

**PROCESSO** - A. I. Nº 147324.0018/06-7  
**RECORRENTE** - LIMAR COMÉRCIO DE MODAS LTDA. (LIMINAR MODAS)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0341-04/06  
**ORIGEM** - INFAZ SERRINHA  
**INTERNET** - 14/03/2007

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACORDÃO CJF Nº 0082-12/07**

**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 efetivas sócias ou proprietárias, 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. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado em 19/06/2006, para exigir ICMS de R\$ 89.908,02, acrescido de multa de 60% pelo recolhimento a menos em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SimBahia.

O autuado, fls. 49 a 58, 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”. Aduziu 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.

Salientou 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 oro autuado, asseverando que, naquela ocasião, não tinha ciência do passivo oculto resultante dos atos ilícitos dos administradores.

Aduziu 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.. Acrescentou 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 INFAZ-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.

Argumentou 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. Alegou 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.

Aduziu, ainda, que compareceu voluntariamente a SEFAZ para regularizar os débitos fiscais 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 oro autuado fosse abatido para fins de quitação do débito do presente Auto de Infração.

Salientou 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, teceu comentário sobre a definição de contribuinte e de responsável tributário invocando os artigos 121 e 128 do Código Tributário Nacional – CTN. Aduziu 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.

Argumentou 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, aduziu que não cabe a fiscalização, em detrimento ao art. 135 do CTN, lhe autuar indevidamente, quando deveria ter autuado os aludidos administradores.

Ao finalizar, requereu que fosse abatido o valor da Denúncia espontânea e que o débito fosse redirecionado para os antigos administradores.

Na informação fiscal, folhas 76/77, a autuante, em relação ao pedido de dedução do valor objeto da denúncia espontânea, esclareceu que na “*PLANILHA REFERENTE AO DESENQUADRAMENTO DO SIMBAHIA, (EXERCÍCIO DE 2005)*”, folhas 11 dos autos, nas colunas “*ICMS RECOLHIDO E/OU CONSTITUÍDO*” e “*ANTECIPAÇÃO PARCIAL RECOLHIDA E/OU CONSTITUÍDA*”, deixou de considerar os valores dos “*AI/DE DE Nº 6000004753057, 6000006077059, 6000006754050, 6000004754053 e 6000006078055*”. Informou que acostava à informação fiscal, após as alterações, novas planilhas, folhas 78/84, deixando de existir os débitos referente ao Exercício de 2005 (nos meses de abril à dezembro), permanecendo inalterado os demais exercícios, ficando reduzido o débito reduzido para R\$74.216,95.

Ao finalizar, opinou pela manutenção parcial da autuação no valor de R\$74.216,95.

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, fl. 86.

Através do Acórdão JF nº 0341-04/06, decidiu a 4.<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) *“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 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”;*
- b) *“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”, cujo teor transcreveu;*
- c) o argumento do autuado de que os débitos objeto da presente autuação devem ser redirecionados para os antigos administradores fraudulentos da empresa não merece prosperar, *“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”;* logo, *“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”, sem prejuízo do fato de que “a responsabilidade tributária tem caráter objeto”, prescrevendo “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”;*
- d) salientou, ainda, 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”, cujo teor transcreveu;*
- e) outrossim, *“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, a autuante reconheceu que na ‘PLANILHA REFERENTE AO DESENQUADRAMENTO DO SIMBAHIA, (EXERCÍCIO DE 2005)’, folhas 11 dos autos, nas colunas ‘ICMS RECOLHIDO E/OU CONSTITUÍDO’ e ‘ANTECIPAÇÃO PARCIAL RECOLHIDA E/OU CONSTITUÍDA’, deixou de considerar os valores dos ‘AI/DE DE Nº 6000004753057, 6000006077059, 6000006754050, 6000004754053 e 6000006078055’, tendo refeito os cálculos e após as alterações, conforme novas planilhas, folhas 78/84, deixam de existir os débitos referente ao Exercício de 2005 (nos meses de abril à dezembro), permanecendo inalterado os demais exercícios, ficando reduzido o débito reduzido para R\$74.216,95, valor com o qual concordo”;* além disso, *“as novas planilhas e documentos acostados quando da informação fiscal, foram entregue cópia ao autuado, sendo aceito tacitamente, uma vez que não apresentou nenhuma impugnação sobre os mesmos”.*

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, reiterando todos os termos e argumentos expendidos em sua peça defensiva. Acrescenta que a sua tese se fundamenta no conceito de responsabilidade fiscal e na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não merecendo, por tal razão, prosperar a Decisão proferida em primeira instância, posto que equivocada quanto à interpretação da defesa do

recorrente, bem como quanto à sua fundamentação jurídica. Assevera que os arts. 134 e 135, do CTN, tratam da responsabilidade tributária de terceiros, ressaltando que o art. 134 determina a responsabilidade de terceiros por solidariedade, ou seja, co-responsabilidade, ao passo que o art. 135 alberga a responsabilidade de terceiros por substituição ao contribuinte, ante a prática de ato doloso. Observa que o art. 135 não trata de responsabilidade solidária, mas sim de responsabilidade por substituição, pois traz em seu bojo a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Argui que o Acórdão recorrido faz citações legais não pertinentes ao objeto da defesa e está bastante confuso na fundamentação jurídica de suas razões, visto que se fundamenta no fato de que o recorrente não se julga devedor de débito. Alega que a sua peça defensiva se fundamentou no quanto disposto no art. 135, do CTN, que prevê a responsabilidade por substituição ante a desconsideração da personalidade jurídica do contribuinte, face ao ato ilícito de seus mandatários e administradores, tudo conforme exaustivamente sustentado na sua impugnação, bem como reiterado em sua peça recursal, inclusive com a citação pertinente de textos dos mais ilustres juristas da área tributária. Questiona como poderia a 4ª Junta de Julgamento Fiscal se equivocar na interpretação dos fundamentos da defesa que pretende o redirecionamento da responsabilidade tributária para os autores do ato ilícito, com espeque na aplicação do art. 135, II, do CTN, à conclusão do relatório da INFIP, quando são cristalinos os termos dos embargos, o texto legal e, ainda mais clara e unânime a interpretação doutrinária a respeito. Pugna pelo provimento do Recurso Voluntário interposto, a fim de que o débito objeto da presente autuação seja redirecionado para os sócios da antiga empresa.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, entendendo que *“Fiquei convencido, diante da fatura do material probante e pela descrição minuciosa dos fatos contidos no bojo do A.I, de que o autuado trata-se de uma empresa de fachada no contexto de um grupo econômico constituída no fito de fraudar o Fisco, ao desdobrar artificialmente o faturamento das empresas integrantes do esquema objetivando a fruição indevida do sistema simplificado de apuração do ICMS-SIMBAHIA.”* Prossegue aduzindo que o autuado *“admitiu essa condição e não se adentrou no mérito do lançamento de ofício em si”*. Assevera que *“Muito embora entendamos que a r. Decisão da JJF esteja perfeita e imune a quaisquer reparos, apenas por amor ao debate, vamos tecer breves comentários acerca dos aspectos ligados a responsabilidade tributária contidos nesta questão, de modo, também, a fornecer os elementos para o estabelecimento da sujeição passiva em uma futura e eventual medida judicial no fito de resguardar os interesses do Fisco.”* Transcreve o art. 133, do CTN, para ressaltar que *“a doutrina entende não haver a sucessão real, tão somente a formal”*, sub-rogando-se o sucessor, neste caso, nos créditos e débitos (ativo e passivo) da sociedade adquirida, naturalmente absorvendo o passivo e as contingências fiscais, posicionamento que se encontra pacificado nos Tribunais pátrios. Observa que, se assim não o fosse, bastaria à sociedade, para escapar dos passivos fiscais, utilizar-se do subterfúgio da alteração do tipo societário ou da simples modificação do quadro societário. Acrescenta que, nos termos do art. 135, do CTN, a cobrança do crédito tributário poderá avançar também sobre os bens da pessoa física, responsável por substituição, não livrando da responsabilização a pessoa jurídica, sujeito passivo primário, razão pela qual o Sr. Gualter Alberto de Mello poderá ser excluído da relação jurídica, se comprovar que não se encontrava na gestão da sociedade no momento da ocorrência do ato ou fato que resultou a constituição do crédito tributário em comento. Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Reparo algum merece o *decisum* de Primeira Instância.

Isso porque, o invocado art. 135, do CTN, ao contrário do quanto pugnado pelo recorrente, não pode ser interpretado de forma isolada, mas sim de forma sistemática com o quanto prescrito no art. 133, do mesmo Diploma Legal.

Estatui o citado artigo de lei, *ad litteram verbis*:

*“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.”*

Ora, é o que sói ocorrer no caso vertente, em que o recorrente deu continuidade à atividade desenvolvida pela antiga empresa, gerida pelos seus sócios administradores fraudulentos, conforme Relatório da IFEP acostado aos autos.

Nesse caso, assente é a doutrina e os sodalícios nacionais pátrios no sentido de que não há sucessão real, mas tão-somente a sucessão formal, sub-rogando-se o sucessor, *in casu* o recorrente, nos créditos e débitos (ativo e passivo) da sociedade adquirida, absorvendo, por lógico, o passivo e as contingências fiscais.

Caso contrário, como bem assinalado no Parecer jurídico emitido pela Douta PGE/PROFIS, *“bastaria à sociedade, para escapar dos passivos fiscais, utilizar-se do subterfúgio da alteração do tipo societário ou da simples modificação do quadro societário”*.

Por outro lado, preceitua o invocado art. 135, do CTN, como complemento à norma anteriormente transcrita, que a cobrança do crédito tributário poderá também avançar sobre os bens da pessoa física, responsável por substituição, fato que, por óbvio, não exime de responsabilidade a pessoa jurídica, considerada o sujeito passivo primário da relação jurídico-tributária.

Impende salientar, ainda nesse envolver, que poderá o novel sócio administrador da empresa, Sr. Gualter Alberto de Mello – pessoa física, ser excluído da relação jurídica, se vier a comprovar que não se encontrava na gestão da sociedade no momento da ocorrência do ato ou fato que resultou a constituição do crédito tributário em comento.

*Ex positis*, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo 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 **147324.0018/06-7**, lavrado contra **LIMIAR COMÉRCIO DE MODAS LTDA. (LIMINAR MODAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.216,95**, 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, 26 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. PGE/PROFIS