

A. I. N °. - 299634.0011/09-5
AUTUADO - MILLENIO TRASPORTES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ROBERTO OLIVEIRA CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 04.08.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0189-02/10

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TRANSPORTE. REGIME DE APURAÇÃO ESPECIAL – SIMBAHIA - PARA EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Para as duas infrações os erros quanto à legislação, que fundamenta a exigência, foram corrigidos pelo autuante em sua informação fiscal, com a respectiva ciência do autuado, não cabendo nulidade do presente lançamento de ofício, uma vez que tais incorreções foram supridas com base no art. 18, §1º do RPAF/BA. Foram corrigidos os erros de cálculo apontados na defesa e rejeitadas as arguições de prescrição e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 16/12/2009, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$6.282,68, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto devido nas prestações de Serviço de Transportes Rodoviários. Consta que o levantamento foi efetuado com base nos livros registro de entradas, saídas e livro de apuração do ICMS, verificando a diferença em função do não recolhimento do ICMS apurado nos livros fiscais. ICMS no valor de R\$ 1.017,75. Multa de 60%.

02 – deixou de recolher, no prazo regulamentar, o ICMS devido nas prestações de Serviço de Transportes rodoviários apurados com base no regime de Apuração em Função da Receita Bruta; ICMS no valor de R\$ 5.264,93. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação, às folhas 39 a 43 dos autos, alegando, preliminarmente, que o Auto de Infração fora lavrado no dia 16/12/2009, reportando-se ao período de fiscalização entre 01/01/2004 a 30/11/2009. Entende que o período inicial da investigação fiscal só poderia compreender os últimos cinco (05) anos, portanto, deveria ter início a partir do dia 30 de novembro de 2004, fechando o ciclo de cinco anos. Considera os períodos anteriores a novembro de 2004, Janeiro a julho, alcançados pela decadência, com base no art. artigo 173, inciso I c/c artigo 174, ambos do Código Tributário Nacional, bem como na jurisprudência, mormente agora, com a edição da Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal, que pôs fim definitivamente sobre o assunto prescrição tributária, normatizando ser o CTN (instituído por Lei Complementar) o único diploma legal a dispor sobre matéria prescricional e decadencial.

Alega, além do exposto, que - na planilha de cálculo, o auditor fez constar informações imprecisas que acarretaria - se fosse o caso de existir imposto a pagar - erro na composição valor apurado, no campo número de empregado registrado, me empregado com registro legal, quando na verdade, em suas palavra

03 (três) funcionários devidos e regularmente registrados, conforme se vê pelas fichas de registros de empregado (documentos anexos).

Lembra que, para apuração do suposto imposto devido, a legislação estadual que regulamente o ICMS dispõe que existindo registro de empregados com CTPS assinada, para cada registro haverá um desconto na alíquota do imposto a ser apurado, tanto que faz constar nessa Planilha o campo próprio para relatar esse item.

Destaca que, outro erro flagrante que incorre o presente auto de infração impugnado diz respeito ao seu Termo de Encerramento, nos dois tópicos infração 01 e 02, fazendo constar as datas de ocorrências do não recolhimento do imposto devido e, assim a data de vencimento, como sendo o ano exercício 2008, para quem sabe fugir da incidência da prescrição, achando que a contribuinte deixaria passar ileso essa irregularidade.

Aponta o terceiro erro contido no auto de infração que se reporta aos próprios fundamentos apresentados como incorrido pela empresa, utilizando o artigo 116, tratando a empresa como sendo de Regime Normal de Apuração quando na verdade o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta (art. 115, inciso III), quando na verdade deveria ser o art. 118-A, por ser o contribuinte empresa de pequeno porte (EPP) regido pelo SimBahia.

Entende que esse débito jamais seria no valor ali apresentado, por não ter sido considerado os fatores de redução a que teria direito com base na própria legislação que disciplina o SimBahia e a legislação do Simples Nacional, sendo sua atividade exercida, básica e essencialmente de transporte de cargas de mercadorias, conforme classificação no CNAE/CONCLA – seção H, subclasse 4930-2/02, enquadrada como Empresa de Pequeno Porte – EPP, tendo direito a reduzir substancialmente a apuração do imposto devido – mesmo que a guisa de esclarecimento, já que não deve nada.

Pede que seja reconhecida a prescrição e decadência do direito de cobrar o imposto supostamente devido, que seja sumariamente arquivado o Processo Administrativo Fiscal e, por conseguinte, o auto de infração nele originado, determinando a baixa em definitivo do sistema, com as consequências de praxe, liberando o nome e a inscrição da empresa de qualquer responsabilidade tributária, expedindo a certidão negativa de tributos estaduais.

Suplantada a matéria de direito argüida em sede preliminar pede que seja apreciada as matérias de direito trazidas nesta defesa, como sendo os erros constantes no auto de infração, notadamente a falta de especificação do número de empregados registrados (planilha de cálculo), a data das ocorrências como sendo exercício de 2008, quando o exercício real é de 2004, além dos abatimentos devidos na apuração do imposto que não foram considerados pelo auditor.

O autuante, às fls. 53 a 58, apresenta informação, aduzindo que, a bem da verdade a autuada não apresentou comprovação de empregado, inclusive na DME entregue, vide folha nº 20 do presente PAF na DME consta como 0 (zero) o número de empregados.

Afirma que considerando que foi anexa a defesa da autuada a comprovação do número de empregados, efetuou a inclusão dos 03 (três) empregados registrados e foi elaborada nova planilha com os novos valores.

Afirma que a defesa está correta quando alega que houve erro no Termo de Encerramento, nos dois tópicos infração 01 e 02, fazendo constar as datas, como sendo do ano exercício de 2008, pois o ano correto é 2004, conforme planilhas, demonstrativo e documentos apensos ao presente P.A.F. Foi elaborado novo demonstrativo de débito e anexado ao processo.

Reconhece que o terceiro erro contido no auto de infração se reporta aos próprios fundamentos apresentados como incorrido pela empresa, utilizando o artigo 116, tratando a empresa como sendo de Regime Normal de Apuração, pois o correto para as duas infrações é: Art 384-A Inciso II e § 1º, art. 387-A § único e incisos e art. 124, Inciso I, alínea “c” do

nº 6.284/97. Alterando-se, por conseguinte a multa de 60% para 50%, vide novo demonstrativo de débito anexo ao presente PAF, apresentando abaixo o resumo das infrações:

Número Ocorr.	Infração	Data Ocorr.	Data vencimento	Imposto devido
1	03.07.02	31/01/2004	09/02/2004	973,42
2	02.09.02	28/02/2004	09/03/2004	2.042,81
3	02.09.02	31/03/2004	09/04/2004	1.499,71
4	02.09.02	30/04/2004	09/05/2004	1.034,30
5	02.09.02	31/05/2004	09/06/2004	270,00
6	02.09.02	30/06/2004	09/07/2004	270,00
TOTAL				6.090,24

Aduz que a pretensão fiscal foi de reclamar os valores de ICMS devido no Regime de Apuração Especial – SimBahia para empresa de pequeno porte, sendo levantado valor recolhido a menos no mês de janeiro/2004 e valores não recolhidos dos meses de fevereiro a junho/2004, conforme artigo 384-A Inciso II e § 1º e artigo 387-A § único e incisos, com base na defesa da autuada foram efetuadas as devidas correções conforme planilhas anexadas ao PAF e considerando o artigo 173 Inciso I do CTN, a presente autuação foi lavrada e tomada a ciência da autuada dentro do prazo legal de constituição do Crédito Tributário.

Conclui que, de todo o expendido, mantém a procedência parcial do A.I. nº 299634.0011/09-5, com o valor original histórico de R\$6.090,24, com os acréscimos moratórios e multas devidos de 50%, conforme Demonstrativo de Débito do Auto de Infração anexo ao presente PAF.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 66 a 70 dos autos, reafirmando as arguições de prescrição e decadência.

Reafirma os fundamentos apresentados como incorrido pela empresa, utilizando o artigo 116, tratando a empresa como sendo de Regime Normal de Apuração quando na verdade o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta (art. 115, inciso III), quando na verdade deveria ser o art. 118-A, por ser o contribuinte empresa de pequeno porte (EPP) regido pelo SimBahia.

Entende que o auditor deixou de se manifestar inclusive sobre os argumentos colacionados no tópico sobre a base de incidência do imposto, por ser a empresa classificada como EPP e tendo por base a sua classificação fiscal na própria legislação que disciplina o SimBahia e a legislação do SIMPLES NACIONAL, sendo sua atividade exercida, básica e essencialmente de transporte de cargas de mercadorias, conforme classificação no CNAE/CONCLA – seção H, subclasse 4930-2/02, enquadrada como Empresa de Pequeno Porte – EPP, tendo direito a reduzir substancialmente a apuração do imposto devido – mesmo que a guisa de esclarecimento, já que não deve nada.

Requer que à luz dos fundamentos colacionados, que seja revista a informação fiscal e, por fim, reformado a decisão ali contida para declarar:

“a) ESTAR A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESCRITO PELO LAPSO TEMPORAL, DECAINDO O DIREITO DE COBRANÇA, seja na esfera administrativa ou judicial, nos termos dos argumentos e fundamentos colacionados no tópico 01 desta impugnação defensiva, por ser a forma legal e prevista nos ordenamentos jurídicos, para fins de contagem do prazo, o fato gerador em si, incidindo a partir de cada mês do tributo devido, e não firmando-se no exercício fiscal em si, contados a partir do ano e não do mês.

b) Reconhecida a prescrição e decadência do direito de cobrar o imposto supostamente devido, que seja sumariamente arquivado o Processo Administrativo Fiscal e, por conseguinte, o auto de infração nele originado, determinando a baixa em definitivo do sistema, com as conseqüências de praxe, liberando o nome e a inscrição da empresa de qualquer responsabilidade tributária, expedindo a CERTIDÃO NEGATIVA DE TI

c) Com a correção dos erros apresentados, que sejam revistos os cálculos do imposto apurado, seguindo dos abatimentos que a legislação determina, lavrando-se outro auto com os valores reais, se é que se encontrará imposto a dever, com o que deverão ser apresentados à contribuinte para falar, nos termos da legislação pertinente.”

O autuante presta nova informação, mantendo a exigência em R\$ 6.090,24, conforme informação anterior, ratificando seu entendimento quanto à “prescrição”.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, confere ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações: 01 – recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto devido nas prestações de Serviço de Transportes Rodoviários; 02 – deixou de recolher, no prazo regulamentar, o ICMS devido nas prestações de Serviços de Transportes rodoviários apurados com base no regime de Apuração em Função da Receita Bruta.

Verifico que os erros, quanto à legislação que fundamenta a exigência e datas de ocorrências, foram corrigidos pelo autuante em sua informação fiscal, com a respectiva ciência do autuado, não cabendo nulidade do presente lançamento de ofício, uma vez que tais incorreções foram supridas com base no art. 18, §1º do RPAF/BA. Assim, no que concerne ao aspecto formal, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais.

O autuado alega a prescrição e decadência do direito de cobrar o imposto, relativo aos meses de janeiro a junho de 2004, com base no art. artigo 173, inciso I c/c artigo 174, ambos do Código Tributário Nacional, bem como na jurisprudência, com a edição da SÚMULA VINCULANTE nº 08, do Supremo Tribunal Federal, que, segundo ele, pôs fim definitivamente ao assunto prescrição tributária, afirmando ser o CTN (instituído por Lei Complementar) o único diploma legal a dispor sobre matéria prescricional e decadencial.

A arguição do autuado se funda, basicamente, inclusive quanto à Súmula de número 08 apresentada, na existência de prescrição, que não é o presente caso, pois a mesma só ocorreria se o lançamento de ofício, após a inscrição em dívida ativa do crédito tributário, tornando-o líquido e certo, transcorressem 05 anos sem que a Fazenda Pública efetuasse a devida cobrança judicial de tais créditos.

Quanto à decadência, relativa ao período entre janeiro a Junho de 2004, visto que os procedimentos fiscais, bem como o Auto de infração, foram constituídos com a respectiva ciência do autuado, ainda no exercício de 2009, se trata de uma questão deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08. O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo, respectivo, possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150. A Bahia assim procedeu ao editar o seu Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei 3956/81.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, os fatos geradores ocorridos no decorrer do exercício de 2004 só seriam colhidos pela decadência após o dia 31/12/2009, o que efetivamente não ocorreu, razão pela qual não acolho os argumentos de perda do direito da Fazenda Pública reclamar o crédito tributário no período alvo da impugnação.

A decadência tributária alcança a obrigação tributária, atingindo mais nada pode pretender a Fazenda Pública após sua ocorrência

tributária está o Fisco impedido de aplicar qualquer medida coercitiva para se exigir o crédito tributário prescrito. No presente caso, como visto, não foi alcançado o direito do Estado de fazer o lançamento, bem como não há impedimento de exigir judicialmente o crédito tributário quando devido.

Em relação às questões que envolvam inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributaria Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

No que se refere aos erros cometidos no auto de infração, pela falta de inclusão no cálculo da apuração do imposto dos 03 empregados, o autuante acolheu, corretamente, e efetuou os ajustes na planilha de apuração do imposto, constante à fl. 53 dos autos, com redução do imposto a recolher, quanto às duas infrações.

Da mesma forma, em sua informação fiscal, reconhece, como já aludido, o erro na fundamentação dos dispositivos infringidos, efetuando a correção dos mesmos. Quanto à infração 01 a pretensão é de reclamar os valores de ICMS devido no Regime de Apuração Especial – SimBahia para empresa de pequeno porte, sendo levantado valor recolhido a menos no mês de janeiro/2004, bem como, na infração 02, valores não recolhidos dos meses de fevereiro a junho/2004, de acordo com as os demonstrativos de apuração do imposto com base no aludido regime, infringido o autuado, conforme dispositivos corretos, o artigo 384-A Inciso II e § 1º e artigo 387-A, parágrafo único e inciso. Cabe, também, a modificação da multa de 60% para 50%, constante do art. 42, inciso I, alínea “b”, vigente a época. Além disso, o autuante reconhece o equívoco das datas de ocorrência constantes do demonstrativo de débito, como sendo do exercício de 2008, pois o ano correto é 2004, fazendo constar no demonstrativo de débito da informação fiscal as datas com o ano de 2004.

Verifico, assim, que foram, na informação fiscal, efetuadas as devidas correções, não havendo mais as alegadas incorreções, conforme planilhas apresentadas pelo autuante, as quais o autuado tomou a devida ciência e pode se manifestar, atendendo, portanto, ao já mencionado, art. 18, §1º do RPAF/BA.

“Art. 18. São nulos:

..

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

Cabe, por conseguinte, a manutenção parcial das infrações 01 e 02, respectivamente nos valores de R\$ 973,42 e R\$5.116,82, modificando as multas para 50%, conforme Demonstrativo de Débito do Auto de Infração que segue:

Infração	Data Ocorr.	Data vencimento	Multa	Imposto devido
1	31/1/2004	9/2/2004	50%	973,42
2	28/2/2004	9/3/2004	50%	2.042,81
2	31/3/2004	9/4/2004	50%	1.499,71
2	30/4/2004	9/5/2004	50%	
2	31/5/2004	9/6/2004	50%	

2	30/6/2004	9/7/2004	50%	270,00
Total Inf. 02				5.116,82
TOTAL DO DÉBITOI				6.090,24

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299634.0011/09-5**, lavrado contra **MILLENIO TRASPORTES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.090,24**, acrescido das multas de 50% prevista nos incisos I, alínea “b” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR