

A. I. Nº - 278998.0011/07-5
AUTUADO - FASTMED COMERCIAL DE MEDICAMENTOS E PROD. FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA AUXILIADORA FALCÃO MENEZES
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 27/11/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0348-03/08

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. a) REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. É devida a multa exigida, tendo em vista que o fato constitui impedimento para realização de procedimentos de fiscalização. b) EXTRAVIO DE LIVROS FISCAIS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. É devida multa por descumprimento de obrigação acessória correspondente ao extravio dos livros e documentos fiscais. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. A legislação prevê o pagamento do imposto por antecipação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas por estabelecimento não credenciado, na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2007, refere-se à exigência de R\$7.645,29 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$1.880,00, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de escrituração do livro Registro de Inventário nos exercícios de 2003 a 2005, sendo exigido multa no valor de R\$460,00.

Infração 02: Extravio de 100 Notas Fiscais de Saída de numeração 1601 a 1650 e 1651 a 1700, sendo exigido multa no valor de R\$500,00.

Infração 03: Extravio de livros fiscais referentes aos exercícios de 2004 e 2005, sendo exigido multa no valor de R\$920,00.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA (medicamentos), conforme demonstrativos e notas fiscais às fls. 31 a 63 do PAF. Exercício de 2003, meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, agosto, outubro, novembro e dezembro; 2004, meses de março, julho, agosto e setembro; 2005, meses de janeiro, maio, junho e outubro. Valor do débito: R\$5.568,11.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA (medicamentos), conforme demonstrativos e notas fiscais às fls. 64 a 218 do PAF. Exercício de 2003, meses de março, e de maio a novembro; 2004, meses de janeiro a dezembro. Valor do débito: R\$2.077,18.

O sócio da empresa, Sr. Josias Almeida Mendes , por meio de advogado com procuração à fl. 231, apresentou impugnação (fls. 223 a 230), alegando que ingressou na sociedade em 13/04/2005, e que ao assumir a condição de sócio da empresa não tinha conhecimento das infrações que ocorreram em datas anteriores ao seu ingresso na sociedade. Assim, o recorrente afirma que as infrações ocorridas no período anterior a 13/04/2005, em que não era sócio da empresa, não são por ele reconhecidas, devendo a SEFAZ intimar os responsáveis à época. Quanto ao período em que o requerente atuou como sócio da empresa ao lado do Sr. José Raimundo Sampaio Oliveira, quando ocorreram outras infrações, diz que várias circunstâncias lhe deram causa. Assevera que logo após o seu ingresso como sócio da empresa, o requerente sofreu graves problemas de saúde, tendo sofrido um Infarto Agudo no Miocárdio, se submetendo a um intensivo tratamento, o que o impediu de dirigir a empresa pelo tempo em que esteve afastado. Reconhece que nesse período, muitas irregularidades ocorreram, tendo o seu sócio efetuado saques de altos valores na conta da empresa, fato que o defensor tomou conhecimento por meio dos extratos bancários. Diz que descobriu também, que foi vítima de estelionato, tendo o seu sócio falsificado a sua assinatura em várias oportunidades, sendo notado ainda, que o seu sócio vendeu inúmeras notas fiscais da empresa, além de ter extraviado vários documentos. Diante da situação, o defensor informa que recorreu à Justiça, pleiteando em sede de Liminar, o afastamento do Sr. José Raimundo Sampaio de Oliveira, e o pleito do requerente foi prontamente deferido pelo Juiz da 26ª Vara Cível de Salvador. Diz que em relação à conduta do Sr. José Raimundo à época em que o requerente esteve afastado, relativamente à venda de notas fiscais e extravio de documento, que foram objeto das infrações 01, 02 e 03, o defensor entende que não pode ser responsabilizado, devendo o mencionado sócio “pagar a conta” pelos transtornos que causou. Quanto ao fato gerador do imposto, o defensor transcreve os artigos 234, 235, 236 e 237 do Código Tributário Nacional e decisões do Supremo Tribunal Federal. O requerente reafirma que não pode ser responsabilizado por multas relacionadas aos seus antecessores na sociedade, devendo estes responderem pelas infrações 04 e 05. Quanto às infrações 01, 02 e 03, assegura que a doutrina e a jurisprudência apresentam o entendimento de que a conduta dolosa do sócio da sociedade empresarial causa a desconstituição da pessoa jurídica, conforme Lei 6.404/1976, ensinamentos de Maria Helena Diniz, citando também o Acórdão nº 62511 no processo de nº 16582-5/2003 e o Acórdão 12219 no processo de nº 31.028-7/2002, transcrevendo as respectivas ementas. Finaliza, pedindo que seja julgada procedente a defesa administrativa apresentada, declarando nulo o presente Auto de Infração, lavrando outro Auto de Infração contra a pessoa física do sócio da empresa, Sr. José Raimundo Sampaio de Oliveira, relativamente aos itens 01, 02 e 03 do Auto de Infração. Quanto aos itens 04 e 05, que a autuação fiscal seja efetuada contra os antigos sócios da empresa, os Srs. José Bittencourt Câmara Neto e Ana Lúcia Câmara Guardiani.

A autuante, em sua informação fiscal à fl. 247 dos autos, diz que foi analisada a documentação apresentada pelo autuado, as DMAs dos anos de 2003 a 2006, bem como os dados da empresa nos Sistemas INC e CFAMT, sendo constatadas as irregularidades que foram consignadas no Auto de Infração. Salienta que o defensor não contestou as infrações e sim a responsabilidade dos sócios perante elas. Pede a procedência da presente autuação, ressaltando que a exigência fiscal foi efetuada contra a Pessoa Jurídica, conforme estabelece o RICMS/BA, e quanto à responsabilidade dos sócios, diz que será identificada e cobrada de acordo com a legislação. Finaliza, informando que durante a fiscalização e no PAF não foi apresentada documentação de desconsideração da Pessoa Jurídica.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O sócio da empresa autuada, Sr. Josias Almeida Mendes, que apresentou a impugnação ao presente Auto de Infração, alegou em relação à exigência fiscal das infrações 01, 02 e 03, que não pode ser responsabilizado, devendo o sócio, Sr. José Raimundo Sampaio de Oliveira, “pagar a conta” pelos transtornos que causou. Quanto às infrações 04 e 05, diz que a autuação fiscal deve ser efetuada contra os antigos sócios da empresa, os Srs. José Bittencourt Câmara Neto e Ana Lúcia Câmara Guardiani.

Observo que o Auto de Infração pode ser lavrado contra o contribuinte, o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua responsabilidade tributária, devendo constar a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto com a data de ciência, conforme art. 39, inciso X e § 4º do RPAF/BA. Assim, o presente Auto de Infração foi lavrado contra o sujeito passivo cadastrado nesta SEFAZ, inexistindo qualquer ilegitimidade passiva como entendeu o defendant.

Quanto à responsabilidade pelo pagamento do débito apurado no presente lançamento, o art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional estabelece os pressupostos para que a execução recaia sobre os administradores da sociedade, prevendo que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto”. Neste caso, efetuado o lançamento, a responsabilidade pelo pagamento do débito exigido poderá recair sobre os sócios responsáveis na forma prevista em lei.

Observo que não se pode decidir no processo administrativo fiscal pela desconsideração da pessoa jurídica, que diz respeito a uma decisão buscando atingir manobras de sócios de empresas, ou seja, atribuir responsabilidade ao sócio pelo pagamento do débito. Neste caso, é uma medida excepcional, tendo em vista que se forem comprovadas as irregularidades alegadas, entendo que o Poder Judiciário pode acatar o pedido do recorrente, haja vista que, se comprovado cabalmente algum desvio no uso da pessoa jurídica, cabe requerer a desconsideração da pessoa jurídica na esfera judicial, com a comprovação de que o sócio se valeu da sociedade para se isentar da responsabilidade pelo pagamento de obrigações tributárias, que o beneficiou.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, as infrações 01, 02 e 03 tratam de penalidades aplicadas por falta de cumprimento de obrigações acessórias, por falta de escrituração do livro Registro de Inventário, extravio de Notas Fiscais de Saídas e extravio de livros fiscais.

As penalidades foram exigidas, tendo em vista que os fatos apurados constituem impedimento para realização de procedimentos de fiscalização com a finalidade de apurar se o imposto devido foi recolhido e por isso é correta a aplicação das multas por descumprimento de obrigação acessória, estando de acordo com o art. 42, incisos XIV, XV, “d” e XIX, da Lei nº 7.014/96. Infrações subsistentes.

As infrações 04 e 05 tratam da falta de recolhimento e recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA (medicamentos), conforme demonstrativos e documentos fiscais acostados aos autos.

As mercadorias foram remetidas por estabelecimentos do Estado de São Paulo, que não é signatário do Convênio 76/94, e por isso, o adquirente deveria recolher o imposto relativo às suas próprias operações e às subseqüentes, consoante o art. 371, do RICMS/97.

Nas Notas Fiscais objeto da autuação, estão consignados os dados do autuado, como a razão social, CNPJ e sua inscrição estadual, e se referem a mercadoria pertinente ao seu ramo de atividade. Portanto, o lançamento está embasado em demonstrativos elaborado pelo autuante, bem como em documentos fiscais acostados ao PAF, ressaltando-se que não houve qualquer contestação pelo defensor em relação aos dados numéricos do levantamento fiscal, ou seja, embora o recorrente tenha impugnado a autuação, não apresentou qualquer contestação aos cálculos efetuados pela autuante.

Em sua impugnação, o sócio da empresa autuada, Sr. Josias Almeida Mendes, apenas alegou que ao assumir a condições de sócio da empresa não tinha conhecimento das infrações que ocorreram em datas anteriores ao seu ingresso na sociedade.

Entretanto, não acato as alegações defensivas tendo em vista que, de acordo com o previsto no Código Tributário Nacional, no Capítulo da Responsabilidade Tributária, o adquirente do estabelecimento autuado responde pelos débitos fiscais relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido até a data do ato de aquisição da empresa ou o fundo de comércio, se este continuar com a respectiva exploração sob a mesma ou outra razão social, ou seja, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, conforme art. 133, do CTN.

Ocorre sucessão empresarial para efeitos de responsabilidade tributária, quando houver aquisição do patrimônio, constituído por estabelecimento comercial ou fundo de comércio, assumindo o adquirente o ativo e o passivo da empresa adquirida. Se uma pessoa física ou mesmo uma empresa adquire de outra os bens do ativo fixo e o estoque de mercadorias e continua a atividade comercial, ainda que com outra razão social, presume-se que houve aquisição de fundo de comércio, e por isso, configura-se uma sucessão e consequente transferência da responsabilidade tributária.

Vale salientar, que se houvesse qualquer acordo verbal ou expresso que limitasse a responsabilidade do sucessor, não prevaleceria em relação aos tributos devidos, consoante o disposto no art. 132 do CTN, haja vista que o estabelecimento resultante da fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra pessoa jurídica de direito privado é responsável pelos tributos devidos até a data do ato, de fusão, transformação ou incorporação.

Quanto ao sócio atual e antigos sócios, que o defensor atribui responsabilidade pelo pagamento das multas e imposto lançados no Auto de Infração, a exigência fiscal foi efetuada contra o sujeito passivo cadastrado nesta SEFAZ, e a responsabilidade pelo pagamento do débito exigido somente poderá recair sobre os sócios responsáveis na forma prevista em lei, salientando-se que é atribuição do Estado, por intermédio do Poder Judiciário prestar a tutela jurisdicional para socorrer qualquer cidadão que se sentir lesado nos seus direitos. Neste caso, o autuado informou que já que recorreu à Justiça, pleiteando em sede de Liminar, o afastamento do Sr. José Raimundo Sampaio de Oliveira, e o pleito do requerente foi prontamente deferido pelo Juiz da 26ª Vara Cível de Salvador. Portanto, cabe ao Poder Judiciário decidir sobre os fatos alegados pelo defensor.

Quanto ao levantamento fiscal, reitero a observação de que o defensor não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pela autuante; não houve contestação aos cálculos, e a exigência fiscal está amparada na legislação em vigor. Assim, entendo que estão caracterizadas as infrações apontadas na autuação fiscal.

Face ao 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 nº 278998.0011/07-5, lavrado contra **FASTMED COMERCIAL DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo

ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.645,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$1.880,00**, previstas no art. 42, incisos XIV, XV, “d” e XIX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR