

PROCESSO - A. I. Nº 206915.0003/09-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e R. E. F. INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDOS - R. E. F. INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4º JJF nº 0424-04/09
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 01/04/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0044-12/11

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS NO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. NULIDADE. A ação fiscal é um ato administrativo vinculado às determinações legais, que lhe impõe limites. O contribuinte somente foi comunicado do desenquadramento no Regime Simplificado de Apuração do Imposto, SimBahia, quando da ciência do Auto de Infração. Houve desobediência à norma regulamentar e inequívoco cerceamento do direito de defesa. Infrações nulas. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Multas por descumprimento de obrigação acessória. Infrações caracterizadas. 4. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO Infração reconhecida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. O recolhimento do valor residual por parte do sujeito passivo implica em reconhecimento do débito, extinguindo a lide, o que torna o Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. O desenquadramento do contribuinte da condição de empresa do regime de apuração do SimBahia deve atender aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, o que no caso presente, não aconteceu, vez que o sujeito passivo não foi devidamente cientificado do ato. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, bem como Recurso de Ofício apresentados em relação ao julgamento do Auto de Infração, lavrado em 05 de junho de 2009, o qual exige ICMS no valor de R\$77.435,72, acrescido das multas de 50%, 60%, e 150%, além de penalidade fixa decorrentes da constatação das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Consta na descrição dos fatos que o contribuinte, optante pelo Regime Simplificado de Apuração e Recolhimento de ICMS – SimBahia, desde 04.08.05 como microempresa, adquiriu, entre 12.11.05 e 05.07.07, diversos equipamentos e caminhões para o ativo imobilizado de sua fábrica (Notas Fiscais nºs 34281, 11192, 336, 148002, 672, 26536, 5224, 37592, 37595, 36682, 229701, 230930, 168548, 3387, 3391, 25, 704, 05, 954, 592675, 589167, 3146, 17, 2246, 36674 e 4715, anexas no presente auto), no valor total de R\$856.565,76, ultrapassando assim o limite da última faixa de microempresa que era de R\$360.000,00. Situação esta que impedia ou restringia a opção no SIMBAHIA,

enquadrando-o pelo custo de implantação ou de manutenção do investimento em faixa de faturamento de empresa de pequeno porte, referente ao período de agosto de 2005 a março de 2006, valor de R\$270,00, em cada mês, conforme artigo 387-A, II, parágrafo único, RICMS-BA, o que foi verificado nos exercícios de 2005 e 2006, no valor de R\$2.160,00.

2. Falta de recolhimento do ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte (indústria de refrigerantes), optante pelo Regime Simplificado de Apuração e Recolhimento de ICMS – SimBahia, desde 04 de agosto de 2005 como microempresa, teve custo de implantação e de manutenção do investimento de R\$856.565,76, conforme cópias das Notas Fiscais nºs 34281, 11192, 336, 148002, 672, 26536, 5224, 37592, 37595, 36682, 229701, 230930, 168548, 3387, 3391, 25, 704, 05, 954, 592675, 589167, 3146, 17, 2246, 36674 e 4715, datadas de 12 de novembro de 2005 e 05 de julho de 2007, superior ao limite de enquadramento como microempresa que era de R\$360.000,00. Com custos de implantação condizentes com os limites de empresa de pequeno porte e não tendo recolhido o valor mínimo como EPP, R\$270,00, conforme art. 387-A, parágrafo único, inciso II, RICMS-BA, fica sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do SimBahia (art. 408-P e 408-S), como contribuinte do regime normal. Deve, assim, a partir de maio de 2006, ICMS diferencial de alíquotas, nas compras de outros Estados de bens e máquinas para o ativo imobilizado, conforme cópias das Notas Fiscais nºs 36682, 37592, 5224, 26536, 672, 148002, 11192, 168548, 3387, 3391, 954, 592675 e 589167, além de demonstrativo da falta de pagamento da diferença de alíquotas, anexados ao presente auto. Infração constatada nos exercícios 2006 e 2007, no valor de R\$ 69.836,68.
3. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, fato constatado no exercício de 2008, no valor de R\$2.679,04.
4. Falta de escrituração do livro fiscal Registro de Entradas. Multa de R\$460,00.
5. Falta de escrituração do livro fiscal Registro de Saídas. Multa de R\$460,00.
6. Falta de escrituração do livro fiscal Registro de Inventário. Multa de R\$460,00.
7. Falta de escrituração do livro fiscal Registro e Apuração do ICMS. Multa de R\$460,00.
8. Falta de escrituração do livro fiscal Registro e Controle do Estoque e da Produção. Multa de R\$460,00.
9. Falta de escrituração do livro fiscal Registro de Utilização de Documentos Fiscais e de Termos de Ocorrências, com aplicação de multa de R\$460,00.

A Decisão atacada, consubstanciada no Acórdão JF 0424-04/09 (fls. 171 a 180), após afastar as preliminares levantadas pelo sujeito passivo, bem como indeferir o pedido de perícia feito pelo contribuinte, baseou-se nos seguintes fatos, para embasar a Decisão proferida:

“Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo que deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos exercícios 2005 e 2006, no valor R\$ 2.160,00.

Contesta o autuado arguindo que o Auditor Fiscal com base nas notas fiscais de aquisição desenquadrado de ofício a defendente, sem observar os requisitos legais, atribuindo-lhe uma nova faixa de recolhimento na condição contribuinte de Pequeno Porte, determinando que esse valor fosse de R\$ 270,00 a partir da data de seu enquadramento como microempresa. Em seguida, após determinar o novo valor de R\$ 270,00 e, em razão de não tê-lo recolhido, nos meses de 08/2005 a 03/2006, o estabelecimento estaria desenquadrado do SIMBAHIA; conseqüentemente, não poderia usufruir dos benefícios previstos no art. 7º, V, RICMS/BA, a dispensa do pagamento do ICMS diferencial de alíquota, exigência da infração 02.

Na Informação Fiscal, o Auditor confirma que durante a ação fiscal não teve dúvidas quanto à legalidade e oportunidade dos lançamentos de ofício; que não confundiu o tratamento diferenciado ofertado à microempresa no Sistema Tributário Brasileiro e entende que a partir do Decreto nº 8.413, de 30/12/02 e do Decreto nº 9.513, de 10/08/05, tanto o Auditor Fiscal quanto o Inspetor Fazendário, na falta de uma definição mais específica a

respeito de qual autoridade efetuará o desenquadramento do SIMBAHIA, são competentes para desenquadrar o contribuinte do regime.

Acredita que não houve atropelos de competências, tendo em vista que recebeu a ordem de serviço para a auditoria fiscal do contribuinte e cujo Auto de Infração lavrado teve visto do Inspetor e do Supervisor de Fiscalização.

Examinando as peças processuais e a legislação que rege a espécie, verifico que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS, aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante, denominado de SIMBAHIA, foi instituído pela Lei nº 7.357 de 04 de novembro de 1998, e publicado no Diário Oficial de 05 de novembro de 1998, sendo finalmente regulamentado pelo Decreto nº 7.466 de 17 de novembro de 1998.

A referida Lei veio atender às exigências da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como um dos princípios da Ordem Econômica, art. 170, inciso IX, “o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração do País.” Obedeceu ainda ao artigo 179: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Nessa quadra, é obrigação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios incentivar as microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando suas obrigações para com os órgãos públicos, de maneira, também, a atingir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja: diminuir as desigualdades sociais e regionais, incentivando os pequenos para que tenham melhores condições de igualdade com as grandes empresas, ocasionando um maior nivelamento social. O Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica. Sendo assim, possui poderes para fiscalizar, incentivar e planejar, promovendo o desenvolvimento nacional equilibrado, como determina a Constituição Federal em seu artigo 174.

Em obediência ao dispositivo constitucional acima referenciado, o SIMBAHIA buscou ainda trazer um incentivo à geração e manutenção de empregos, permitindo às pequenas empresas uma dedução no montante do imposto devido, de acordo com o número de empregados regularmente registrado (art. 8º, Lei nº 7.357/98).

No caso concreto, observo que durante a ação fiscal o autuante relacionou notas fiscais de aquisição de máquinas, materiais, equipamentos e veículos destinados à fábrica de refrigerantes autuada, fls. 16/41, cuja soma totalizou R\$ 856.565,76, ultrapassando assim o limite da última faixa de microempresa que era de R\$ 360.000,00. Situação esta que, segundo o entendimento fiscal, impedia ou restringia a opção feita pelo autuado no SIMBAHIA, enquadrando-o, em função desse custo de implantação ou manutenção do investimento, em faixa de faturamento de empresa de pequeno porte, em conformidade com o art. 384-A, §12º, I, RICMS-BA.

A partir de tal juízo, custos de implantação condizentes com os limites de empresa de pequeno porte e, não tendo o autuado recolhido o valor mínimo de R\$ 270,00, conforme art. 387-A, parágrafo único, inciso II, RICMS BA, exigido na infração 01, o Auditor Fiscal entendeu cabível a exigência do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do SIMBAHIA (art. 408-P e 408-S), na condição de contribuinte do regime normal. Por conseguinte, incidiu na obrigatoriedade do pagamento do diferencial de alíquotas com relação à aquisição de bens e máquinas para o ativo imobilizado, conforme cópias das notas fiscais nºs 36682, 37592, 5224, 26536, 672, 148002, 11192, 168548, 3387, 3391, 954, 592675 e 589167, além de demonstrativo da falta de pagamento da diferença de alíquotas, fl. 45, o que deu azo à infração 02 do presente Auto de Infração.

A Lei nº 7.357/98 do SIMBAHIA preconiza em seu artigo 14 que fica dispensado o pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de bens destinados a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento e na utilização de serviço iniciado em outro Estado e não vinculado a operação ou prestação subsequente, por parte das empresas de pequeno porte, das microempresas e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual (art.7º inciso V e o artigo 395-A, RICMS-BA)

Analisemos tais questões.

Individuo que a legislação que disciplinava o tratamento tributário dispensado ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SIMBAHIA, mais especificamente a regra do art. 6º, inciso VII, da Lei nº 7.357/98, expressamente determinava que não poderia optar pelo enquadramento na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte a empresa que desejar enquadrar-se em categoria de contribuinte, cujo limite superior de enquadramento, fixado de acordo com o art. 2º desta Lei, seja inferior ao custo de implantação do investimento. É cediço também de que os incisos II e IV do artigo 15, combinado com o artigo 19 e inciso IV do artigo 22, todos da Lei nº 7.357/98, determinavam que perderia o direito à adoção do referido tratamento tributário a empresa que optasse pelo enquadramento no Regime, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas, a exemplo da Declaração de Movimento Econômico da Micro-Empresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), exigência legal art. 333 e 152, §5º, RICMS-BA, entregues nos exercícios 2005/2007, sem movimentação

(fls. 42/44), devendo o imposto, nessas situações, ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, excluindo-se de ofício o contribuinte (Art. 19, Lei nº 7.357/98).

Assim, se o contribuinte ao implementar os seus negócios, o fez em desobediência às regras previstas em lei - “Não poderão adotar o tratamento tributário do SimBahia os contribuintes que tiverem custos de implantação ou de manutenção do negócio incompatíveis com as condições e limites fixados nesta Lei” (art. 2º § 6º, Lei 7.358/99), podemos concluir que a cobrança retroativa encontra amparo na legislação, ainda porque o enquadramento foi feito pelo próprio contribuinte. Se este ocorreu sem um melhor planejamento ou “de forma romântica”, como declarou nas razões, não há falar em ilegalidades ou inobservância a princípios constitucionais, uma vez que ele mesmo teria dado causa à exclusão de seu enquadramento do Regime SIMBAHIA.

No entanto, não consta dos autos provas de que o ato de desenquadramento empreendido pelo Auditor Fiscal foi praticado de forma regular, ou seja, não há prova da autorização do inspetor fazendário para excluir o sujeito passivo no regime SIMBAHIA e nem sequer prova de que o mesmo foi notificado desta exclusão.

Compulsando-se as peças do presente processo, constato que o contribuinte somente foi cientificado do ato de desenquadramento durante a lavratura do Auto de Infração, em ofensa ao devido processo legal e à própria atividade administrativa da aplicação da lei no caso concreto, que disciplina o lançamento tributário, art. 142, CTN, um complexo de situações jurídicas instrumentais de mão dupla. De um lado, a atividade vinculada que não permite espaço à discricionariedade do agente fiscal, de outro, porque deve ser realizada sob a égide da ampla defesa e do contraditório, insusceptível de confusão com a norma de direito material.

Consoante os incisos II e IV do artigo 15, combinado com o art. 19 e o inciso IV do art. 22 da Lei nº 7.357/98 - que instituiu o regime SIMBAHIA, abaixo transcritos, dois efeitos jurídicos podem advir caso o contribuinte enquadrado no regime em apreço opte pelo SIMBAHIA utilizando-se de declarações inexatas ou que se enquadraram em categoria de contribuinte cujo limite superior de enquadramento, fixado de acordo com o art. 2º desta Lei, seja inferior ao custo de implantação do investimento.

“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS 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;

(...)

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

(...)

Art. 22. A exclusão dar-se-á de ofício:

(...)

IV - nas situações mencionadas nos incisos II, III e IV do art. 15;”

Assim, da leitura dos dispositivos transcritos os efeitos jurídicos são a perda do tratamento tributário previsto no Regime SIMBAHIA e a exclusão de ofício, também denominada de desenquadramento. A exclusão de contribuinte do Regime Simplificado de Apuração do ICMS será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício (art. 20, Lei nº 7.357/98). E, segundo o parágrafo único do art. 22, da lei do SIMBAHIA, o contribuinte que deixar de recolher o imposto por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados ou incorrer na prática de infrações de natureza grave poderá ser excluído do Regime, a critério da autoridade competente, na forma em que dispuser o regulamento.

Por outro lado, muito embora o RICMS não traga expressamente qual seria a autoridade competente para efetuar a exclusão de ofício, este Conselho de Fazenda já proferiu decisões no sentido de que se a autoridade competente para efetuar a perda do direito à adoção do tratamento tributário simplificado de apuração do ICMS, em caso de cometimento de infrações de natureza grave, é o Inspetor Fazendário, nos termos expressos no art. 408-L, inciso V, efeito jurídico de menor gravidade que a própria exclusão (ou desenquadramento) do contribuinte do regime do SIMBAHIA. Portanto, a conclusão lógica é que a exclusão de ofício deve ser efetuada pelo Inspetor Fazendário, no mínimo.

Firmada qual seria a autoridade competente para a exclusão de ofício, e não constando no processo o referido ato, que deu causa à ação fiscal com a consequente lavratura do Auto de Infração, entendo inválido o presente lançamento de ofício.

Embora a legislação do SIMBAHIA não determine qual o rito a ser aplicado na exclusão do regime, a regra do artigo 408-B, estabelecia que uma vez determinado o desenquadramento do contribuinte da condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, deveria o contribuinte, “... no último dia útil do mês em que receber a comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque”.

Logo, está expressa, portanto, a necessidade de que o contribuinte que foi excluído (desenquadrado) do SIMBAHIA seja comunicado deste fato, até para que pudesse adotar o procedimento disciplinado no dispositivo citado ou ainda o procedimento regado no art. 407-A do RICMS, que determinava que ao ser efetuada a exclusão de ofício, o contribuinte poderia optar pelo enquadramento em outra categoria, ou adotar as providências que se fizerem necessárias para permanecer na categoria anteriormente adotada, quando admissível, desde que preenchidos os requisitos regulamentares.

E não poderia ser de outra forma, posto que a comunicação ao administrado do ato administrativo que diretamente lhe afeta não é mera formalidade, é regra que tem lastro no princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa e no princípio da segurança jurídica, que encerram o devido processo legal, ainda mais no caso específico em que a referida exclusão importou na cobrança retroativa de impostos e multas. No entanto, não consta dos autos que tal comunicação foi feita, até porque o próprio Auditor Fiscal se diz competente para tal mister, em conjunto com o Inspetor Fiscal.

A comunicação, que não se confunde com a publicidade, consiste no ato pelo qual a administração pública faz o interessado tomar ciência da iminência ou da expedição do ato administrativo. Sua falta compromete a validade do ato administrativo, não podendo ser convalidado o referido ato, posto que, no caso concreto, já é pacífico na doutrina e na jurisprudência que somente pode ser convalidado o ato que não compromete o exercício dos direitos dos administrados.

Posto isso, impende à decretação da nulidade das infrações 01 e 02, conforme o todo discutido ao longo do Auto de Infração em epígrafe, posto que baseado em exclusão de ofício não comprovada. Nesse sentido os acórdãos C/JF 0105-11/09 e C/JF 0281-12/09.

Com relação às multas contidas nas infrações 04 a 09, verifico que foi expedida intimação para o contribuinte, fl. 08, para apresentação de livros fiscais, em 31.12.2008, exceto o livro de Inventário que deveria ser escriturado até o mês fevereiro, a multa foi lavrada com data de 01.03.08.

Verifico que na oportunidade, o autuado deveria manter e escriturar os livros fiscais solicitados uma vez que o estabelecimento estava no cadastro de contribuintes NORMAL com forma de apuração de conta corrente fiscal, uma vez que não consta nos autos sua opção pelo SIMPLES NACIONAL, dado pela Lei Complementar 123/06, vigência a partir de 01.07.2007 e sendo a partir de então revogada a Lei que instituiu o SIMBAHIA.

Portanto, caracterizada a incidência das multas por descumprimento de obrigação acessória tendo em vista a não escrituração dos livros constantes nas infrações 04 a 09.

Dessa forma, sou pela procedência das infrações 03 a 09, sendo o valor de R\$ 2.679,04 de ICMS e R\$ 2.760,00 equivalente às multas; além de nulidades das infrações 01 e 02.

Para as infrações nulas cabe a autoridade verificar a possibilidade de que sejam representados para exigência dos respectivos valores, livres dos vícios que decretaram suas anulações.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.”

Em razão da desoneração de parte do valor do lançamento, a Junta de Julgamento Fiscal, ao amparo do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 7.851/99, com efeitos a partir de 10 de outubro de 2000, recorreu de ofício de sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda.

Por outro lado, inconformado com tal Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 189 a 200), no qual em relação às infrações 4 a 9 argui que a Decisão não se coaduna com a doutrina e jurisprudência, o que conduz ao entendimento de que a mesma deve ser examinada.

Extrato de pagamento acostado à fl. 219 informa o recolhimento de R\$6.923,09 em 15 de julho de 2009, e R\$316,24 em 24 de maio de 2010, na vigência da Lei da anistia (Lei nº. 11.908/10), sendo este último recolhimento realizado referente às infrações 4 a 9, conforme documento de detalhamento constante na fl. 222, ao passo que o primeiro refere-se à infração 3.

VOTO

São objeto do Recurso de Ofício as infrações 1 e 2, quais sejam, aquelas que dizem respeito à condição do contribuinte de optante pelo regime de apuração do imposto através do chamado SimBahia, observando-se que existe um liame entre as duas, o que resultou na Decisão da Junta de Julgamento Fiscal de anulá-las.

Reparo algum merece a Decisão recorrida. Como bem observou o julgador de primeiro grau, tal regime de apuração decorreu da norma constitucional contida nos artigos 170, inciso IX e 179 da Carta Maior, no intuito de tratar diferencialmente as pequenas e médias empresas, possibilitando-lhes competitividade e acesso a facilidades tributárias, previdenciárias, creditícias, entre outras, sendo tal norma recepcionada através da Lei nº. 7.357 de 04 de novembro de 1998.

Todavia, para a obtenção de tais benefícios, foram impostas condições que deveriam ser obedecidas pelas empresas que optassem por tal regime, o que no caso presente não aconteceu, pela constatação de aquisições e movimentação econômica em valores superiores àqueles determinados pela norma legal, o que traria como sanção a exclusão do regime *ex officio*.

Não se entra aqui, no mérito das infrações apontadas, apenas e tão-somente na atenção aos princípios e pressupostos legais para o chamado “desenquadramento”, ou seja, a exclusão da empresa do regime SimBahia.

Assim, não tendo sido obedecidos os requisitos legais previstos para tais casos, especialmente o artigo 20, da Lei nº 7.357/98, vez inexistir nos autos qualquer prova de que o sujeito passivo foi devidamente comunicado da exclusão do regime simplificado, que, como bem colocou o julgador, não pode nem deve ser confundida com publicidade. Bastaria uma simples comunicação, dirigida à recorrente, dando conta da sua exclusão do SimBahia para que a determinação legal fosse cumprida, o que não ocorreu.

Dessa forma, foram violados os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, no qual todas as partes envolvidas no litígio devem exercer, sem limitações, os direitos que a legislação lhes assegura, dentre os quais aqueles relativos à dedução de suas alegações, ao conhecimento dos atos praticados pela administração pública e à produção de prova, na forma prevista na Constituição Federal vigente.

Além disso, o autuante se arvorou, de maneira contrária à lei, da autoridade com a devida competência legal para a realização do desenquadramento, quando, por força da determinação contida no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, o qual, muito embora não expresse de forma cabal qual a autoridade competente para efetuar a exclusão de ofício, é cediço neste Conselho de Fazenda em diversas decisões o entendimento de que a autoridade competente para efetuar a perda do direito à adoção do tratamento tributário simplificado de apuração do ICMS, em caso de cometimento de infrações de natureza grave, é o Inspetor Fazendário, nos termos expressos no artigo 408-L, inciso V daquele diploma legal.

Assim, torna-se inequívoco o acerto da Decisão proferida, razão pela qual a mesma deve ser mantida na sua integralidade, o que implica em NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, o mesmo ataca as infrações de 4 a 9. Todavia, conforme se verifica nos extratos de pagamento acostados às fls. 219 e 222, o sujeito passivo havia reconhecido a infração 3 e realizado o recolhimento do valor lançado no Auto de Infração.

Analisando o processo verifico que, em maio de 2010, o sujeito passivo efetuou o recolhimento do débito julgado no Auto de Infração ora apreciado, utilizando-se dos benefícios da Lei nº. 11.908/10 que concedeu anistia de débitos tributários, especialmente o artigo 2º, Inciso II:

Art. 2º - O benefício previsto no art. 1º desta Lei não se aplica aos débitos fiscais decorrentes, exclusivamente, de penalidades pecuniárias por descumprimento de obrigações acessórias, que poderá ser quitado com redução nos percentuais, condições e prazos a seguir estabelecidos:

II - 90% (noventa por cento), se recolhido integralmente até 31 de maio de 2010.

Tendo havido o pagamento de 10% do valor da penalidade aplicada (R\$316,24), foi adimplida a obrigação tributária, com a sua quitação integral, no valor julgado pela primeira instância.

O pagamento total do débito tributário extingue o crédito tributário, conforme preceitua o artigo 156, Inciso I, do Código Tributário Nacional, e é incompatível com a vontade de recorrer da Decisão administrativa que julgou procedente o Auto de Infração, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso I do artigo 122 do RPAF/99.

Desta forma, resta dissolvida a lide existente, por estar caracterizada a perda do interesse recursal, tornando o Recurso Voluntário apresentado ineficaz e, conseqüentemente, PREJUDICADO.

Os autos devem ser, pois, remetidos à repartição fiscal de origem para as medidas administrativas cabíveis, especialmente sua homologação e arquivamento, vez tratar-se de pagamento integral, de acordo com o valor julgado, e tornado definitivo por este julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 206915.0003/09-7, lavrado contra **R. E. F. INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo o recorrente ser cientificado desta Decisão e os autos encaminhados à repartição de origem para homologação dos valores efetivamente recolhidos com os benefícios da Lei nº 11.908/10 e acompanhamento do parcelamento do débito exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS