

AI. N° - 269114.0610/06-8
AUTUADO - ESCOPO COMÉRCIO DE MODAS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 02/03/07

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0044-03/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. O contribuinte não questionou o débito apurado, atribuindo a responsabilidade ao antecessor. Tendo o sucessor dado continuidade às atividades do estabelecimento, a responsabilidade pelos créditos tributários apurados relativos ao período anterior à sucessão, é devida pela pessoa jurídica sucessora. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 22/06/06 e exige ICMS acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos do imposto. Consta, na descrição dos fatos que o imposto foi recolhido a menos, em razão do desenquadramento de ofício da condição de participante do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) para o regime NORMAL, decorrente de infração cometida pelo contribuinte, decorrente do processo de investigação fiscal do GRUPO PACTO FEDERAL, 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 art. 408-P, 408-L, II, III e IV e 408-S do RICMS/BA (abril/02 a janeiro/06) - R\$74.270,02.

O autuado, em impugnação apresentada pelo sócio Gualter Alberto de Melo, (fls. 94 a 108), inicialmente esclarece que juntamente com outras pessoas jurídicas integrava um grupo de empresas administradas pela família do Sr. Altamiro Lopes da Silva, denominada Grupo Pacto Federal, nome de fantasia que designava os diversos estabelecimentos sob um “contrato de franquia”. Conforme relatado na investigação da IFIP, as empresas foram constituídas por funcionários e parentes dos administradores (Altamiro Lopes da Silva, Rosângela de Souza e Altamir Ribeiro Lopes), com objetivo de desviar a responsabilidade tributária, comercial e trabalhista, através de um processo fraudulento de sucessão comercial. Posteriormente, com intuito de reduzir seu passivo tributário, enquadram as empresas no SimBahia e criaram novas pessoas jurídicas vinculadas (franquia) ao nome fantasia Pacto Federal.

Relata que os administradores perderam o controle de seus atos, conduzindo as empresas a uma situação caótica, temendo uma reação em cadeia dos “sócios” (empregados e parentes), ao serem responsabilizados pelos atos praticados, aceitaram uma proposta do Sr. Gualter Alberto de Melo para adquirir as empresas, o qual declara não ter naquele momento, “ciência do passivo oculto resultante dos atos ilícitos daqueles administradores”.

Diz que, conforme relatório da SEFAZ, adquiriu em novembro/05, as quotas sociais e o fundo de comércio, por meio de contrato de cessão onerosa, da empresa ora autuada, bem como das outras vinte empresas, dando início ao processo de alteração dos contratos sociais, tendo iniciado com a empresa Tulipa Comércio de Moda Ltda, registrada em 11/01/06, passando às demais onde figura como sócio, juntamente com a citada empresa (Tulipa), ressaltando que não agiu de má-fé.

Informa que ao se dirigir à INFRAZ VAREJO em 12/01/06, tomou conhecimento da realidade dos fatos que até então ignorava, da extensão e gravidade dos atos praticados pelo Sr. Altamiro, Altamir e Rosângela ao longo do passado. Salienta que ao adquirir as cotas sociais e fundo de comércio das empresas, sabia da situação econômica difícil, débito junto a bancos, fornecedores, Fisco e que pretendia superar com uma boa administração.

Afirma que diante desta situação pensou em rescindir o negócio, mas como já estava há meses na administração da empresas, estreitando contato com funcionários, decidiu levar o negócio adiante, buscando amparo legal e judicial. Relacionou vinte e uma empresas (fls. 97 e 98), das quais já procedeu a alteração do quadro social de vinte delas, exceto a empresa Capanema Comércio de Moda Ltda, a qual não foi transferida o fundo de comércio, notificando os antigos sócios da propositura de desconstituição da alteração contratual em relação a esta empresa.

Destaca que após a aquisição das empresas, procurou sanear a situação financeira da empresa (autuado), junto a bancos e fornecedores, apresentou-se voluntariamente à SEFAZ para regularizar a situação das empresas adquiridas, tendo efetuado a Denúncia Espontânea nº 056570.2006-4 e solicitado parcelamento no valor de R\$461.843,02. Requer que seja deduzido do Auto de Infração em questão, do valor correspondente que já foi denunciado.

Ressalta que possui capacidade econômica necessária para integrar o quadro social das empresas, conforme Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física que junta ao processo, passando então à análise do mérito.

No mérito, diz que a obrigação tributária se assenta sobre o fato gerador, tributo, e sujeitos (ativo e passivo). Aduz que à presente defesa pretende se fundamentar na identificação do devedor da obrigação tributária, na condição de contribuinte ou responsável, nos termos do art. 121, I, II e 128 do Código Tributário Nacional (CTN), que transcreveu à fl. 100.

Afirma que a responsabilidade tributária pode ser transferida para terceiros, por sucessão e a terceiros (responsável), nos termos dos art. 129, 133 e 135, II do citado diploma legal. Diz que no seu entendimento, nos termos do art. 135, III do CTN, o crédito tributário em questão deve ser responsabilizado aos antigos administradores: Altamiro, Altamir e Rosângela. Cita parte de publicação de autoria de José Jayme de Macedo e Alyomar Baleiro, para reforçar seu posicionamento de que o crédito tributário resultante de atos dolosos afasta a relação tributária do contribuinte substituído.

Comenta que o Auto de Infração em lide, decorre do desenquadramento do Simbahia, como resultado de investigação fiscal, que apurou atos fraudulentos praticados com excesso de poderes e infração à lei pelos antigos administradores, objetivando satisfação de interesses pessoais. Salienta que a desconsideração da personalidade jurídica positivada nos art. 135 do CTN e posteriormente no art. 50 do Código Civil Brasileiro (CCB), visa proteger a personalidade jurídica das sociedades, ou de sócios e administradores que tenham agido de acordo com a lei, objeto social, contrato e estatuto, penalizando pessoalmente os agentes que tenham praticados atos fraudulentos na sua gestão, que na situação presente, o Srs. Altamiro, Altamir e Rosângela.

Destaca que adquiriu de boa fé, cotas sociais e fundos de comércio das empresas que constituíam o grupo PACTO FEDERAL, vêm adotando medidas corretivas para regularizar a situação econômica e fiscal das empresas adquiridas e não constitui um instrumento dos antigos administradores do grupo.

Alega que ao exigir o crédito tributário do autuado, a SEFAZ está transferindo a responsabilidade de atos ilícitos para aqueles que nada praticaram, enquanto os verdadeiros agentes ficam incólumes da responsabilidade tributária e penal pelo que fizeram, o que no seu entendimento constitui um incentivo à prática de outros ilícitos em prejuízo de terceiros de boa-fé.

Por fim, requer pelos fatos e fundamentos expostos, que seja efetuado um desconto neste Auto de Infração, do valor já denunciado e parcelado e com fulcro no art. 135, II do CTN, o débito fiscal oriundo do Auto de Infração ora defendido seja redirecionado aos mandatários e administradores Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 120 e 121, inicialmente esclarece que não há ICMS pagos ou débitos de ICMS provenientes de Auto de Infração ou Denúncia Espontânea, relativo a débitos já lançados, conforme lista de PAF por estabelecimentos e de demonstrativos de débitos que junta ao processo (Anexo C).

Relativamente ao PAF 056570.2006-4, citado pelo autuado, diz que se trata de um requerimento para levantamento de débitos existentes das empresas que constitui o grupo PACTO FEDERAL e que não cabe dedução de nenhum valor deste Auto de Infração.

Em relação ao pedido de redirecionamento do débito fiscal, diz que deixa tal apreciação a critério dos julgadores.

Finaliza pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme documentos juntados às fls. 130/131, inclusive entregue cópia da mesma e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, o que não ocorreu no prazo concedido.

VOTO

O Auto de Infração trata da exigência do ICMS apurado pelo regime NORMAL, em decorrência do desenquadramento do contribuinte do regime simplificado (SimBahia).

O autuado não questionou na sua defesa a base de cálculo e o valor do débito apurado pela fiscalização, tendo fundamentado que adquiriu cotas e fundo de comércio da empresa ESCOPO COMÉRCIO DE MODAS LTDA, integrante do grupo de empresas PACTO FEDERAL, em novembro/05 e, que ignorava a existência de débitos tributários decorrentes dos atos ilícitos praticados pelos antigos sócios administradores.

Fundamentou sua defesa no sentido de que a responsabilidade tributária pelo ilícito fiscal, devendo ser transferida para a pessoa dos antigos administradores (Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza), nos termos dos art. 129, 133 e 135, III do CTN e pediu que fosse descontado deste Auto de Infração, o valor que já foi denunciado e parcelado.

Conforme relatado anteriormente, o impugnante declarou que adquiriu cotas sociais e fundos de comércio do estabelecimento comercial autuado, no mês de novembro/05, e deu continuidade às atividades mercantis.

O art. 133 do CTN estabelece:

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 seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Dessa forma, na situação presente, tendo adquirido a empresa e dado continuidade às suas atividades mercantis, o sucessor assumiu a responsabilidade pessoal pelos créditos tributários do estabelecimento adquirido (art. 131 do CTN), tendo em vista que nos casos de sucessão empresarial, a empresa sucessora assume todo o patrimônio da sucedida, abrangendo tanto os direitos como as obrigações já contratadas. Ficando caracterizado o descumprimento à legislação tributária, por parte do estabelecimento, relativos a fatos geradores anteriores ao momento da sucessão, o crédito tributário é de responsabilidade da pessoa natural ou jurídica do adquirente.

Observo que a legislação do ICMS/BA estabelece que não incidem o imposto, nas operações internas, decorrente da transmissão da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transferência em caso de sucessão "inter vivos", tais como venda de

estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão (art. 6º, XI, “b” do RICMS/BA). Logo, sendo o ICMS um imposto não cumulativo, as empresas adquiridas que derem continuidade às suas atividades mercantis, além de isentar a operação de transferência de propriedade, assegura também ao adquirente, a utilização de crédito fiscal do imposto, se porventura o estabelecimento tiver créditos fiscais acumulados ou que representa um ativo circulante. A contrário senso, existindo obrigações tributárias anteriores ao momento da sucessão, a obrigação principal deve ser imposta ao sucessor, cabendo a ele entrar com uma ação regressiva contra o antecessor.

Saliento que a responsabilidade pessoal por créditos tributários resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, deve ser atribuída a diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (art. 135, III do CTN), como quer o impugnante, quando houver impossibilidade de exigência da obrigação principal pelo contribuinte, nos termos do art. 134 do mencionado diploma legal. Neste caso, tendo o sucessor dado continuidade às atividades do estabelecimento autuado, a responsabilidade pelos créditos tributários apurados relativos ao período anterior à sucessão, é devida pela pessoa jurídica sucessora que continuou explorando as atividades da empresa e não dos sócios e mandatários antecessores. Concluo pelo não acolhimento da primeira alegação defensiva.

Quanto ao pedido para que fossem deduzidos do Auto de Infração, os valores relativos a lançamentos de Auto de Infração ou Denúncia Espontânea, também não pode ser acatado, tendo em vista que o defensor não juntou ao processo, qualquer documento para provar tal alegação. Na informação fiscal, o autuante esclareceu que não há ICMS pagos ou débitos de ICMS provenientes de Auto de Infração ou Denúncia Espontânea, e que o PAF 056570.2006-4, citado pelo autuado, trata-se apenas de um requerimento para levantamento de débitos existentes das empresas que do grupo PACTO FEDERAL. Cientificado da informação fiscal, não se manifestou.

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como não foi apresentado com a defesa, qualquer documento para provar o alegado, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do citado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração n.º 269114.0610/06-8, lavrado contra **ESCOPO COMÉRCIO DE MODAS LTDA**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.270,02** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR