

PROCESSO - A. I. Nº 147324.0012/06-9
RECORRENTE - LUME COMÉRCIO DE MODA LTDA. (EMPÓRIO 55)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0351-03/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/06/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0208-12/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 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. Constatando-se que a opção pelo regime SIMBAHIA ocorreu com a interposição de pessoa que não era efetiva sócia ou proprietária, o imposto deve ser 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 tributária. A responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem. O fisco pode cobrar o débito tributário do contribuinte, do responsável solidário ou de ambos, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS recolhido a menos, no valor de R\$ 235.923,87, em decorrência de erro na apuração do valor do imposto.

Consta na descrição dos fatos que o autuado, ora recorrente, foi desenquadrado de ofício do Regime Simplificado do ICMS (SimBahia), tendo sido o imposto apurado 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 previsto nos artigos 408-P, 408-L, incisos II, III, IV e VII, e 408-S, todos do RICMS-BA.

Ao proferir o seu voto na Decisão recorrida, o ilustre relator explicou que a irregularidade foi comprovada por investigações promovidas pela INFIP (Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa) e que o desenquadramento de ofício está respaldado nos artigos 408-L, 408-P e 408-S do RICMS-BA. Afirmou que, no cálculo do imposto, foram considerados os valores parcelados. Ao finalizar, o relator votou pela procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, após discorrer acerca dos elementos constitutivos da obrigação tributária, afirma que o presente Auto de Infração, com fundamento no art. 135, II, do CTN, deve ser redirecionado aos senhores Altamiro Lopes da Silva e Altamir Ribeiro Lopes e senhora Rosângela de Souza, antigos administradores. Para embasar sua alegação, transcreve dispositivos legais e doutrina.

Tece comentários sobre a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica e, em seguida, salienta que no acórdão recorrido foram feitas citações legais não pertinentes à defesa apresentada. Diz que a fundamentação jurídica utilizada está confusa e afirma que os julgadores demonstraram desconhecimento da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. Ressalta que o fundamento de sua defesa não trata da responsabilidade por sucessão (art. 133 do CTN), mas sim da responsabilidade por substituição decorrente da desconconsideração de sua personalidade jurídica por ato ilícito praticado pelos mandatários e administradores (art. 135 do CTN). Menciona que a Secretaria da Fazenda, por meio de relatório cadastral, reconhece que foram os antigos administradores que praticaram os atos fraudulentos ensejadores da autuação.

Sustenta que não contestou o seu desenquadramento do regime do SimBahia, pois concorda que a opção pelo referido regime era irregular e decorria de uma gestão pautada em atos ilícitos perpetrados pelos antigos mandatários e administradores. Aduz que os débitos tributários decorrentes de atividades lícitas foram reconhecidos e parcelados, conforme previsto no artigo 133 do CTN. Menciona que a Secretaria da Fazenda, ao manter a autuação contra o recorrente, está transferindo a responsabilidade pelos atos ilícitos para quem não os praticou.

Ao finalizar o seu arrazoado, o recorrente requer que, com fulcro no art. 135, II, do CTN, seja o débito tributário em questão redirecionado para os senhores Altamiro Lopes da Silva e Altamir Ribeiro Lopes e para a senhora Rosângela de Souza.

Ao emitir o Parecer de fls. 135 a 138, a ilustre representante do PGE/PROFIS afirma que a responsabilidade solidária do mandatário pela dívida da sociedade só ocorre quando comprovado que, no exercício da administração da empresa, tenham sido ultrapassados os poderes concedidos, bem como haja vinculação entre o ato do mandatário e a falta de recolhimento do imposto. Diz que, no caso em tela, a solicitação de enquadramento no regime do SimBahia não caracteriza um ato fraudulento.

Prosseguindo, a ilustre Parecerista assegura que o recorrente não comprova fato algum que justificasse o direito ao redirecionamento da autuação. Aduz que foram conferidos poderes ilimitados aos mandatários, não havendo assim como se falar em excesso de poderes. Ao finalizar o seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Conforme consta no Auto de Infração, o recorrente foi acusado de ter recolhido a menos ICMS, em decorrência de erro na apuração do valor devido, uma vez que tinha sido desenquadrado de ofício do regime do SimBahia. Em decorrência do desenquadramento de ofício, o imposto foi apurado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis ao regime Normal.

O recorrente alega que na Decisão recorrida há citações legais não pertinentes à defesa apresentada, que a fundamentação jurídica utilizada pela primeira instância é confusa e que o relator demonstrou desconhecer a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica.

A análise da Decisão recorrida mostra que os dispositivos legais citados pelo relator (art. 133, I, do CTN e arts. 408-L, 408-P e 408-S do RICMS-BA) possuem estrita correlação com a Decisão proferida pela primeira instância, pois tratam da responsabilidade por sucessão e do desenquadramento de ofício do regime do SimBahia.

No que tange à alegada confusão, observo que o recorrente não especificou qual o ponto que ele considerava ser confuso. A alegação recursal, da forma como foi feita, não merece ser acolhida, já que se trata de um posicionamento subjetivo do recorrente e que, além disso, não corresponde à verdade dos fatos.

Quanto ao possível desconhecimento da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, não vislumbro esse fato nos autos. Na Decisão recorrida, não foi atendido o pedido para que o débito

tributário fosse redirecionado aos administradores e mandatários da empresa, tendo a lide sido decidida com a fundamentação de que “*o adquirente responde integralmente pelos débitos fiscais constituídos na aquisição de empresas ou fundo de comércio conforme preceitua o artigo 133 I do CTN que trata de responsabilidade por sucessão*”.

Com base nessas considerações acima acerca de aspectos formais da Decisão proferida pela primeira instância, afasto qualquer hipótese de nulidade do Acórdão JJF Nº 0351-03/06.

Adentrando no mérito, observo que o recorrente expressamente concorda que o seu enquadramento no regime do SimBahia era irregular. Dessa forma, a tese recursal cinge-se apenas ao redirecionamento do débito tributário aos administradores e mandatários, com base na responsabilidade por substituição, em razão da desconsideração da personalidade jurídica do recorrente por atos ilícitos praticados pelos mandatários, nos termos do art. 135, II, do CTN.

Não há como atender o pleito recursal para redirecionamento do débito tributário aos administradores e mandatários, pois nos termos do § 3º do artigo 6º da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade do mandatário e do gestor pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito não comporta benefício de ordem, podendo o fisco exigir o débito do contribuinte, do responsável ou de ambos. Além disso, as procurações outorgadas a Altamiro Lopes da Silva, Altamir Ribeiro Lopes e Rosângela de Souza concediam poderes ilimitados, não havendo assim como se falar em excesso de poder, requisito indispensável para o redirecionamento da responsabilidade tributária, consoante o disposto no *caput* do art. 135 do CTN. Por essas razões, comungando com o opinativo da representante da PGE/PROFIS, afasto a hipótese de responsabilidade solidária, de desconstituição da personalidade jurídica do recorrente e de redirecionamento do débito tributário para os referidos mandatários.

Constatada que a opção pelo regime SimBahia ocorreu com a interposição de pessoa que não era efetiva sócia ou proprietária, o imposto foi acertadamente apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, desde a ocorrência do fato que ensejou o desenquadramento. Quanto aos valores lançados, observo que os mesmos não foram questionados pelo recorrente e que os débitos parcelados foram considerados pela autuante. Dessa forma, a infração está caracterizada e, portanto, foi correta a Decisão proferida pela 3ª JJF.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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** o Auto de Infração nº **147324.0012/06-9**, lavrado contra **LUME COMÉRCIO DE MODA LTDA. (EMPÓRIO 55)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$235.923,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARITNS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS