

A. I. N° - 269114.0606/06-0
AUTUADO - CAPANEMA COMÉRCIO DE MODA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23.05.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-01/07

EMENTA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. DESENQUADRAMENTO DO SIMBAHIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Os fatos ensejadores do desenquadramento foram objeto de processo de investigação fiscal. Não houve impugnação em relação ao fato. Não acolhido o pedido de redirecionamento do débito fiscal às pessoas consideradas como mandatários e administradores. Revisão baseada em Processo de Denúncia Espontânea, realizada pelo autuante reduz o montante do débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/06/2006, exige do sujeito passivo o ICMS no valor de R\$160.196,16, acrescido da multa de 60%, 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, nos meses de dezembro de 2002, de janeiro a novembro de 2003, de fevereiro a dezembro de 2004, de janeiro e março a dezembro de 2005 e de janeiro de 2006. Em anexo os demonstrativos do ICMS a recolher.

Na “Descrição dos Fatos” consta que a apuração do recolhimento a menos do ICMS transcorreu do 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 objeto do Processo de Investigação Fiscal do Grupo Pacto Federal, anexo ao PAF.

O autuado apresentou impugnação às fls. 79 a 88, alegando preliminarmente que está impedido de tomar posse do Fundo de Comércio da empresa Capanema Comércio de Moda Ltda., ora embargante e de outras empresas, visto que os então administradores Altamiro, Altamir e Rosângela não transferiram o fundo de comércio da embargante, não havendo, portanto, efetividade da alteração do contrato social. Observa também que, relativamente a essa empresa, o autuado não exerceu qualquer ato de gestão. Em decorrência desse fato notificou os antigos sócios e efetivos administradores da mesma, da extinção do Contrato de Cessão Onerosa de Cotas e Compra e Venda de fundo de comércio, assim como da propositura de Ação Desconstitutiva da Alteração do Contrato Social.

Assevera 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 que embasou o presente Auto de Infração, 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”.

Diz que de acordo com o relatório resultante da investigação realizada pela INFIP - Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, a maioria dessas empresas foi constituída 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. Posteriormente, esses administradores, no intuito de obter indevidamente a redução de seu passivo tributário, por meio do enquadramento das empresas 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, não tendo, este último, ciência do passivo oculto resultante dos atos ilícitos daqueles administradores.

Argumenta 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 do estabelecimento autuado, bem como de outras 20 (vinte) que juntamente com esta foram autuadas com base no mesmo relatório cadastral.

Afirma que depois de ter efetuado a alteração contratual perante a JUCEB - Junta Comercial do Estado da Bahia e tendo obtido o registro da alteração contratual da empresa Tulipa Comércio de Moda Ltda., se dirigiu à 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, diz 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, aquilo que parecia ser um bom negócio havia se transformado 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 há 03 meses na administração da empresa e com 135 funcionários.

Diz ter celebrado contrato de cessão onerosa de cotas e compra e venda de fundo de comércio, bem como a alteração do quadro social, perante a JUCEB com as empresas: Limiar Comércio de Moda Ltda., Manaíba Comércio de Moda Ltda., Alecrim Comércio de Moda Ltda., Luzir Comércio de Moda Ltda., Vestidura Comércio de Moda Ltda., Sucupira Comércio de Moda Ltda., Prisma Comércio de Moda Ltda., Lume Comércio de Moda Ltda., Factual Comércio de Moda Ltda., Tulipa Comércio de Moda Ltda., Silvanio Lima Anunciação, Capanema Comércio de Moda Ltda., Dial Comércio de Moda Ltda., Begônia Comércio de Moda Ltda., Atributo Comércio de Moda Ltda., Escopo Comércio de Moda Ltda., Atitude Comércio de Moda Ltda., Fascínio Comércio de Moda Ltda., Fatal Comércio de Moda Ltda., Fator Comércio de Moda Ltda. e Fragmento Comércio de Moda Ltda.

Afirma ter adquirido a empresa juntamente com outras empresas do Grupo Pacto Federal, tornando-se sócio majoritário e administrador de direito, embora não efetivamente de fato. Argumenta que desde a constituição das empresas vem efetuando um parcelamento relativo à

denúncia espontânea, conforme processo nº 056570.2006-4, requerendo que o valor correspondente ao impugnante, constante do referido parcelamento, seja deduzido do presente Auto de Infração. Alega que o Sr. Gualter Alberto de Melo demonstrou a capacidade econômica necessária à sua participação no quadro social das empresas, evidenciando não ser o que vulgarmente chama-se de “laranja”.

No que se refere ao mérito declara que a obrigação tributária se assenta em três elementos: fato gerador, tributo e sujeitos ativo e passivo. A figura do devedor na relação jurídico tributária pode ser tanto o contribuinte quanto o responsável tributário. Fundamentando tal entendimento, transcreve os artigos 128 e 135, incisos I a III, do CTN que tratam de atribuições de responsabilidade. Também transcreve textos dos mestres José Jayme de Macedo e Alyomar Baleeiro, que defendem a tese de que a substituição de responsabilidade de que trata tais artigos não é solidária, mas sim pessoal dos agentes dos referidos atos.

Afirma 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 pelos antigos administradores. Embora não diga respeito ao mérito do Auto de Infração, questiona ter sido atribuída a responsabilidade de todos os débitos fiscais das empresas do Grupo Pacto Federal, independentemente dos fatos jurídicos, ao Sr. Gualter Alberto de Melo e, considerando as evidências deste não ser mais um instrumento, deve ser atribuída a responsabilidade aos Srs. Altamiro, Altamir e Rosângela, sob pena da SEFAZ transferir 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, sem que tivesse sido observada a previsão contida no art. 135 do CTN - Código Tributário Nacional, que estabelece a responsabilidade dos agentes causadores dos atos ilícitos, resguardando-se, desse modo, a personalidade jurídica da empresa.

Requer que seja efetuado o desconto do valor denunciado e parcelado no PAF 056570.2006-4 e o redirecionamento 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.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 105/106, esclarecendo que em relação à primeira solicitação, já foram consideradas todas as parcelas do ICMS pagas tendo sido anexado uma nova planilha (fl. 108) com os valores corrigidos referentes aos débitos já lançados em relação ao exercício de 2005. Além disso, o PAF nº. 056570.2006-4, citado pelo embargante, se refere a requerimento relativo ao pedido de levantamento total dos débitos existentes das empresas do grupo Pacto Federal, independentemente de serem ou não abrangidos por este PAF.

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

Opina pela manutenção da autuação.

Cientificado através de AR – Aviso de Recebimento (fl. 136) da informação fiscal, inclusive com recebimento das novas peças acrescentadas ao PAF pelo autuante, o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

Constato, a princípio, que o autuado não impugnou o lançamento do crédito tributário, apenas pediu para ser excluído da autuação o valor que entendeu ser objeto de denúncia e parcelamento no PAF 056570.2006-4 e que correspondesse ao estabelecimento autuado, bem como que 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.

Observo que ao tratar de sucessão empresarial, o art. 133, e seus incisos I e II, do CTN, que transcrevo em seguida, estabelecem que a pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquire fundo de comércio e continua a exploração da atividade, responde pelos tributos devidos até a data do ato, integralmente ou subsidiariamente, neste caso se o alienante prosseguir com qualquer atividade dentro do prazo de seis meses.

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.”

Ademais, a Lei nº 7.014/96, através do § 3º do art. 6º, ao tratar da responsabilidade 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.” Deste modo, não posso acolher o pedido de redirecionamento do valor do débito, haja vista que o pretendido redirecionamento não surge como uma obrigação do fisco, mas, como uma faculdade que foi exercida com a indicação do contribuinte como sujeito passivo da obrigação tributária, no presente caso. Assim, é atribuída 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 do valor do débito, verifico que o PAF nº. 056570.2006-4, na realidade se trata de parcelamento envolvendo outras empresas do grupo empresarial objeto da investigação cadastral. Quanto aos parcelamentos existentes nos sistemas da SEFAZ, que correspondem ao estabelecimento autuado, de números 600000.7208/05-0, 600000.6714/05-9 e 600000.5785/05-0 tiveram seus valores deduzidos pelo autuante durante a ação fiscal. O processo nº. 600000.6715/05-5, que se refere aos meses de dezembro de 2003 e janeiro de 2004 não poderia ser objeto de dedução considerando que no período em referência o contribuinte se encontrava inscrito na condição de normal. Já em relação aos processos 600000.6712/05-6 e 600000.5788/05-9, que se referem ao exercício de 2005, verifico que o autuante de forma acertada, procedeu as deduções dos valores correspondentes, o que conduziu a uma alteração nos valores dos débitos referentes ao citado exercício conforme tabela abaixo.

OCORRÊNCIA	VALOR JUIGADO (R\$)
01/2005	704,93
03/2005	2.766,67
04/2005	2.354,11
05/2005	1.541,56
06/2005	3.724,39
07/2005	3.040,97

08/2005	2.465,24
09/2005	1.638,05
10/2005	302,97
11/2005	3.869,30
12/2005	8.857,01
TOTAL 2005	31.265,20

Deste modo os valores apurados em relação aos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2006 não sofreram alteração, enquanto que o valor do débito referente ao exercício de 2005 ficou reduzido para R\$31.265,20, de modo que o total do débito passou para R\$ 148.315,58.

Observo que o autuado tomou ciência do resultado da informação fiscal e não se manifestou a respeito.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269114.0606/06-0**, lavrado contra **CAPANEMA COMÉRCIO DE MODA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 148.315,58**, 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 maio de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR