

AI. Nº - 269114.0605/06-4
AUTUADO - ATRIBUTO COMÉRCIO DE MODA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 25/04/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0111-03/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou comprovado que houve irregularidade no enquadramento da empresa, sendo correto o seu desenquadramento. Elaborado novo demonstrativo de débito pelo Autuante, acatando valores objeto de processos administrativos anteriores, com redução do valor total da Autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/06/2006 e exige ICMS acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos, por erro na apuração 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, apurada em consequência 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. As infrações foram apuradas no período de janeiro/2003 a novembro/2005, com débito de ICMS no valor histórico de R\$129.881,66.

O autuado, em impugnação apresentada pelo sócio Gualter Alberto de Melo (fls. 68 a 77), 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”. Continua dizendo que, conforme relatado na investigação da INFIP, a maioria das empresas foi constituída 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. E que posteriormente esses administradores, com o intuito de reduzir seu passivo tributário, enquadraram as empresas no SimBahia e criaram novas pessoas jurídicas vinculadas (franquia) ao nome de fantasia Pacto Federal. Relata que os administradores teriam realizado gestão temerária e perdido o controle de seus atos, conduzindo as empresas a uma situação caótica; e que, 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 o Sr. Gualter Alberto de Melo, conforme relatório da SEFAZ, adquiriu em novembro/2005 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 11/01/2006, 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 INFAZ VAREJO em 12/01/2006, 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 de sua gestão. 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. 71 e 72), das quais já procedeu a alteração do quadro social de vinte, 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 das mesmas, inclusive da ora autuada, 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\$461.843,029”. Requer que seja deduzido do Auto de Infração em análise o 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 (fls. 85 a 88), 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 a presente defesa pretende se fundamentar na identificação do devedor da obrigação tributária, na condição de contribuinte ou responsável, nos termos dos arts. 121, I, II e 128 do Código Tributário Nacional - CTN, que transcreveu à fl. 74. Afirma que a responsabilidade tributária pode ser transferida para terceiros, por sucessão e a terceiros (responsável), nos termos dos arts. 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 Baleeiro, 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 no 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 praticado atos fraudulentos na sua gestão, que na situação presente, afirma serem o Sr. Altamiro, Altamir e Rosângela. Destaca que adquiriu de boa fé cotas sociais e fundos de comércio das empresas que constituíam o Grupo Pacto Federal; que vem adotando medidas corretivas para regularizar a situação econômica e fiscal das empresas adquiridas, e que não constitui um instrumento dos antigos administradores do grupo. Questiona o fato de ter sido autuado o Sr. Gualter Alberto de Melo, ao invés dos antigos administradores. 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. 94 e 95, lista os dois itens do pedido da impugnação ao lançamento Fiscal, e assim se manifesta: quanto a ser efetuado o desconto, no presente Auto de Infração, do respectivo valor denunciado e parcelado no PAF 056570.2006-4, relativamente aos exercícios de 2003 e 2004, informa que, conforme planilhas anexadas às fls 08 e 09 do PAF, na coluna ICMS PROCESSO ADMINISTRATIVO, foram considerados os débitos oriundos de Auto de Infração ou de Denúncia Espontânea quando pertinente. Nestes exercícios, na Informação Fiscal foi mantido o valor histórico do débito cobrado; quanto ao exercício de 2005, o autuante anexou nova planilha com os valores corrigidos referentes aos débitos já lançados – Anexo A, à fl.97. Neste exercício, o valor do débito foi reduzido de R\$29.563,00, na planilha de fl. 10, para R\$21.286,24, conforme planilha de fl. 97. O Autuante também anexa, ao presente PAF, levantamento discriminando os valores da coluna ICMS PROCESSO ADMINISTRATIVO utilizados para o cálculo do débito no exercício de 2005, com a descrição de todos os Processos e valores respectivos. – Anexo B, à fl.99; e cópia da lista de PAF's por estabelecimento com os respectivos Demonstrativos de Débitos oriundos de Auto de Infração e de Denúncia Espontânea - Anexo C, às fls. 99 a 115. Relativamente ao PAF 056570.2006-4, de 18/04/2006, citado pelo autuado, diz que se trata de um requerimento para levantamento de débitos existentes das empresas que constituem o grupo PACTO FEDERAL. Explicita que “todos os débitos tributários da Autuada foram considerados nos “Demonstrativos mensais totais dos débitos já constituídos” (Anexo B), independente de serem ou não abrangidos por este PAF”. Anexo B, à fl. 99. 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. 116 e 117, inclusive tendo sido feita a entrega de 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 ATRIBUTO COMÉRCIO DE MODAS LTDA, integrante do grupo de empresas PACTO FEDERAL, em novembro/2005, 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 crédito tributário, ora exigido, deveria ser transferida para as pessoas dos antigos administradores (Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza), nos termos dos arts. 129, 133 e 135, III do CTN, e pediu que fosse descontado, deste Auto de Infração, o valor 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/2005, 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, II, 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 da isenção correspondente à operação de transferência de propriedade, se assegura também, ao adquirente, a utilização de crédito fiscal do imposto, se porventura o estabelecimento tiver créditos fiscais acumulados ou que representem 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, no período anterior à sucessão, é da 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, embora o defendente não tenha juntado ao processo qualquer documento para provar tal alegação, na informação fiscal o autuante os deduziu, retificando para menos os valores devidos no exercício de 2005, elaborando nova planilha de débito e anexando os documentos comprobatórios dos valores que considerou.

Reelaborado abaixo o Demonstrativo de Débito com as alterações referentes ao exercício de 2005, com base nas planilhas elaboradas pelo autuante às fls. 08, 09 e 97 dos autos:

Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Devido
01/01/2003	09/02/2003	14.644,47	17	60	2.489,56
28/02/2003	09/03/2003	18.684,29	17	60	3.176,33
31/03/2003	09/04/2003	16.369,29	17	60	2.782,78
30/04/2003	09/05/2003	24.259,11	17	60	4.124,05
31/05/2003	09/06/2003	29.638,11	17	60	5.038,48
30/06/2003	09/07/2003	73.576,64	17	60	12.508,03
31/07/2003	09/08/2003	16.653,58	17	60	2.831,11

31/08/2003	09/09/2003	19.602,47	17	60	3.332,42
30/09/2003	09/10/2003	15.808,47	17	60	2.687,44
31/10/2003	09/11/2003	20.815,35	17	60	3.538,61
30/11/2003	09/12/2003	22.639,11	17	60	3.848,65
31/12/2003	09/01/2004	76.789,00	17	60	13.054,13
01/01/2004	09/02/2004	18.431,82	17	60	3.133,41
28/02/2004	09/03/2004	25.871,76	17	60	4.398,20
31/03/2004	09/04/2004	26.697,11	17	60	4.538,51
30/04/2004	09/05/2004	14.908,58	17	60	2.534,46
31/05/2004	09/06/2004	19.968,82	17	60	3.394,70
30/06/2004	09/07/2004	53.978,82	17	60	9.176,40
30/09/2004	09/10/2004	9.424,11	17	60	1.602,10
31/10/2004	09/11/2004	10.494,76	17	60	1.784,11
30/11/2004	09/12/2004	16.932,23	17	60	2.878,48
31/12/2004	09/01/2005	43.921,76	17	60	7.466,70
01/01/2005	09/02/2005	4.234,11	17	60	719,80
28/02/2005	09/03/2005	3.924,05	17	60	667,09
31/03/2005	09/04/2005	9.248,88	17	60	1.572,31
30/04/2005	09/05/2005	8.162,29	17	60	1.387,59
31/05/2005	09/06/2005	18.880,23	17	60	3.209,64
30/06/2005	09/07/2005	42.354,47	17	60	7.200,26
31/07/2005	09/08/2005	11.279,76	17	60	1.917,56
31/08/2005	09/09/2005	8.484,52	17	60	1.442,37
30/09/2005	09/10/2005	5.795,05	17	60	985,16
30/11/2005	09/12/2005	12.849,76	17	60	2.184,46
TOTAL					121.604,90

Assim, o total do débito histórico da Infração 01 do Auto de Infração deixa de ser R\$129.881,66 e passa a ser de R\$121.604,90.

Quanto ao PAF 056570.2006-4, citado pelo autuado, o autuante informou tratar-se apenas de um requerimento para levantamento de débitos existentes das empresas que fazem parte do Grupo Pacto Federal, fato não contestado pelo contribuinte, que foi cientificado da informação fiscal e não se manifestou no prazo concedido.

Diante do exposto, acato a correção do débito efetuada pelo autuante, e voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **269114.0605/06-4**, lavrado contra **ATRIBUTO COMÉRCIO DE MODAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$121.604,90**, 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, 04 de abril de 2007.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR

