, por parte do autuado, da acusação que lhe fora imputada, ou seja, o seu incorreto enquadramento no regime SimBahia.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269114.0602/06-5**, lavrado contra **FASCINIO COMÉRCIO DE MODA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 68.167,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR