

PROCESSO - A. I. Nº 147072.0005/03-7
RECORRENTE - TURQUESA COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0330-01/03
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06/04/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0046-12/10

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO, ACRESCIDO DE DOIS PONTOS PERCENTUAIS DESTINADOS AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. DISCUSSÃO NA VIA JUDICIAL. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. Encerrado o procedimento administrativo fiscal, *ex vi* a regra do Art. 27, inciso IV do RPAF/BA, restando suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação ao julgamento levado a efeito pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual que, através do Acórdão nº 0330-01/03, decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em tela, lavrado em 30/05/03, com ICMS lançado no valor de R\$128.504,19, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. No dia 01/04/2002, o Contribuinte foi desenquadrado da condição de Empresa de Pequeno Porte, passando para a condição de Contribuinte Normal. Desta maneira, ao teor do art. 116, do RICMS, a forma de apuração do imposto deverá ser feita, mediante a Conta Corrente Fiscal. Como o autuado apurou o imposto sob a regra de Empresa de Pequeno Porte, resultou em seu recolhimento a menos (maio de 2002 a fevereiro de 2003) – R\$119.058,40;
2. Falta de recolhimento dos dois pontos percentuais adicionais à alíquota do ICMS, incidente sobre os produtos (jóias) especificados no art. 16 da Lei nº 7.014/96, destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no art. 4º, I do Art. 5º, da Lei 7.014 de 21 de dezembro de 2001 (maio de 2002 a fevereiro de 2003) – R\$9.445,79.

A relatora de 1ª instância elaborou o relatório abaixo transcrito, sintetizando os fatos presentes aos autos até o julgamento objeto do presente Recurso:

“O autuado apresentou defesa (fls. 43/49), narrando que em abril de 2002 recebeu um documento, que anexou ao PAF, no qual figurava como remetente a “SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA” e neste lhe foi informado a “sua exclusão de ofício do Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, para a condição “Normal”. Entendendo como apócrifo tal documento, ressaltou que o mesmo continha dois erros. O primeiro, a informação de que o valor de sua receita bruta anual ajustada e valor das entradas de mercadorias e de serviços, exercício de 2001, foi superior ao limite permitido para o enquadramento no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia. e o segundo sobre a participação de uma de suas sócias em outra empresa.

Nesta situação, dirigiu petição ao Inspetor Fazendário do Iguatemi onde demonstrou que a sua receita bruta ajustada naquele exercício de 2001 foi da ordem de R\$697.161,04 e o valor da receita bruta no período de R\$761.206,07, valor constante do Documento de Informações Econômico-Fiscais enviado àquela Inspetoria, relativamente àquele exercício de 2001. E, quando a participação da sócia em outra sociedade, embora com a impossibilidade de prestar maiores esclarecimentos, visto que não houvesse documento a ele endereçado, anexou ato constitutivo e alteração contratual segundo motivo.

Prosseguindo, observou como relevante que a sócia que participava d

percentual de 1,2% do capital daquela empresa, retirou-se antes da comunicação do desenquadramento, este fixado para 1/4/02, data da alteração contratual.

Afora tais fatos, o art 407-A, do RICMS, determina que havendo exclusão do contribuinte do regime do SimBahia, este poderá optar pelo enquadramento em outra categoria, ou adotar providências necessárias para permanecer na categoria onde se encontrava. Portanto, ao se retirar da empresa Gerson & Cia LTDA antes de ser processado o seu desenquadramento, adotou todas as providências necessárias que determina a legislação estadual.

Entretanto, a Inspeção do Iguatemi ao invés de aceitar a providência tomada, encaminhou seu processo, de nº 101658/2002-3, à Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa, quando auditor fiscal, após examinar os seus livros fiscais e contábeis, fichas de registro de empregados, contrato de locação do ponto comercial, declarações de imposto de renda e contrato de franquia, ofereceu algumas conclusões que nesta oportunidade estava abordando, quais sejam:

1. afirmou que Dilma Maria de Pinho Teixeira era sua sócia e da firma Gerson & Cia LTDA até 08/05/2002, quando se retirou desta última empresa, através de alteração contratual registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia. Este fato levou a Secretaria da Fazenda a somar as receitas brutas de ambas as sociedades, com vistas ao seu desenquadramento. No entanto, a alteração contratual data de 1º de abril de 2002, bem como o seu desenquadramento. Além do mais, 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 de 10% do capital social, como era o caso da referida sócia.
2. quanto ao contrato de franquia celebrado com a Gerson & Cia LTDA., em razão do qual foi pago o seguro previsto no contrato de franquia, este não pode descaracterizar a sua condição de empresa de pequeno porte, dado essencial ao enquadramento no SimBahia. E, se a franqueada não pagou ao franqueador, este seria um problema da economia interna de ambos, sem qualquer repercussão nos direitos e deveres de natureza tributária.
3. o auditor fiscal reconheceu que é locatário do seu ponto comercial, tendo seus empregados devidamente registrados, porém assinalou que apesar do seu capital social ter sido integralizado em dinheiro, as declarações de rendimento de suas sócias não revelam Recursos próprios para tanto. Entretanto, com esta afirmativa, ignorou o instituto da doação e do empréstimo entre pessoas físicas. Ademais, afirmou, este fato não é pressuposto para enquadramento de uma empresa no SimBahia.
4. a conclusão do auditor de que estaria havendo desmembramento da empresa Gerson & Cia LTDA., "com transferência de suas lojas a título de venda para seus próprios sócios.", sendo criadas as empresas Topázio Comércio de Jóias LTDA., Turmalina Comércio de Jóias e Rio de Contas Fábrica de Jóias LTDA para lhe sucederem, aquele não exibiu qualquer prova.

Em seguida, passou a dissertar sobre sociedades mercantis e suas transformações através de incorporações, fusões, cisões, etc. para demonstrar que não houve qualquer tipo de transformação da empresa Gerson & Cia Ltda, conforme afiançou o auditor fiscal, perdendo, deste modo, os indícios de simulação por ele mencionado. E, não bastasse tal fato, indícios não legitimam a punição do contribuinte, conforme determinações do art. 112 do CTN.

Em sua conclusão, abordou o mérito da autuação afirmando que os valores apurados no Auto de Infração encontravam-se com uma série de irregularidades, como exemplo, citou a Nota Fiscal nº 103 de R\$12.588,00, com saída do mês de setembro de 2002 e considerada no mês de junho de 2002 e a de nº 2644, no valor de R\$1.340,00, lançada em duplicidade.

Requeru a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação não se pronunciando a respeito das colocações feitas relativas aos questionamentos do impugnante quanto ao seu desenquadramento no SimBahia. Apenas informou que o processo nº 101658/2002-3 encontrava-se na Procuradoria da Fazenda para Parecer conclusivo.

No mérito concordou com a defesa em relação às notas fiscais apresentadas, refazendo o levantamento quanto aos meses impugnados e diminuiu o valor do imposto cobrado (fls. 125/126).

A Repartição Fiscal deu a conhecer ao autuado a modificação do débito realizado pelo preposto fiscal (fl.138). Este se manifestou, esclarecendo que embora tenha sido corrigido um erro, as irregularidades na defesa referida permaneciam, a exemplo "à apuração dos estoques". Adiantou que somente demonstraria todos os equívocos se subsistisse seu desenquadramento no regime do SimBahia (fl. 140) ”.

A lide dói decidida em 1ª instância com base no voto abaixo reproduzido:

“VOTO

O contribuinte foi desenquadrado do SimBahia, de ofício, em abril de 2002, pelo impugnante quanto a sua irrisignação ao seu desenquadramento, nas informações existentes nos autos, há um processo (nº 101658/2002-3)

Procuradoria desta Secretaria da Fazenda, para apreciar juridicamente as razões da empresa e, após, a autoridade administrativa competente decidir sobre o retorno ou não do impugnante ao regime do SimBahia.

Passo a discussão de mérito da autuação.

O autuante, nesta ação fiscal, apurou o imposto devido pelo regime normal, a partir de maio de 2001, cobrando a diferença que deixou de ser recolhida, já que o sujeito passivo continuou a recolher o imposto com base no seu enquadramento anterior, ou seja, pelo regime do Simbahia. Também apurou a falta de recolhimento dos dois pontos percentuais adicionais à alíquota do ICMS, incidente sobre os produtos (jóias), especificados no art. 16 da Lei nº 7.014/96 e destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

O impugnante afirmou que detectou na ação fiscal uma série de irregularidades. Entretanto, somente apontou a Nota Fiscal nº 103, no valor de R\$12.588,00, com saída do mês de setembro de 2002 e considerada no mês de junho de 2002 e a de nº 2644, no valor de R\$1.340,00, lançada em duplicidade. O autuante concordou com a defesa em relação às notas fiscais apresentadas, refazendo o levantamento quanto aos meses impugnados. Chamado a tomar conhecimento do débito, a defesa entendeu que o preposto fiscal corrigiu em parte as irregularidades existentes, mais deixou de se pronunciar a respeito dos estoques, por exemplo.

Em relação aos estoques, fato aventado pelo sujeito passivo sem maiores comentários, ressalto que havendo a exclusão do contribuinte do Regime do SimBahia (art. 404-A e 406-A, I, do RICMS/97), passando a ser apurado o imposto pelo regime normal, deverá o sujeito passivo, no último dia útil em que recebeu a comunicação do desenquadramento, no caso presente em abril de 2002, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque, objetivando a utilização dos créditos fiscais das mercadorias sujeitas a tributação (art. 408-B, II do RICMS/97). Este procedimento não foi comprovado pelo impugnante. Neste contexto, no momento não posso considerar, conforme disposições do art. 123 do RICMS/97. Entretanto, observo que tais valores poderão ser trazidos aos autos, em forma de Recurso Voluntário e dirigido à 2ª Instância deste Colegiado para apreciação e no prazo legal.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, conforme demonstrativo a seguir.(...)"

Cientificado da Decisão acima, o recorrente ingressou com Recurso Voluntário, fls. 156 a 160 no qual alega inicialmente que o Auto de Infração fora lavrado exatamente porque o autuante tem como definitiva uma situação pendente de exame e Decisão da Administração Fazendária, prejudicial esta não considerada pela Junta de Julgamento, desprezando, destarte, em sua ótica, a ilegalidade do seu desenquadramento.

Alega que a defesa foi instruída com as DME dos exercícios de 2001 e 2002 que indicam o montante da receita bruta que auferiu nesses exercícios, além das cópias das alterações contratuais em que demonstra que a sócia Sra. Dilma Marinho Pinho Teixeira já havia se retirado da sociedade desde o mês de abril de 2002, antes da comunicação do desenquadramento e que assim poderia proceder para que pudesse permanecer no SimBahia, após a comunicação, conforme previsão no Art. 407-A do RICMS/BA.

Afirma não terem pertinência com a autuação os motivos citados na informação fiscal nº 1386/2008 prestada por auditor fiscal da INFIP, ao lado das outras indicadas no Auto de Infração: receita bruta e participação de sócio em outra sociedade.

Sustenta que, como existe processo no âmbito da SEFAZ examinando o acerto ou desacerto no seu desenquadramento do SimBahia, à Junta de Julgamento se ofereciam duas opções: a) enfrentar a arguição da ilicitude do desenquadramento ou b) sustar o andamento do Auto de Infração até que o Processo nº 101658/2002-3, que examina a legalidade ou ilegalidade do desenquadramento, seja definitivamente julgado.

Cita trechos da legislação federal para afirmar que se ajusta ao previsto pelo Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e conclui requerendo que seja enfrentada a arguição de equívoco do seu desenquadramento e que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

A PGE/PROFIS em manifestação à fl. 164 dos autos requer que o processo seja convertido em diligência a fim de constar nos autos a solução encontrada para o deslinde da questão pertinente ao Processo nº 101658/2002-3, tendo sido colacionado às fls. 169 a 199 o Parecer da própria PGE/PROFIS a respeito da questão.

Esta 2ª Câmara de Julgamento converteu o PAF em diligência, fls. :
as seguintes providências:

a) que a INFAZ informasse se o contribuinte foi cientificado do Parc

- b) se houve novas manifestações do contribuinte no PAF relacionadas com o ato de desenquadramento;
- c) que a PGE/PROFIS informasse se existe ação judicial em curso, impugnando o ato de desenquadramento e a correspondente exigência tributária contida no Auto de Infração nº 147072.0005/03-7, demonstrando, em caso positivo, se há identidade entre as causas em trâmite nas esferas administrativas e judicial.

A INFAZ informa, fls. 203, que não foi dado ciência ao contribuinte do referido Parecer assim como que não houve novas manifestações por parte do contribuinte, enquanto que a PGE informa às fls. 207 e 208, que no Mandado de Segurança nº 989487-6/2006 foi concedido a segurança e que houve interposição de Apelação Civil pelo Estado da Bahia.

Já em relação ao Mandado de Segurança nº 1639875-5/2007 foi julgado extinto o processo sem resolução do mérito. Que houve interposição de Apelação Civil pela Turquesa Comércio de Jóias Ltda., e o Tribunal deu provimento ao Recurso anulando de ofício a sentença determinando o retorno dos autos ao primeiro grau para ouvir o Ministério Público, sendo prolatada nova sentença no Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública, julgando procedente o pedido, concedendo a segurança perseguida, para fazer cessar a constrição noticiada nos autos pela Impetrante, anulando as Certidões Positivas de Débitos Tributários, estando o feito no prazo de Recurso, sendo juntadas às fls. 210 a 428, informações relativas ao processo administrativo decorrente do Auto de Infração em lide.

Em despacho às fls. 428 e 429, a PGE/PROFIS devolve o processo ao CONSEF informando que, efetivamente, o recorrente ingressou com ações judiciais discutindo o seu desenquadramento, sendo que, a ação ordinária sobre este assunto, Processo nº 467863-9/2004, está pendente de julgamento, e não existe liminar para anulação do ato, como foi requerido. Já em relação ao mandado de segurança Processo nº 9894876/2006, foi julgado Procedente, sendo o pedido da Impetrante, de cancelamento do ato de exclusão da interessada no SimBahia. Esclarece, por fim, que o mandado de segurança, Processo nº 1639875-5/2007 foi julgado Procedente, mas o pedido do mesmo é sobre anulação de CDA's, especificamente.

O processo foi novamente encaminhado à PGE/PROFIS para que fosse informado se a ação judicial em curso, corresponde ao Processo nº 467863-9/2004 (Ação anulatória movida por Turquesa Comércio de Jóias contra o Estado da Bahia) apresenta identidade de mérito com as questões postas em discussão no presente PAF, a fim de que seja verificada, na solução da lide, a possível aplicação do art. 117, § 1º, inc. I do RPAF/99.

A ilustre procuradora assistente em exercício, Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, se pronuncia à fl. 432v dos autos, informando que:

1. Em relação à infração 1 que se fundamenta no desenquadramento do autuado do SimBahia, o que gerou a cobrança do ICMS supostamente recolhido a menor, há pendentes de Decisão final duas ações interpostas pelo autuado sobre idêntica questão: Ação Ordinária Anulatória nº 467863-9/2004 e o Mandado de Segurança nº 9894876/2006, que leva este CONSEF a aplicar o art. 117, § 1º, inc. 1º do RPAF/99, o qual refere-se unicamente a esta infração.
2. Em relação à infração 2, esta não foi contestada desde a defesa inicial na via administrativa, como também esta questão não integra a lide judicial travada entre o autuado e o Estado da Bahia. Deve então ser julgada Procedente.

Acrescenta, por fim, que após concluído o julgamento e encerrado o PAF, deve ser dado ao contribuinte prazo para pagamento com a ciência do acórdão e seguir seu trâmite previsto no RPAF/99, que dependerá do pagamento ou não, efetivado.

VOTO

Em que pesem os argumentos do recorrente de que a Junta c
processo pendente no âmbito da SEFAZ através do qual question

SimBahia, vejo que o recorrente, optou pela discussão da lide na esfera judicial antes do exaurimento da esfera administrativa.

É óbvio que o recorrente tem direito a se defender na esfera administrativa, mas, que a esfera judicial prevalece sobre aquela, não sendo possível a sobreposição dos processos administrativo e judicial, notadamente porque a opção do recorrente pela discussão judicial, da mesma matéria, antes do exaurimento da esfera administrativa, repito, atesta que o mesmo desta abdicou, preferindo a apreciação da matéria diretamente pelo Poder Judiciário, esfera competente e responsável por dar a última palavra quanto à interpretação e aplicação do Direito.

Isto posto e conforme muito bem pontuou a ilustre representante da PGE/PROFIS, a existência de duas ações interpostas pelo recorrente sobre idêntica questão que se discute neste Processo Administrativo Fiscal, sem dúvida, conduz à aplicação da regra constante no Art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, RPAF/BA, *verbis*:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;”

Por oportuno, deve ficar ressaltado, que embora a PGE/PROFIS tenha entendido que não houve contestação pelo recorrente da segunda infração desde a defesa inicial e que a mesma não faz parte da lide judicial e que, por isso mesmo, deve ser julgada Procedente, isto não é possível vez que, a segunda infração é consequência direta da primeira, pois se refere ao percentual de acréscimo de dois pontos percentuais destinados ao Fundo Especial de Combate a Pobreza, calculado sobre a mesma base de cálculo da primeira infração. Sendo assim, se a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário for favorável ao recorrente, é evidente que o imposto lançado na segunda infração não será devido.

Em conclusão, voto no sentido de considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado, em face das razões acima expostas, e declarar encerrado o procedimento administrativo fiscal à luz do disposto pelo inciso IV, Art. 27 do RPAF/BA, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar encerrado o procedimento administrativo fiscal em relação ao Auto de Infração nº 147072.0005/03-7, lavrado contra **TURQUESA COMÉRCIO DE JÓIAS LTDA**. Os autos, após os trâmites processuais pertinentes, deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS