

PROCESSO - A. I. Nº 269114.0601/06-9
RECORRENTE - FATAL COMÉRCIO DE MODA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão JJF nº 0073-03/07
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 08/01/2008

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0407-11/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou comprovado que houve irregularidade no enquadramento da empresa, sendo correto o seu desenquadramento. Refeitos os cálculos pelo autuante para deduzir valores lançados em PAFs anteriores, referentes ao exercício de 2005. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão relativa ao Auto de Infração em tela, lavrado em 22/06/2006, exigindo R\$33.881,33 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatado recolhimento do ICMS efetuado a menos 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 desenquadramento, no período de janeiro de 2003 a janeiro de 2006.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 78 a 84), alegando, preliminarmente, que o estabelecimento autuado integrava, juntamente com outras pessoas jurídicas, um grupo de empresas administradas pela família do Sr. Altamiro Lopes da Silva, que foi denominado Grupo Pacto Federal, considerando ser este o nome fantasia sob o qual giravam os estabelecimentos comerciais. Aduz que de acordo com o relatório resultante da investigação realizada pela INFIP, a maioria dessas empresas foi constituída por interpostas pessoas (funcionários e parentes dos administradores) sob o comando de Altamiro Lopes da Silva, Rosângela de Souza e Altamir Ribeiro Lopes, apresentando o mencionado relatório, a conclusão de que os administradores, ao longo dos últimos anos, vinham desenvolvendo uma gestão temerária, fundada em atos fraudulentos. Diz 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 de fundo de comércio, as quotas sociais e o fundo de comércio do estabelecimento autuado, bem como outras vinte lojas que também foram autuadas com base no mesmo relatório da INFIP. Assim, constatou que o que parecia ser um bom negócio havia se tornado um pesadelo, que o levaria a querer rescindir o negócio, voltando ao status anterior, anulando as alterações dos contratos sociais, em ação judicial e livrando-se de um problema desnecessário. Quanto ao mérito o defensor alega que a figura do devedor na relação jurídico tributária pode ser tanto o contribuinte quanto o responsável tributário. Cita os conceitos e artigos do CTN, apresentando o entendimento de que a exigência fiscal deve ser redirecionada a quem de direito, ou seja, quem deve responder pelo imposto ora exigido, são os antigos administradores do Grupo Empresarial, Srs. Altamiro, Altamir e Rosângela, com base no art. 135, do CTN, que transcreveu. Diz que o relatório da INFIP, que fundamentou o desenquadramento, traz a informação de que houve a prática de atos fraudulentos pelos antigos administradores, inclusive pela criação sucessiva de empresas no intuito de furtarem-se ao pagamento dos débitos anteriormente constituídos. Salienta que não se pode atribuir responsabilidade das empresas do Grupo Pacto Federal, independente dos fatos que deram origem, ao Sr. Gualter Alberto de Melo, pelo simples fato de

este ter adquirido, de boa-fé, as cotas sociais e o Fundo de Comércio de parte das empresas que constituíram o Grupo Pacto Federal, e agindo dessa forma, a SEFAZ está transferindo a responsabilidade de atos ilícitos para aqueles que nada praticaram, enquanto os verdadeiros responsáveis escaparam incólumes. Finaliza, pedindo que seja efetuado o desconto no presente Auto de Infração, do valor denunciado e parcelado no PAF 056570.2006-4; que seja redirecionado o débito exigido a quem de direito que deve responder por eles, os mandatários e administradores Altamiro, Altamir e Rosângela.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 96/97 dos autos, esclarece que em relação à primeira solicitação, na planilha referente ao desenquadramento, foram considerados todos os pagamentos de ICMS provenientes de Auto de Infração/Denúncia Espontânea dos exercícios de 2003, 2004 e 2006. Diz que em relação ao exercício de 2005 foi anexada uma nova planilha com os valores corrigidos referentes aos débitos já lançados. Informa, ainda, que está acostando aos autos um levantamento discriminando os valores correspondentes aos débitos do AI/DE. Quanto ao PAF de nº 056570.2006.4, de 18/04/06, citado pelo defendant, trata-se de requerimento relativo ao pedido de levantamento dos débitos existentes de empresas do Grupo Pacto Federal, mas os valores dos débitos mensais foram considerados nos Demonstrativos Mensais. Referente ao pedido de redirecionamento do débito fiscal, salienta que deixa para apreciação do órgão julgador. Por fim, pede a manutenção do presente lançamento.

À fl. 124 do PAF, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, constando à fl. 125, o respectivo Aviso de Recebimento. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

Vindos a analise do presente PAF, os ilustres julgadores não acatam as alegações defensivas do sócio da empreso autuado, Sr. Gualter Alberto de Melo, as quais se apóiam na informação da aquisição, através de contrato de cessão onerosa de cotas sociais e compra e venda de fundo de comércio do estabelecimento autuado, e de outras vinte lojas do Grupo Pacto Federal, todas autuadas com base no relatório da INFIP, e entendendo que a exigência fiscal deve ser redirecionada aos antigos administradores do Grupo Empresarial, Srs. Altamiro, Altamir e Rosângela.

Têm em vista que, de acordo com o previsto no Código Tributário Nacional, no Capítulo da Responsabilidade Tributária, art. 133, o adquirente do estabelecimento responde pelos débitos fiscais referentes ao mesmo até a data do ato de aquisição da empresa ou do fundo de comércio, se este continuar com a respectiva exploração sob a mesma ou outra razão social.

Explicitam ocorrer sucessão empresarial, para efeitos de responsabilidade tributária, quando houver aquisição do patrimônio, constituído por estabelecimento comercial ou fundo de comércio, na assunção do ativo e passivo da empresa adquirida. E que nesta situação, a pessoa física ou jurídica 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 individual, responde pelo tributo, relativo ao fundo ou estabelecimento adquirido, devido até a data do ato. Concluem os ilustres julgadores que se uma pessoa física ou mesmo uma empresa adquire de outra os bens do ativo fixo e estoque de mercadorias, e segue com a atividade comercial, ainda que com outra razão social, presume-se que houve aquisição de fundo de comércio, configura-se a sucessão com a consequente transferência da responsabilidade tributária.

Abordando a questão do desenquadramento efetuado, que gerou a exigência do imposto no presente processo, ressaltam ter havido reconhecimento pelo próprio autuado que irregularidades foram constatadas mediante investigação realizada pela INFIP, e apontam que o RICMS/97 prevê a perda do tratamento tributário do SimBahia em decorrência de infração considerada pela legislação de natureza grave, conforme determina o art. 408-L, incisos II, IV e VII.

Com referência ao pedido apresentado, quanto ao desconto no presente Auto de Infração, do valor denunciado e parcelado anteriormente, restou esclarecido pelo autuante, conforme

comprovado no levantamento fiscal acostado aos autos, que foram considerados todos os pagamentos de ICMS provenientes de Auto de Infração/Denúncia Espontânea dos exercícios de 2003, 2004 e 2006, e em relação ao exercício de 2005 foi anexada uma nova planilha com os valores retificados, computando os débitos já lançados.

Quanto ao PAF de nº 056570.2006.4, de 18/04/06, citado pelo defendant, informam se tratar de requerimento relativo ao pedido de levantamento dos débitos existentes de empresas do Grupo Pacto Federal, cujos valores dos débitos mensais foram considerados nos Demonstrativos Mensais. Da apreciação da nova planilha elaborada pelo autuante, deduzindo os valores já lançados em PAFs anteriores referentes ao exercício de 2005, são de opinião que deva prevalecer os valores apurados à fl. 99, em substituição ao demonstrativo de fl. 10, o que altera o total do débito exigido, de R\$33.881,33 para R\$27.486,66.

Face ao exposto, julgam pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente apresentou sua irresignação a fls. 144 a 149 dos autos, versando sobre as mesmas considerações vindas quando da defesa inicial.

Entende que a figura do devedor possa ser tanto a do contribuinte quanto a do responsável tributário, citando o art. 121 do CTN, parágrafo único inciso.

Alude ao art. 128 do CTN, realçando a atribuição especificada pela Lei de modo expresso, obrigando a terceira pessoa, excluindo a responsabilidade do contribuinte, dentro das situações de responsabilidade por sucessão a responsabilidade por transferências. Destacam que o art. 135 trata da responsabilidade por substituição, não da solidária, pois comporta em seu bojo a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e que o mesmo em seu inciso II aponta os mandatários, prepostos e empregados, os pessoalmente responsáveis pelos créditos passivos de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da Lei, contrato Social ou Estatutos.

Citam os mestres de direito, José Jayme de Macedo e Alyomar Baleiro com citações em defesa ao seu pleito, acusando o Acórdão recorrido de ter efetuado citações legais não pertinentes ao objeto da defesa, e confuso na fundamentação jurídica de suas teses. Alertam para que fique claro seu entendimento de que a tese da defesa não procura abrigo no art. 134 do CTN (responsabilidade solidária), mas sim no art. 135 (responsabilidade por substituição), haja vista a desconsideração da personalidade jurídica do contribuinte face ao ilícito de mandatários.

Aduz ao final de seu Recurso Voluntário, entender que a SEFAZ indevidamente está transferindo a responsabilidade de ilícitos fiscais para agentes que nada praticaram, enquanto os verdadeiros responsáveis escapam do alcance tributário e penal. Requer em seu pedido para que, com fulcro no artigo 135, II, seja julgado procedente o presente Recurso Voluntário, ordenando-se o redirecionamento do débito fiscal aos mandatários e administradores anteriores, srs. Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosangela de Souza.

O opinativo elaborado pela PGE/PROFIS pela ilustre procuradora Dra. Ângeli Maria Guimarães Feitosa é pela ir reforma do Acórdão relativo ao PAF em comento, citando que o aludido art. 135 do CTN, citado no Recurso Voluntário apresentado, não cuida da hipótese da despersonalização da pessoa jurídica no âmbito tributário, mas sim da responsabilidade pessoal dos mandatários, prepostos, gerentes, diretores ou representantes dessas pessoas jurídicas, pelas obrigações tributárias resultantes dos atos que infrinjam a Lei ou o contrato social; e que a responsabilidade desses agentes não exclui a sujeição passiva da própria pessoa jurídica devedora.

Cita a ilustre procuradora que o cerne da responsabilidade tributária prevista no citado art. 135 do CTN, localiza-se no art. 128 do mesmo Código, transcrevendo “...a Lei pode atribuir de modo expresso, a responsabilidade tributária, a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

Conclui citando entendimento do emérito Hugo de Brito Machado, e comentando que dado o art. 135 do CTN não excluir expressamente a responsabilidade do contribuinte, esta mantém-se concomitantemente à responsabilidade tributária dos agentes referidos. Assim, mesmo que fatos geradores tenham decorrido de ilícitos de gestores à época, permanece sua responsabilidade por esses débitos.

Aduz mais que, se a pessoa jurídica de beneficiou de alguma forma dos atos praticados pelos gestores na infração da Lei ou do excesso de poder, sua responsabilidade pelo débito advém, consoante art. 124 do CTN.

Desta forma, o sr. Gualter Alberto de Melo ao adquirir a empresa e dar continuidade às suas operações comerciais, assumiu os tributos devidos, de forma integral ou subsidiária com o alienante, consoante art. 133 do CTN.

Emite Parecer pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Constam dos embargos oferecidos pelo recorrente, relação de empresas adquiridas pelo mesmo, dentre as quais é citada a Fatal Comércio de Modas Ltda., Inscrição Estadual nº 58792982, objeto da ação fiscal de que trata o presente PAF.

Aduz o mesmo que adquiriu estas empresas pertencentes ao Grupo Pacto Federal, tornando-se assim sócio majoritário e administrador das mesmas desde novembro de 2005, tendo desde o início de sua gestão agido de conformidade aos objetivos sociais, conforme compete ao administrador de fato e de direito.

O fulcro de suas alegações gira em torno da aplicação enganada da Decisão recorrida, derivada da subsequente interpretação de entendimento errôneo, diferente do que deveria ter fluído das disposições legais, as quais no CTN explicitariam que o responsável tributário é o que passa a ocupar o lugar do contribuinte no adimplemento da obrigação tributária, citando em seu auxílio o art. 128 do CTN, e concluindo que o Auto de Infração em comento deva ser redirecionado aos antigos administradores.

Vejo que no art. 135 do CTN, no qual o recorrente solidificou sua defesa, a responsabilidade pessoal dos gestores da administração não exclui da pessoa jurídica à submissão ao crédito tributário. A responsabilidade pessoal não exclui ou substitui a responsabilidade exclusiva da pessoa jurídica, na espécie, do contribuinte, e em momento algum é afastada essa responsabilidade exclusiva.

Pelos termos do mencionado art. 135, dado não estar expressa a exclusão da responsabilidade do contribuinte, concluo que esta mesma mantém-se concomitante às dos agentes gestores referidos.

Por ter adquirido e continuado suas atividades, o recorrente assumiu os débitos tributários dessa pessoa jurídica, até a data de sua aquisição, integralmente ou subsidiariamente com o alienante, conforme art. 133 do CTN, o qual dispõe;

"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 06 meses da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo do comércio, indústria ou profissão".*

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 269114.0601/06-9, lavrado contra **FATAL COMÉRCIO DE MODA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.486,66**, 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, 11 de dezembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS