

**A. I. Nº** - 206925.0003/11-0  
**AUTUADO** - DESIGNER S ARTIGOS DE DECORAÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 14/03/2017

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0026-03/17**

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Deve ser efetuada a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais ao estabelecimento inscrito no regime SIMBAHIA, quando incorrer na prática de infração capaz de ensejar o cancelamento de benefícios. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de decadência e nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/06/2011, refere-se à exigência de R\$3.052,85 de ICMS, acrescido da multa de 70%, em decorrência de recolhimento do imposto efetuado a menos em razão da perda do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares deste regime, fato comprovado mediante ação fiscal, ficando sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do SIMBAHIA, no mês de janeiro de 2006.

Cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, conforme os documentos acostados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6. Consta, ainda, que o cálculo das diferenças devidas foi efetuado conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010. A Sra. Roberta Meira Pinto Coelho, mesmo não constando do quadro societário da empresa, no período fiscalizado, deve ser considerada responsável solidário pelo débito apurado.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 54, apresentou impugnação (fls. 36 a 53), alegando que tomou ciência do Auto de Infração em 25/06/2011, ficando na mencionada data constituído o crédito tributário que envolve o lançamento do mês de janeiro de 2006. Apresenta o entendimento de que o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário através de Auto de Infração não pode alcançar os lançamentos anteriores a 25/06/2006, devendo ser excluído o fato gerador ocorrido em 31/01/2006. Neste sentido, menciona precedentes do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e diz que o Poder Judiciário não se afasta desta linha, conforme Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência nº 101.407-SP. Também cita outro julgado, tendo como relatora a Ministra Eliana Calmon. O defendente diz que espera que seja excluído o lançamento relativo a 31/01/2006.

Quanto ao mérito, o defendente diz que foi surpreendido com o recebimento do Termo de Exclusão do SIMBAHIA para efeito de cobrança retroativa do ICMS, sob a alegação de que foi constatada a constituição de empresas com interposição fictícia de pessoas, conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010. Alega que na intimação não constou o número do processo administrativo precedente, limitando-se a informar o número do boletim de inteligência fiscal. Salaria que o próprio ato de exclusão do SIMBAHIA se limitou em afirmar que o motivo da infração foi que a constituição da empresa se deu por interposta pessoa, sem esclarecer e fundamentar tal conclusão, configurando verdadeiro cerceamento de defesa.

Transcreve o art. 59, inciso II do Decreto 70.235/72, relativo ao processo administrativo fiscal e diz que o acesso às informações é de extrema importância para o impugnante, porque só assim seria capaz de produzir prova em contrário. Cita a jurisprudência em relação à nulidade por cerceamento do direito de defesa e salienta que em nenhum momento restou configurada a hipótese de exclusão apontada pela autoridade administrativa. Afirma que a suposta ilicitude não passou do campo subjetivo, figurando o desenquadramento do Regime SIMBAHIA como forma indireta de cobrança de tributo, em frontal ofensa a diversos precedentes jurisprudenciais, como recente decisão exarada pelo CONSEF, onde situação semelhante foi julgada improcedente, conforme ementa que transcreveu. Diz ser indispensável a produção de prova robusta e inequívoca acerca do cometimento da infração, a fim de justificar e embasar a aplicação da penalidade.

Reproduz ensinamento do Professor Hugo de Brito Machado em seu artigo Mandado de Segurança em Direito Tributário e do Professor Paulo de Barros Carvalho. Afirma que o procedimento de exclusão, levado a efeito pela intimação, mostra-se no mínimo arbitrário, porque a exclusão com efeito retroativo do SIMBAHIA resultará incomensuráveis prejuízos, sem que fosse oportunizada a ampla defesa. Quanto à informação de existência de interpostas pessoas, afirma que os sócios da empresa autuada são sócios efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes a tal atividade. Assegura que não há qualquer cometimento de infração por parte do estabelecimento autuado ou de seus sócios que enseje a exclusão do regime SIMBAHIA, razão pela qual o Termo de Exclusão deve ser revisto, de imediato, com a devida preservação do contribuinte em tal regime. Diz que o pleito apresentado é de maior urgência, haja vista que a retroação dos efeitos da exclusão trará danos imensuráveis.

Prosseguindo, o defendente diz que no caso de não ser acolhido o pedido de decadência, bem como o de reconsideração do Termo de Exclusão do SIMBAHIA, há de se considerar os efeitos da referida exclusão, que não poderia retroagir para prejudicar o contribuinte, sendo este o entendimento da jurisprudência, que reproduziu. O defendente alega que outro ponto a ser discutido é a necessidade de suspensão do presente PAF, que se limita a cobrar a diferença entre o valor recolhido pelo autuado como SIMBAHIA e o valor que deveria ser recolhido caso a empresa não fosse optante pelo referido regime. O defendente informa que, entendendo nula a exclusão realizada, levou esse assunto para exame do Poder Judiciário, através de Impetração de Mandado de Segurança. Diz que já houve liminar e, inclusive, sentença no referido Mandado de Segurança em curso na 10ª Vara de Fazenda Pública de Salvador/Bahia, acolhendo as razões expendidas, anulando o ato de exclusão, determinando ao Superintendente de Administração Tributária que reintegre o autuado no Simples Nacional.

Apresenta o entendimento de que, tendo o Simples Nacional substituído o SIMBAHIA, e sendo idêntica a causa de exclusão de ambos os regimes, a sentença vigente ampara ambos os procedimentos. Dessa forma, encontra-se suspenso o direito de o Fisco cobrar eventuais diferenças que se relacionem exclusivamente ao assunto objeto da autuação. Transcreve o art. 151, inciso IV do CTN e 964, inciso V do RICMS/BA. Diz que a suspensão do presente PAF deve ocorrer até a conclusão do processo judicial, ou pelo menos enquanto houve decisão vigente determinando a anulação da exclusão realizada. Cita o art. 27 do RPAF/BA, e conclui pedindo a improcedência do presente Auto de Infração. Pede o reconhecimento, em preliminar, da decadência do débito ou pela inexistência de causa comprovada de exclusão do SIMBAHIA. Pelo princípio da eventualidade, pede que seja suspenso o presente PAF, até que o Poder Judiciário defina, nas instancias superiores, se a exclusão anunciada é válida ou não.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 68 a 78 dos autos, dizendo que o autuado foi excluído do SIMBAHIA através do Processo nº 482225/2010-0, com base nos artigos 15 e 22, § único, da Lei nº 7.357/1998, bem como, nos artigos 406-A, 408-L, 408-P, 408-Q e 408-S do RICMS/BA. Informa que a exclusão foi motivada por irregularidades apontadas no Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, onde se apurou que o estabelecimento em questão, sendo integrante de um conglomerado de empresas, utilizou-se de interpostas pessoas na sua constituição. Ressalta que o aludido processo

segiu todos os trâmites legais para a matéria em questão, sendo lavrado o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMBAHIA PARA EFEITO DE COBRANÇA RETROATIVA DE ICMS (fls. 27 do PAF), com abertura de prazo para que o contribuinte apresentasse impugnação, assim o desejando. Diz que o autuado apresentou Recurso Administrativo (Processo nº 508039/2010-1), visando suspender a sua exclusão do SIMBAHIA e teve o seu pedido indeferido, porque as suas alegações não foram capazes de elidir as provas apresentadas pelo Fisco em relação à situação que gerou a exclusão, ou seja, a utilização de interpostas pessoas na constituição das empresas participantes do GRUPO BÁSICA HOME, considerando que o somatório da receita desses estabelecimentos ultrapassou o limite legal de enquadramento no sistema, em todos os períodos analisados. Superada essa etapa recursal, foi emitida a Ordem de Serviço nº 506081/11, determinando a apuração do imposto devido, de forma retroativa, em função da exclusão da empresa do Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA, pelos motivos apontados no processo original.

Salienta que o defendente não contestou, de modo algum, os dados apresentados no Demonstrativo da Apuração do ICMS – Desenquadramento SIMBAHIA (fls. 05 dos autos), tendo sido efetuada apuração da diferença de ICMS entre o sistema de normal e o sistema que foi efetivamente utilizado pelo contribuinte, ou seja, o SIMBAHIA. Quanto à decadência, alegada pelo autuado, esclarece que o presente Auto de Infração foi registrado em 28/06/2011, conforme comprovante de registro constante da fl. 31; o autuado não tomou ciência antes, devido às dificuldades causadas por ele mesmo, para assinar o Auto de Infração (fl. 28). Afirma que o prazo decadencial deve ter a contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (Art. 173, Inc. I, do CTN), por isso, a exigência fiscal está conforme o rigor legal.

Quanto às alegações defensivas relacionadas ao Termo de Exclusão do SIMBAHIA, o autuante entende que o mencionado documento é o instrumento legal, necessário e suficiente, que autoriza a lavratura do Auto de Infração, tornando-o procedente, apesar das “razões” apresentadas pela Autuada, que versam sobre temas exauridos nas discussões anteriores. Diz que as alegações do autuado não abrangem todos os aspectos apontados no Boletim de Inteligência Fiscal, haja vista que a defesa limita-se a dizer que o Termo de Exclusão do SIMBAHIA, publicado no Diário Oficial do Estado, não apresenta provas que fundamentem o motivo que levou à exclusão do contribuinte do regime simplificado, com efeito retroativo, o que configuraria cerceamento do direito de defesa.

Assegura que o mencionado Termo de Exclusão do SIMBAHIA (fl. 27) faz referência e está estribado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010. Diz que não procede a alegação dos patronos do autuado quanto à falta de fundamentação daquele instrumento administrativo, visto que as justificativas da exclusão do contribuinte do SIMBAHIA estão devidamente arroladas e analisadas no referido boletim. Ressalta que a cópia do Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010 foi entregue ao autuado no momento da ciência do Auto de Infração, sendo-lhe dado oportunidades para apresentar a sua defesa em relação às acusações constantes dessa peça processual. Contrariamente ao afirmado pelo defendente, os fatos que ocasionaram a exclusão da empresa do SIMBAHIA estão devidamente comprovados no Processo Administrativo nº 219275/2008-6, configurando a constituição da empresa com interposição de pessoas, que é motivo suficiente para exclusão de ofício do regime, portanto, não existe ilegalidade alguma na ação fiscal.

Assevera que existem provas concretas e documentadas, constantes do Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, obtidas mediante cruzamento de informações coletadas dos bancos de dados das diversas esferas do Poder Público, de que o autuado utilizou artifícios para burlar a legislação do SIMBAHIA, solicitando o seu enquadramento como empresa de pequeno porte e reduzindo, assim, o seu imposto devido mensalmente, em razão das suas operações de vendas. Para atingir tal objetivo, o grupo dos citados empresários fracionou o seu negócio, constituindo empresas, mediante interposição de pessoas (a maior parte das suas próprias famílias), mantendo, contudo, o controle administrativo e econômico dessas empresas. Diz que as acusações não são

baseadas em suposições, como alega o defendente, mas em provas inferidas a partir da análise de um conjunto formado por documentos de constituições de sociedades e alterações contratuais posteriores, todos arquivados na JUCEB.

Comenta sobre a prova em Direito e cita ensinamentos de Moacyr Amaral Santos, na sua obra Comentários ao Código de Processo Civil. Diz que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF – tem reiteradamente proferido decisões no sentido de declarar a procedência de Auto de Infração, lavrado em questões da mesma natureza. Cita exemplos, transcrevendo as ementas. Informa que, recentemente, na esteira das decisões anteriores, o CONSEF julgou procedente um dos autos de infração lavrado contra outra empresa do GRUPO BÁSICA HOME. Transcreve a ementa, e diz que o pedido apresentado pelo autuado no item 23 da sua defesa (fls. 48 a 51), está completamente em descompasso com a realidade. Primeiro, porque a jurisprudência transcrita refere-se aos contribuintes enquadrados no SIMPLES, e não no SIMPLES NACIONAL, e, tampouco, no SIMBAHIA. Trata-se de uma legislação diversa da aplicada ao processo em pauta. Lembra que o SIMPLES NACIONAL entrou em vigor a partir de 01/07/2007.

Também informa que de acordo com o referido Boletim de Inteligência Fiscal, no decurso de uma investigação originada de uma denúncia de que a empresa Básica Home Comércio de Móveis Ltda., IE 054.376.726, havia efetuado venda de mercadorias sem a emissão do respectivo documento fiscal; foram identificados sócios comuns no quadro societário com outras empresas com as quais a empresa Básica Home mantinha vínculos econômicos e administrativos, sendo que todas elas estavam registradas no cadastro estadual como empresa de pequeno porte enquadrada no SIMBAHIA e, posteriormente, no SIMPLES NACIONAL. Com o prosseguimento da investigação confirmou-se que as empresas integrantes do grupo utilizaram interposição fictícia de pessoas na sua constituição, promovendo o fracionamento do negócio com o objetivo de possibilitar o enquadramento indevido no regime simplificado de apuração de tributos. Posteriormente, o relatório que originou o Boletim de Inteligência Fiscal foi encaminhado à Procuradoria Geral do Estado (PGE) para emissão de parecer opinativo sobre o desenquadramento das empresas integrantes do GRUPO BÁSICA HOME do sistema SIMBAHIA / SIMPLES NACIONAL, visando à cobrança da diferença de ICMS com base no regime normal de apuração. A PGE concluiu que as empresas em análise, desde a sua constituição, foram capitaneadas por Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho, CPF 293.554.604-06, e sua esposa Roberta Meira Pinto Coelho, CPF 431.332.784-91, figurando os demais sócios das empresas como meros coadjuvantes, com vistas a escamotear os verdadeiros sócios (fls. 20 a 23 do PAF). Informa que as empresas que integram o GRUPO BÁSICA HOME são as seguintes (fls. 11 e 12 do PAF), são as seguintes: AB ACESSORIOS DE BANHEIROS LTDA., IE 057.419.798; ARTE E BANHO ARTIGOS DE BANHEIROS LTDA., IE 040.363.662; BASICA HOME COMERCIO DE MOVEIS LTDA., IE 054.376.726; DESIGNER'S ARTIGOS DE DECORACAO LTDA., IE 048.217.549; DESIGNER'S ARTIGOS DE DECORACAO LTDA., IE 050.242.719; VIA METAL COMERCIO DE FERRAGENS LTDA., IE 044.984.795.

Diz que no caso específico da empresa Designer's Artigos de Decoração Ltda., IE 48.217.549, no período fiscalizado, constam como sócios principais, Renata Paula Meira de Vasconcelos, CPF 831.516.804-53, cunhada de Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho, com apenas um por cento (1%) de participação societária, e Paulo Roberto Meira Pinto Coelho, CPF 026.870.305-11, filho menor do casal Paulo Roberto da Cunha Pinto Coelho e Roberta Meira Pinto Coelho, com o restante das cotas sociais. Transcreve o art. 15 da Lei nº 7.357, de 4 de novembro de 2008, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA, e informa que os sócios do autuado, ou participam diretamente do capital das demais empresas que compõem o grupo, ou tem ingerência, na condição de administrador da sociedade ou representação em decorrência do *pátrio poder*, como está demonstrado no Boletim de Inteligência Fiscal. Todos os documentos, tais como Contrato Social e Alteração Contratual, que comprovam essas situações estão anexados ao Processo Administrativo nº 219275/2008-6.

Entende que ficou amplamente demonstrado, com base no Processo Administrativo nº 219275/2008-6, bem como, no Parecer da PGE / PROFIS (fls. 20 a 23), que houve irregularidades na

constituição das empresas do GRUPO BÁSICA HOME, utilizando-se as mesmas de interpostas pessoas na composição do seu quadro social, a fim de escamotear os verdadeiros sócios, possibilitando, assim, o fracionamento do negócio, com redução da receita bruta declarada, e consequente, enquadramento no regime simplificado de apuração do imposto. Tal fato é motivo mais que suficiente para exclusão de ofício do regime, portanto, a ação fiscal está inteiramente lícita.

Em relação ao processo judicial em que o autuado está pleiteando a anulação da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, o autuado entende que deveria ser aplicada a regra do art. 167 do RPAF/BA. Quanto ao mandado de segurança impetrado pelo defendente com escopo de suspender a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL (fls. 58 a 65), diz que, contrariamente ao que é afirmado nas razões de defesa, a referida peça determina apenas que o autuado seja reincluído no SIMPLES NACIONAL, evitando-se, assim, na visão da Juíza de Direito, a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, em virtude do afastamento do autuado de regime tributário mais benéfico. Entende que o referido mandado de segurança, de forma alguma, determina que a Fazenda Estadual deixe de fiscalizar fatos pretéritos. Os efeitos referem-se, tão somente, ao período atual, em que o autuado estava enquadrado no SIMPLES NACIONAL. Fala sobre o art. 27 do RPAF/BA, e diz que os débitos levantados, inerentes ao período em que a empresa estava inscrita no SIMBAHIA, não estão abrangidos pelo mandado de segurança. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando que o autuado anexou ao presente processo cópia de decisão judicial (fls. 58/65), esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à PGE/PROFIS (fl. 82), solicitando informar qual a situação atual do mencionado processo; se a decisão judicial ampara ambos os sistemas (SIMPLES NACIONAL e SIMBAHIA); se é caso de extinção do PAF (art. 122, IV do RPAF/BA); ou se o julgamento do PAF por este órgão julgador deverá ser suspenso até que o Poder Judiciário decida se a exclusão do SIMBAHIA é válida ou não.

Conforme Parecer às fls. 93/96, a sentença mencionada pelo defendente possui um conteúdo abrangente, alcançando de forma ampla o ato de desenquadramento do regime simplificado de tributação, alcançando, desta forma, a suposta saída ilegal do sistema constitucional diferenciado.

Quanto à indagação de que, se é caso de extinção do PAF, foi informado que se enquadra perfeitamente o caso em testilha aos ditames estabelecidos no art. 122, IV do RPAF/BA, porquanto a causa de pedir constante na decisão judicial, seja a mediata como a imediata, afeta diretamente o ato formativo da relação obrigacional tributária imputada ao sujeito passivo. A conclusão é no sentido de extinção do presente feito e, ato contínuo, inscrição em dívida, sendo sobrestado apenas o ajuizamento do feito.

No Despacho PGE/PROFIS às fls. 97/100, foi acolhido parcialmente o parecer de fls. 93/96, com a conclusão de que, “pelas referências à denúncia fiscal nº 4.964/04 e ao relatório nº 22/2008, não podem sobejar dúvidas de que o ato administrativo impugnado pela empresa, nos autos da referida ação mandamental, é aquele do qual resultou sua exclusão do SIMBAHIA, sendo inegável, por conseguinte, a relação de prejudicialidade entre a referida ação mandamental e o presente auto de infração.

Também foi informado que o debate judicial não alcança questões outras ventiladas na impugnação da empresa, tais como a decadência, a inexistência da alegada constituição de empresa interposta por pessoa e a possibilidade de desenquadramento com produção de efeitos retroativos. Quanto a estas questões não há qualquer superposição entre as instâncias administrativa e judicial, que justificasse o encerramento preliminar do contencioso administrativo.

Foi apresentada a conclusão de que o presente processo deve prosseguir em seus regulares trâmites, considerando que a defesa veicula questões diversas daquelas submetidas à apreciação do Poder Judiciário, as quais deve ser conhecidas e julgadas na esfera administrativa.

## VOTO

Analizando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2011 para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2006, o autuado apresentou o entendimento de que o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário através de Auto de Infração não pode alcançar os lançamentos anteriores a 25/06/2006, devendo ser excluído o fato gerador ocorrido em 31/01/2006.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.
2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo de decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.
3. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Considerando que no presente PAF houve levantamento fiscal apurando-se imposto não declarado e não pago ou diferença entre o declarado, o devido e o recolhido, implica dizer que não há pagamento a ser homologado, e neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

No presente processo, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2006 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2011. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2011, tendo como data de ciência 07/07/2011, nestas datas, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

O defendente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração alegando cerceamento ao direito de defesa, alegando que em nenhum momento restou configurada a hipótese de exclusão apontada pela autoridade administrativa; afirmando que a suposta ilicitude não passou do campo subjetivo, figurando o desenquadramento do Regime SIMBAHIA como forma indireta de cobrança de tributo, em frontal ofensa a diversos precedentes jurisprudenciais. Entende ser indispensável a produção de prova robusta e inequívoca acerca do cometimento da infração, a fim de justificar e embasar a aplicação da penalidade.

Não acato a alegação defensiva, tendo em vista que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos

acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, e tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas nas razões de defesa. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Observo que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis, e mercadorias.

Depois de concluída a fiscalização, tendo sido constatada alguma infração, lavra-se o Auto de Infração, passando a haver uma acusação. Neste caso, deve-se observar os critérios constitucionais atinentes ao contraditório e à ampla defesa. No processo administrativo fiscal é que se adota o princípio do contraditório para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade, 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 às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em decorrência de recolhimento do imposto efetuado a menos em razão da perda do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares deste regime, ficando sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do SIMBAHIA, no período de janeiro a dezembro de 2006, ou seja, houve cobrança retroativa por motivo de enquadramento indevido do estabelecimento como empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA.

Consta na descrição dos fatos que a irregularidade foi apurada conforme Processo Administrativo nº 219275/2008-6, e que o cálculo das diferenças devidas foi efetuado de acordo com o Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010.

Observo que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, foi instituído pela Lei 7.357, de 04/11/98, regime que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado aplicado a categorias de contribuintes do ICMS, como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, sendo exigido que os interessados em adotar este tratamento tributário, se enquadrem nas condições e limites fixados na lei, implicando renúncia expressa à utilização de quaisquer créditos fiscais.

O desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA pode ocorrer em consequência dos seguintes fatores:

- a) opção manifesta do contribuinte, retornando à sistemática anterior de apuração do imposto;
- b) em decorrência de inclusão indevida do contribuinte no regime;
- c) quando o contribuinte extrapola os limites de faturamento fixados na lei, que garantem a fruição do tratamento tributário diferenciado;
- d) constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;
- e) quando o contribuinte comete infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

Quanto aos fatos que levaram à conclusão de existência de irregularidades, foi acostado aos autos o Boletim de Inteligência Fiscal nº 0063/2010.

Saliento que o RICMS/97, vigente à época dos fatos, previa perda do tratamento tributário do SIMBAHIA em decorrência de infração considerada pela legislação de natureza grave, conforme determina o art. 408-L, incisos II, IV e VII (vigentes à época), abaixo reproduzidos:

*Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

*II - que optar pelo enquadramento no Regime utilizando-se de declarações inexatas ou falsas;*

*IV - constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;*

*VII - que, comprovadamente, prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação.*

Pelo dispositivo regulamentar acima reproduzido, se constata que deve ser efetuada a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais ao estabelecimento inscrito no regime SIMBAHIA, quando incorrer na prática de infração capaz de ensejar o cancelamento de benefícios.

Em sua impugnação, o autuado alegou que é nula a exclusão realizada, e que levou esse assunto para exame do Poder Judiciário, através de Impetração de Mandado de Segurança. Diz que já houve liminar e, inclusive, sentença no referido Mandado de Segurança em curso na 10ª Vara de Fazenda Pública de Salvador/Bahia, acolhendo as razões expendidas, anulando o ato de exclusão, determinando ao Superintendente de Administração Tributária que reintegre o autuado no Simples Nacional.

Quanto a esta alegação, em atendimento à solicitação encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, no Despacho PGE/PROFIS às fls. 97/100, foi acolhido parcialmente o parecer de fls. 93/96, com a conclusão de que, “pelas referências à denúncia fiscal nº 4.964/04 e ao relatório nº 22/2008, não podem sobejar dúvidas de que o ato administrativo impugnado pela empresa, nos autos da referida ação mandamental, é aquele do qual resultou sua exclusão do SIMBAHIA, sendo inegável, por conseguinte, a relação de prejudicialidade entre a referida ação mandamental e o presente auto de infração.

Também foi informado que o debate judicial não alcança questões outras ventiladas na impugnação da empresa, e que o presente processo deve prosseguir em seus regulares trâmites, considerando que a devesa veicula questões diversas daquelas submetidas à apreciação do Poder Judiciário, as quais deve ser conhecidas e julgadas na esfera administrativa.

O defendente também alegou quanto à informação de exigência de interpostas pessoas, que os sócios da empresa autuada são sócios efetivos, possuidores de todos os direitos e obrigações inerentes a tal atividade. Assegura que não há qualquer cometimento de infração por parte do estabelecimento autuado ou de seus sócios que enseja a exclusão do regime SIMBAHIA, razão pela qual o Termo de Exclusão deve ser revisto, de imediato, com a devida preservação do contribuinte em tal regime.

Entretanto, conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 63/2010, as provas foram obtidas mediante cruzamento de informações constantes no banco de dados das diversas esferas do Poder Público, de que o autuado utilizou artifícios para solicitar o seu enquadramento no SIMBAHIA como empresa de pequeno porte.

De acordo com as informações do autuante, o defendente não contestou os dados apresentados no Demonstrativo da Apuração do ICMS – Desenquadramento SIMBAHIA (fls. 05 dos autos), tendo sido efetuada apuração da diferença de ICMS entre o sistema de normal e o sistema que foi efetivamente utilizado pelo contribuinte, ou seja, o SIMBAHIA.



Não acato as alegações defensivas tendo em vista que no presente caso foi observado a legislação quanto à exigência de prévia formalização do desenquadramento pela autoridade competente para fazer o enquadramento (conforme Termo de Exclusão do SimBahia – fl. 27), como requisito para a subsequente autuação para lançamento do tributo pago a menos em virtude do ilícito apurado. Neste caso, tendo o lançamento do crédito tributário sido efetuado com o prévio desenquadramento do contribuinte do regime do SimBahia pela autoridade competente, desenquadramento não ficou configurado que houve ofensa ao devido procedimento legal.

Quanto ao levantamento fiscal, o defendente não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pelo autuante; não houve contestação aos cálculos, e a exigência fiscal está amparada na legislação em vigor. Assim, entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado, devendo prevalecer os valores apurados no levantamento 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 206925.0003/11-0, lavrado contra **DESIGNER S ARTIGOS DE DECORAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.052,85**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA