

A. I. - 269114.0608/06-3
AUTUADO - DIAL COMÉRCIO DE MODA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 11.04.2007

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0062-04/07

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. Refeitos os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/06/2006, para exigir ICMS de R\$ 64.961,51, 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. Segue anexo PAF os demonstrativos de ICMS a recolher

O autuado, fls. 68 a 77, impugnou o lançamento tributário, inicialmente, esclarecendo 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, tendo em vista ser este o nome fantasia sob o qual giravam os estabelecimentos comerciais respectivos, em decorrência de um eventual “contrato de franquia”. Aduz que, conforme 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 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.

Salienta que o relatório da INFIP concluiu que os administradores do grupo Pacto Federal desenvolveram 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, levando 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.

Aduz que objetivando 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, de qual detém a maioria das quotas e administração, iniciou também a alteração dos demais contratos sociais, nas quais integram como sócios a Tulipa e o Sr. Gualter Alberto de Melo. 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.

Argumenta que até 12/01/2006, data em que tomou conhecimento do Relatório da IFEP e seus anexos, 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 SEFAZ para regularizar os débitos fiscal das empresas por ele adquiridas, efetuando um parcelamento 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.

Salienta 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.

Prosseguindo, tece comentário sobre a definição de contribuinte e de responsável tributário invocando os artigos 121 e 128 do Código Tributário Nacional – CTN. Aduz 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 praticados atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, citando doutrina sobre o tema.

Argumenta que, de acordo com o Relatório Cadastral elaborado pela INFIP que fundamentou o seu desenquadramento, em suas considerações finais, reconhece a prática de atos fraudulentos pelos antigos administradores. Assim sendo, aduz que não cabe a fiscalização, em detrimento ao art. 135 do CTN, lhe autuar indevidamente, quando deveria ter autuado os aludidos administradores.

Ao finalizar, requer que seja abatido o valor da Denuncia Espontânea e que o débito seja redirecionado para os antigos administradores.

Na informação fiscal, folhas 94/95, o autuante, em relação ao pedido de dedução do valor objeto da denuncia espontânea, esclarece que já foi considerada na apuração do ICMS reclamado, conforme pode ser observado na “*PLANILHA REFERENTE AO DESENQUADRAMENTO DO SIMBAHIA*”, folhas 06 e 07 dos autos, nas colunas “*ICMS PROCESSO ADMINISTRATIVO*”. Quanto ao ano de 2005, folha 08, informa que foi anexada uma nova planilha com os valores corrigidos referentes aos débitos já lançados (Anexo A). Informa, ainda, que anexou levantamento discriminando os valores das colunas

acima citadas (Anexo B), e cópia da lista de PAF's por estabelecimento e dos "Demonstrativos de Débitos – AI/DE (Anexo C)".

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação. [Manutenção parcial da autuação.]

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e dos demonstrativos e extratos do sistema INC - Informação do contribuinte, sendo chamado a se manifestar, no prazo de 10 (dez), porém não o fez, fls. 112/113.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SimBahia.

O Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante foi instituído pela Lei 7357/98, sendo sua adoção facultativa e condicionada a determinações e limites previsto na citada lei.

Para fins de adoção do tratamento tributário previsto na referida Lei, considera-se na mensuração da receita bruta anual, para fins de cotejo com os limites de que cuida este artigo, 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.

De acordo § 7º, do artigo 2º, da Lei 7357/98, 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.

O contribuinte interessado em adotar o tratamento tributário ora instituído deverá formalizar opção no ato de sua inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, ou em qualquer outro momento, desde que se enquadre nas condições e limites fixados na lei que instituiu o benefício do SimBahia, entre eles o previsto no § 7º, do artigo 2º, acima mencionado, existindo uma vedação expressa no artigo 6º, inciso IV, da Lei 7.357/98, *in verbis*:

"Art. 6º Não poderá optar pelo enquadramento na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte:

[...]

IV - a empresa cujo titular ou sócio tenha participação no capital social de outra ou outras empresas, se a receita bruta global conjunta das empresas ultrapassar o limite de enquadramento de que trata o art. 2º, da Lei do SimBahia."

Ocorre que a Inspetoria Fazendária de Varejo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia excluiu de ofício todas as empresas no denominado Grupo Pacto Federal " , conforme folhas 21, 22 e 23 das Considerações finais do relatório denominado "ASSUNTO: RELATÓRIO CADASTRAL GRUPO PACTO FEDERAL, constante do envelope acostado aos autos por ter apurado que indícios de constituição de empresas com interposição de sócios fictícios, houve simulação de contrato de franquia e de locação com propósito de possibilitar o enquadramento indevido de empresas no SimBahia.

O procedimento da inspetoria não foi objeto de impugnação do autuado, além de se encontrar amparado nos incisos II e IV do artigo 15, combinado com o artigo 19 e inciso IV do artigo 22, todos da Lei 7.357/98, *in verbis*:

"Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS 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;

[...]

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

[...]

Art. 22. A exclusão dar-se-á de ofício:

[...]

IV - nas situações mencionadas nos incisos II, III e IV do art. 15;”

O autuado na peça defensiva, embora não questione o resultado do relatório e a própria exclusão de ofício das do Regime Simplificado do SimBahia, alegada que o crédito tributário constituído nos diversos Autos de Infrações lavrado devem ser redirecionados para os antigos administradores, uma que teria adquiridos as empresas sem ter conhecimento da existência dos débitos. 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.

Assim, os adquirentes de qualquer empresa que seja contribuinte do ICMS, como é o caso em tela, têm conhecimento de que, além dos débitos tributários existentes, outros poderão ser constituídos dentro do prazo de 05 (cinco) anos. Ademais, a responsabilidade tributária tem caráter objeto. Determina o art. 121 do CTN que o Sujeito Passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e neste caso é a pessoa indicada no presente Auto de Infração.

Vale salientar, que todo contribuinte é obrigado a manter os livros e documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária, conforme determinações contidas no inciso VII, do artigo 34, da Lei 7014/96, *in verbis*:

“Art. 34. São obrigações do contribuinte:

VII - manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;’

No que se refere ao pedido do autuado 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, o mesmo já foi considerado pelo autuante quando realizou os demonstrativos, conforme pode ser observado na “PLANILHA REFERENTE AO DESENQUADRAMENTO DO SIMBAHIA”, folhas 06, 07 e 08 dos autos, nas colunas “ICMS PROCESSO ADMINISTRATIVO”, tendo o autuante elaborado nova planilha à folha 97 a 101, além de extratos do sistema INC-Informações do Contribuinte –

Demonstrativos de Débitos às folhas 102 a 108, os quais foram entregue cópia ao autuado, sendo aceito tacitamente, uma vez que não apresentou nenhuma impugnação sobre o mesmo.

Entretanto, em relação ao exercício de 2005, acolho os novos valores apontados pelo autuante quando da revisão elaborada no momento da informação fiscal, considerando corretamente os valores abatidos na coluna “ICMS PROCESSO ADMINISTRATIVO”, reduzindo o débito dos meses de junho a outubro, em conformidade com planilha acostada à folha 97, conforme abaixo indicado, ficando inalteradas às demais parcelas:

MESES	ICMS DEVIDO
JUNHO/05	4.806,55
JULHO/05	515,88
AGOSTO/05	754,28
SETEMBRO/05	378,68
OUTUBRO/05	276,17

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$62.941,15, conforme demonstrativo de débito abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	ICMS DEVIDO
28/02/2003	09/03/2003	1.064,85
30/06/2003	09/07/2003	35,21
31/07/2003	09/08/2003	1.670,47
31/08/2003	09/09/2003	2.509,43
30/09/2003	09/10/2003	1.908,51
31/10/2003	09/11/2003	2.550,15
30/11/2003	09/12/2003	3.024,22
31/12/2003	09/01/2004	7.800,12
31/01/2004	09/02/2004	1.402,83
29/02/2004	09/03/2004	2.309,60
31/03/2004	09/04/2004	2.460,92
30/04/2004	09/05/2004	1.561,91
31/05/2004	09/06/2004	2.030,14
30/06/2004	09/07/2004	6.106,22
31/07/2004	09/08/2004	239,14
31/08/2004	09/09/2004	537,87
30/09/2004	09/10/2004	1.174,25
31/10/2004	09/11/2004	1.228,37
30/11/2004	09/12/2004	1.346,18
31/12/2004	09/01/2005	4.241,48
31/01/2005	09/02/2005	87,84
28/02/2005	09/03/2005	200,19
31/03/2005	09/04/2005	1.391,12
30/04/2005	09/05/2005	1.589,33
31/05/2005	09/06/2005	2.743,90
30/06/2005	09/07/2005	4.806,55
31/07/2005	09/08/2005	515,88
31/08/2005	09/09/2005	754,28
30/09/2005	09/10/2005	378,68
31/10/2005	09/11/2005	276,17
30/11/2005	09/12/2005	1.080,77
31/12/2005	09/01/2006	3.914,57
TOTAL		62.941,15

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269114.0608/06-3, lavrado contra **DIAL COMÉRCIO DE MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.941,15**, 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 março de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/ RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR