

A. I. Nº - 232895.0008/02-8  
AUTUADO - MOVESANA LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ VITURINO DA SILVA CUNHA  
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO  
INTERNET -22.11.02

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0395-01/02**

**EMENTA: ICMS.** SIMBAHIA. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. REFAZIMENTO DA CONTA CORRENTE FISCAL. 2. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS ESCRITURADOS. Fatos não discutidos pelo sujeito passivo, que apenas suscita preliminares relativas ao que tecnicamente se denomina devido processo legal, questionando a forma como o fisco procedeu, procedendo ao lançamento do crédito tributário pelo regime normal de apuração, sem o prévio desenquadramento do SimBahia. O desenquadramento do contribuinte do SimBahia constitui um ato administrativo independente do lançamento do crédito tributário. Os dois atos são praticados em momentos distintos, por agentes distintos, e são submetidos a regimes jurídicos distintos. Nem toda infração cometida por contribuinte do SimBahia implica o seu desenquadramento. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/6/2002, apura os seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. [Refazimento da conta corrente fiscal.] Imposto exigido: R\$ 7.249,49. Multa: 50%.
2. Recolhimento de ICMS efetuado a menos, por divergência entre os valores recolhidos e os escriturados, por ter o contribuinte se aproveitado indevidamente do benefício do regime do SimBahia. Imposto exigido: R\$ 83.092,49. Multa: 60%.

Consta no Auto de Infração que o estabelecimento do autuado funciona em um pequeno “box” desmembrado da empresa João Wanderley da Silva & Cia. Ltda., guardando, porém, todas as características físicas desse estabelecimento, sendo impossível a sua distinção visual externa. Os sócios da empresa objeto desta autuação são filhos do Sr. João Wanderley da Silva. Na contagem física do estoque de mercadorias da empresa João Wanderley da Silva & Cia. Ltda. foram encontrados vários itens de mercadorias etiquetados com o nome da empresa autuada. Os documentos desta encontravam-se em poder da empresa João Wanderley da Silva & Cia. Ltda. A empresa autuada não tem funcionários, e suas vendas são efetuadas dentro da empresa João Wanderley da Silva & Cia. Ltda. pelos balcunistas desta. O autuado é acusado de estar usufruindo ilegalmente os benefícios concedidos às micro e pequenas empresas através do SimBahia. Foram juntadas como provas: fotografias do estabelecimento; cópia do contrato de locação do imóvel, em que

figura como locador o Sr. João Wanderley da Silva; cópia de procuração de um dos sócios autorizando o Sr. João Wanderley da Silva a gerenciar a empresa; e cópias de Notas Fiscais dos dois estabelecimentos, emitidas com a mesma caligrafia. O fisco apurou o tributo com base nos critérios do regime normal de apuração. Foi atribuída a condição de responsável solidário ao Sr. João Wanderley da Silva, CPF nº 085.009.245-00, e à empresa João Wanderley da Silva & Cia. Ltda., Inscrição Estadual nº 15.501.701-NO.

O contribuinte apresentou defesa salientando que, após a formalização da presente autuação, foi feita, em 26/7/2002, a exclusão da empresa do regime do SimBahia, através do Processo nº 14548920021. Destaca que a apuração da base de cálculo do imposto foi feita antes da exclusão da empresa do regime do SimBahia, sendo adotado o regime normal de apuração, desqualificando-se, retroativamente, o regime simplificado de apuração, haja vista que os fatos geradores ocorreram entre abril de 2000 e junho de 2002.

A defesa considera que a autuação foi feita de forma incorreta. Argumenta que a exclusão de contribuinte do regime do SimBahia pode ser feito de ofício, pela administração, e é em decorrência dessa exclusão que se torna possível a autuação propriamente dita, com base no regime normal, já que o contribuinte, então, não está mais enquadrado no SimBahia.

Acentua que, no caso em análise, a situação se inverteu de forma irregular, pois primeiro foi lavrado o Auto de Infração, em 30/6/2002, e somente alguns dias depois é que foi feita a exclusão do contribuinte do SimBahia. No ato da autuação não podia ser feito o desenquadramento da empresa do regime simplificado, de modo a fiscalizá-la e autuá-la como se fosse contribuinte do regime normal, o que não era. Argumenta que a autuação dependeria de uma prévia exclusão. Pondera que, quando o art. 406-A, IV, do RICMS, determina que a exclusão se dará de ofício sempre que for comprovado, mediante ação fiscal, que o contribuinte cometeu alguma irregularidade, isso significa dizer que a exclusão pressupõe uma anterior “ação fiscal”, mas não uma “autuação fiscal”, que constituem coisas distintas. Considera que o autuante deveria, após constatar as supostas irregularidades na ação fiscal, recomendar a exclusão do contribuinte, e aguardar a formalização da exclusão do contribuinte do regime simplificado, com a ciência do interessado, para então proceder à lavratura do Auto de Infração, legitimamente.

Prosegue argumentando que o próprio art. 408-P do RICMS, citado na autuação, prevê que o contribuinte “excluído” ficará sujeito ao pagamento do imposto pelo regime normal, deixando claro que esta alteração de regime ou a cobrança do imposto só devem ocorrer após a exclusão, e não antes.

Conclui suscitando que a autuação, por ter sido feita antes da exclusão do contribuinte do regime simplificado, é irregular, não podendo surtir nenhum efeito válido, de modo que a exigência fiscal se torna ineficaz.

Foi prestada informação fiscal, em que o autuante observa que o autuado não contesta a relação de dependência com a empresa João Wanderley da Silva & Cia. Ltda., apenas se limitando a tecer comentários sobre exclusão, desenquadramento, etc., não apresentando provas de suas alegações. Propõe que o procedimento seja mantido.

## VOTO

Os fatos são estes, segundo a versão fiscal: o estabelecimento do autuado funciona em um pequeno “box” desmembrado de outra empresa. Seus sócios são filhos do titular da referida empre-

sa. Estaria havendo simulação, para fruição indevida dos benefícios do SimBahia. O fisco apurou o tributo com base nos critérios do regime normal de apuração.

A defesa suscita preliminares relativas ao que tecnicamente se denomina devido processo legal.

Os fatos em si não foram negados pela defesa. O que esta questiona é o modo, a forma como o fisco procedeu.

Este caso envolve dois atos administrativos de natureza distinta, inconfundíveis. Um é o lançamento do crédito tributário, de competência do auditor fiscal. Outro ato é o desenquadramento do contribuinte do regime simplificado previsto no SimBahia, a cargo do inspetor fazendário.

O Auto de Infração é um instrumento através do qual o fisco efetua o lançamento do crédito tributário e propõe a multa correspondente ao inadimplemento da obrigação, havendo casos em que há apenas multa, por se tratar de fato concernente ao descumprimento de obrigação de caráter acessório.

Nos termos do art. 38 do RPAF, toda infração deve ser apurada mediante Auto de Infração. As únicas exceções são as do art. 32, em que é previsto um procedimento preparatório para a lavratura do Auto de Infração. Afora as situações do art. 32, o Auto de Infração é o instrumento adequado para formalização da acusação, em face do qual o contribuinte tem todo o direito de defender-se, instaurando o devido procedimento contencioso.

Quanto ao desenquadramento do SimBahia, é evidente que o contribuinte tem todo o direito de impugnar o ato administrativo que determine tal medida. O fisco não é infalível. Se o contribuinte não concorda com a medida fiscal, pode e deve impugná-la. O art. 121, II, do RPAF prevê que, em caso de “qualquer medida ou exigência fiscal imposta, o contribuinte pode apresentar petição escrita, impugnando o ato, instaurando-se assim o processo administrativo fiscal correspondente. Processo administrativo fiscal não é, portanto, unicamente, aquele decorrente de Auto de Infração (art. 121, I), existindo outras situações em que é juridicamente prevista a sua instauração (art. 121, II). Entendo que, apresentada a impugnação, esta surte efeitos suspensivos, até a decisão final da lide.

Se no curso da ação fiscal o auditor constata uma irregularidade concernente à caracterização do contribuinte como micro ou pequena empresa, não é o fiscal quem decide se o contribuinte continua ou não enquadrado no SimBahia. Quanto a esse aspecto, o auditor deve comunicar o fato à repartição fiscal, para que a autoridade competente adote as providências que o caso requer. Já no tocante à infração e ao crédito tributário, aí, sim, o auditor tem competência para registrar o fato através do Auto de Infração.

Trata-se, por conseguinte, de dois procedimentos distintos. É evidente que em ambas as situações o contribuinte tem o direito de impugnar a medida fiscal, e a impugnação surte efeitos suspensivos.

Mas não é conveniente que o contribuinte numa só petição impugne os dois aspectos da questão, ou seja, o desenquadramento e o lançamento do crédito. O § 2º do art. 8º do RPAF veda a reunião, numa só petição, de pedidos relativos a matérias de natureza diversa.

Nos termos do art. 404-A, do RICMS, o desenquadramento do SimBahia ou a alteração do desenquadramento podem ser feitos mediante comunicação do contribuinte ou de ofício.

O art. 406-A, no inciso IV, prevê que, sendo comprovado, mediante ação fiscal, que o contribuinte não preenche os requisitos regulamentares, esse fato determina a sua exclusão de ofício. Pela autoridade competente, evidentemente, e não pelo próprio fiscal que constatou o fato.

O art.408-L especifica as situações em que o contribuinte perde o direito ao cálculo do imposto pelo regime simplificado do SimBahia, sendo que o fato em análise se enquadra no inciso II. Os arts. 408-P e 408-S reforçam essa orientação. O último dispositivo citado determina que o imposto deve ser calculado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às “operações normais”, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento.

A defesa sustenta a tese de que, quando o regulamento estabelece que o imposto, na situação assinalada, deva ser calculado pelo regime normal de apuração, não está dizendo que o lançamento do crédito tributário seja feito “a priori”, antes de ser definitivamente apurada a situação cadastral.

Volto a destacar que o desenquadramento do contribuinte constitui um ato administrativo independente do lançamento do crédito tributário. Os dois atos são praticados em momentos distintos, por agentes distintos, e são submetidos a regimes jurídicos distintos.

Nem toda infração cometida por contribuinte do SimBahia implica o seu desenquadramento. Existem casos e mais casos em que, apesar da infração, é feito o lançamento do crédito do imposto ou é aplicada a multa, mas o contribuinte permanece no SimBahia. Por exemplo: no caso de omissões de saídas apuradas através de levantamentos fiscais.

Rejeito a tese da defesa, embora reconhecendo que os preceitos regulamentares não estão suficientemente claros nesse aspecto. O ideal seria que o tratamento fiscal se encontrasse disciplinado de forma expressa, para que a decisão não ficasse a depender de interpretações como a que acabo de fazer.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232895.0008/02-8, lavrado contra MOVE-SANA LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 90.341,98, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 7.249,49 e de 60% sobre R\$ 83.092,49, previstas no art. 42, I, “a”, e II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de novembro de 2002.

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

ANTÔNIO CÉSAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR