

A. I. Nº - 206991.0012/03-0

AUTUADO - TOPÁZIO COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA.

AUTUANTE - LEDNALDA REIS SANTOS

ORIGEM - INFAC IGUATEMI

INTERNET - 02. 03. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-04/04

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. APURAÇÃO DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME DO SIMBAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ao ser desenquadrado de ofício no regime Simbahia, o contribuinte deveria apurar o imposto devido com base no regime normal de apuração. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO COM MERCADORIA ENQUADRADA NO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA PROBREZA. É devido o imposto correspondente a dois pontos percentuais adicionais nas operações com mercadorias enquadradas no Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/03, exige imposto no valor total de R\$ 97.314,10, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 89.412,46, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. O contribuinte foi desenquadrado do regime do SIMBAHIA e, no entanto, não passou a recolher o imposto pelo regime normal de apuração.
2. Falta de recolhimento do imposto destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, no valor de R\$ 7.901,64.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 86 a 90, explicando que, em documento datado de abril de 2002 (fl. 128), foi informado de sua exclusão de ofício do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA. Diz que o documento, o qual não possui validade jurídica porque é apócrifo, aponta duas causas para o desenquadramento do citado Regime: a) os valores da Receita Bruta Anual Ajustada e da Entrada de Mercadorias e de Serviços, no exercício de 2001, foram superiores aos limites permitidos para o enquadramento no SimBahia; b) há participação de sócia do autuado em outra empresa.

Afirma que, por meio de petição dirigida à INFAC Iguatemi (fls.129 a 131), comprovou que a sua receita bruta ajustada no exercício de 2001 foi de R\$ 877.841,05, conforme DME às fls. 132 e 133, e que era impossível prestar esclarecimentos sobre o segundo motivo do desenquadramento, pois não foi indicado o nome da sócia que, segundo a SEFAZ, tinha participação em outra empresa. Aduz que a senhora Maria do Carmo Silva Viana se retirou da empresa Gerson & Cia. Ltda. desde 18/12/99 (fls. 134 a 143).

Alega que o art. 407-A, do RICMS-BA/97, cujo teor transcreveu, lhe permitia permanecer no regime do SIMBAHIA, após a retirada da sócia da outra sociedade. Diz que, afastadas as causas do

desenquadramento, a INFAZ Iguatemi deveria desconsiderar a exclusão efetuada, todavia, a referida repartição fazendária encaminhou o Processo nº 101626/2002-9 à Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa - INFIP, a qual prestou a Informação Fiscal Nº 2099/2003 (fls. 144 a 147).

Prosseguindo em sua defesa, o autuado faz uma síntese da informação fiscal prestada pelo auditor da INFIP e rebate as alegações ali contidas. Diz que a Lei nº 7.357, de 04/11/1998, na sua redação originária, permitia a participação em mais de uma sociedade, desde que, na segunda, a participação societária não excedesse 10% do capital social. Alega que o fato de ser um franqueado não descaracteriza a sua condição de empresa de pequeno porte, e que a existência de débitos do franqueado para com o franqueador é um problema de interno de ambos, o qual não tem qualquer repercussão de natureza tributária. Transcreve o art. 2º da Lei nº 8.955, de 15/12/94, o qual define o termo “franquia empresarial”. Afirma que é locatário do Shopping Iguatemi. Salienta que a informação fiscal não apresenta provas do desmembramento da empresa Gerson & Cia. Ltda. e, em seguida, tecê comentários sobre as sociedades mercantis, sobre transformação, incorporação, fusão e cisão. Diz que, no caso do processo de desenquadramento, o autuado não resultou de transformação, incorporação, fusão ou cisão. Ressalta que a quota, nas sociedades por quota de responsabilidade limitada, é pessoal e pode ser transferida por cessão, com a transposição para o cessionário dos direitos e obrigações do cedente, o que demonstra a impertinência da menção a desmembramento da sociedade, pela retirada de um dos seus sócios. Diz que não houve a alegada simulação, pois, no caso em tela, se está diante de direitos e obrigações gerados por contrato de franquia (fls. 148 a 155). Alega que indícios não legitimam a punição de contribuinte, conforme art. 112 do CTN.

Ao concluir, diz que está enquadrado no SIMBAHIA porque preenche os requisitos previstos na lei instituidora desse regime. Afirma que a sua receita bruta ajustada em 2001 e 2002 foi de, respectivamente, R\$ 877.841,05 e R\$ 906.079,27 (fls. 156 e 157), e que seus sócios, antes do aviso de desenquadramento, pertenciam e pertencem exclusivamente ao seu quadro social. Ao final, solicita a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 159 a 162, a autuante afirma que o defendantee, apesar de desenquadrado do regime do SIMBAHIA, apurava o imposto devido como se ainda estivesse enquadrado no citado regime. Diz que apurou o imposto exigido na autuação com base no regime normal, deduzindo o imposto pago pelo autuado. Aduz que não foi concedido o crédito referente às mercadorias em estoques, pois não foi efetuado o levantamento das mesmas.

Assevera que o autuado apenas discute o novo enquadramento, não questionando os valores exigidos nas duas infrações. Diz que INFIP, por meio da Informação Fiscal Nº 2099/2003, analisou a questão e opinou pelo desenquadramento do contribuinte. Transcreve trechos da citada Informação Fiscal e, ao final, solicita a procedência do Auto de Infração.

O processo foi submetido à pauta suplementar, e a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu enviá-lo em diligência à INFAZ Iguatemi para que fossem atendidas as solicitações de fl. 167. Conforme documentos acostados às fls. 169 a 408, a diligência foi atendida.

Tendo em vista os novos documentos acostados ao processo, a INFAZ Iguatemi entregou ao contribuinte fotocópia dos mesmos, tendo sido concedido ao autuado o prazo de lei para manifestação (fl. 409).

Ao se pronunciar nos autos, fl. 412, o autuado alegou que solicitou, em 27/05/03, a exclusão da sócia Maria do Carmo Silva Viana, tendo o pedido sido deferido em 16/07/03. Alega que a Inspetoria Fazendária reconhece a saída da referida sócia desde 20/12/99, ao passo que as Informações Fiscais nºs 2099/2003 e 2211/2003 consideram como se a exclusão tivesse ocorrido em 08/05/02. Ao finalizar, requer que o Processo nº 101626/2002-9 seja reexaminado.

Às fls. 416 e 417, a autuante voltou a se pronunciar nos autos, alegando que o art. 116 do RICMS-BA/97 determina a forma de apuração do ICMS mediante o sistema de conta corrente fiscal, não podendo o contribuinte apurar o imposto ao seu modo. Diz que o imposto exigido na autuação foi apurado pelo regime normal a partir de 2002, tendo sido cobrada a diferença que deixou de ser recolhida. Salienta que o autuado não discute valores e nem aponta erros no débito tributário exigido, limitando-se a questionar o seu enquadramento no regime do SIMBAHIA. Solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidido que o mesmo está em condições de julgamento.

VOTO

Apesar de o presente lançamento ser constituído de duas infrações distintas, o autuado só questiona a primeira, a qual versa sobre seu desenquadramento do regime do SIMBAHIA. Interpreto o silêncio do contribuinte relativamente à infração 2 como um reconhecimento, tácito, da procedência da mesma, a qual está devidamente caracterizada.

Quanto à infração 1, observo que, conforme o documento à fl. 128, o autuado foi desenquadrado do regime do SIMBAHIA em abril de 2002. Esse documento, emitido pela Gerência de Micro e Pequenas Empresas, é válido e, nos termos do art. 15, § 1º, do RPAF/99, prescinde de assinatura.

Em sua defesa, o autuado afirma que os seus sócios não possuem participação societária em outra empresa e, como prova, apresenta a alteração contratual de fls. 134 e 135. Essa alegação defensiva não pode ser acatada, pois a senhora Maria do Carmo Silva Viana também era sócia da empresa Gerson & Cia Ltda. até 08/05/02, conforme consta nos controles da Secretaria da Fazenda. Apesar de a 3^a Alteração Contratual da empresa Topázio Comércio de Jóias Ltda. ter sido arquivada na JUCEB em 20/12/99, a exclusão da sócia Maria do Carmo Silva Viana do quadro societário dessa empresa só foi solicitada em 28/05/03, conforme comprovam os documentos de fls. 169 a 171. Dessa forma, no período objeto da autuação, o autuado não poderia apurar o imposto devido pelo Regime do SIMBAHIA, já que uma das sócias (Maria do Carmo Silva Viana) possuía participação societária em outra empresa (Gerson & Cia. Ltda.) e o valor da Receita Bruta Anual Ajustada das empresas, no exercício de 2001 era superior aos limites permitidos para o enquadramento no SIMBAHIA.

Quanto ao argumento defensivo de que a Lei nº 7.357/98 permitia a participação de um mesmo sócio em mais de uma sociedade, não o acolho. É que a redação original do inciso IV do art. 6º da Lei nº 7.357/98, o qual permitia participação societária em mais de uma empresa desde que não excedesse 10% do capital social da segunda empresa, só vigeu até 31/12/99. De acordo com a legislação em vigor, a empresa cujo titular ou sócio tenha participação no capital social de outra empresa não poderá optar pelo enquadramento no regime do SIMBAHIA, se a receita bruta global das empresas ultrapassar o limite de enquadramento previsto, o que ocorreu no caso em lide.

Não acato a alegação defensiva de que a sua Receita Bruta Ajustada em 2001 era de R\$ 877.841,05, pois o autuado só considerou os valores da empresa Topázio Comércio de Jóias Ltda., esquecendo-se de adicionar os valores da Gerson & Cia. Ltda.

Com referência às alegações defensivas pertinentes à sua condição de franqueado, de locatário de “shopping center”, de transformação, incorporação, fusão e cisão de empresa, as mesmas não possuem o condão de elidir a autuação.

Em face do acima comentado, entendo que a infração em tela está caracterizada, pois, no período objeto da autuação, o autuado deveria ter recolhido o imposto devido pelo Regime Normal de

Apuração, uma vez que tinha sido desenquadrado de ofício pela autoridade competente em processo regular.

Por fim ressalto que o autuado não questiona os números apurados pela autuante, o que interpreto como uma concordância tácita dos valores cobrados.

Ressalto que a multa cabível para a infração é de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206991.0012/03-0**, lavrado contra **TOPÁZIO COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 97.314,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR