

PROCESSO	- A. I. N° 233082.0002/10-2
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- FRANCO ARAÚJO TRANSPORTE DE CARGAS LTDA. (FRANCO TRANSPORTES E LOGÍSTICAS)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2 ^a JJF n° 0026-02/11
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA
INTERNET	- 06/03/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0016-12/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA NO LANÇAMENTO. ROTEIRO DE AUDITORIA INADEQUADO. EMPRESA DO REGIME SIMPLES NACIONAL. SERVIÇO DE TRANSPORTE. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Contribuinte inscrito no Simples Nacional à época dos fatos geradores da obrigação tributária. Utilização de roteiro de auditoria inadequado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 233082.0002/10-2, lavrado em 23/03/2010 para exigir ICMS no valor de R\$146.004,95, acrescido da multa de 50%, em razão de falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a prestação de serviços de transporte, operações devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios constando, na descrição dos fatos, que se trata de ICMS destacado em Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Cargas – CTRC emitidos nas operações interestaduais. Demonstrativos e cópias de documentos fiscais às fls. 08 a 543 (volumes I e II).

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 547 a 549, pedindo que fosse considerado improcedente o Auto de Infração porque, sendo empresa enquadrada no regime desde o dia 01 de julho de 2007, deveria estar calculando o imposto com base na regulamentação do Simples Nacional, mas, por um seu equívoco, nos meses de julho e agosto de 2007 calculou e recolheu o imposto do ICMS como se ainda fosse contribuinte do regime normal de apuração, e durante o período em que foi fiscalizado (julho de 2007 a dezembro de 2008), emitiu seus conhecimentos de transporte rodoviário de cargas, nas operações interestaduais, com o destaque do ICMS com a alíquota correspondente às operações interestaduais, ou seja, 12 %, também como se contribuinte normal fosse.

Relatou que o mesmo equívoco cometeu o autuante quando no enquadramento da infração do Auto de Infração em epígrafe, porque considerou como se a empresa autuada fosse contribuinte normal, haja vista todo o levantamento efetuado através de planilhas nos quais foram lançados todos os conhecimentos de frete interestaduais. Aduziu que esse equívoco só foi detectado no momento em que ele, autuado, solicitou o parcelamento do débito lançado no Auto de Infração e a informação emitida pelo sistema da SEFAZ/BA era a de que só se estava liberando parcelamento para as empresas do Simples Nacional nos casos de autuação referente a antecipação parcial e a substituição tributária.

Afirmou que a exigência fiscal não subsistiria porque desde 01 de julho de 2007 fizera o ingresso no Simples Nacional e deveria ser fiscalizado e autuado com base na legislação específica, ou seja, as Leis Complementares 123/06 e 128/08 e as Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 575 a 577 dos autos, concordando com o pleito defensivo quanto à improcedência da autuação, porém aduzindo que verificou que o autuado também não recolhera o imposto relativo ao sistema de apuração do Simples Nacional, e que após três anos do advento da Resolução CGSN 30/2008, ainda não havia sido colocado à disposição

dos entes federativos o Auto de Infração e a Notificação Fiscal informatizados, ferramentas necessárias para cobrança de todos os tributos abrangidos pelo regime de apuração do Simples Nacional.

Em Decisão unânime a primeira instância julgou nulo o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0026-02/11, às fls. 581 e 582. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

“O lançamento de ofício, ora impugnado, exige do sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente à prestação de serviço de transporte, devidamente escriturado.

Verifico, em consonância com o autuante, que durante o período fiscalizado, julho de 2007 a dezembro de 2008, em que se processou a aludida exigência, o autuado efetivamente estava enquadrado no Simples Nacional, conforme informações constantes no INC- Informações do Contribuinte dessa Secretaria, ocasião em que não havia sido decidida ainda como haveria de ser feita a fiscalização das microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Enquanto se aguarda essa definição, não se sabe de quem seria a competência para fiscalizar e lançar de ofício os valores devidos.

Assim, considero nulo o Auto de Infração, enquanto não forem fixadas as competências, acima aludidas, e efetuados os ajustes no Sistema SEAI e SIGAT, não existe possibilidade de se lavrar Auto de Infração contra contribuintes enquadrados no aludido regime, quanto à infração em lume.

Voto pela nulidade do Auto de Infração, devendo, através do procedimento fiscal específico, com base nas regras do Simples Nacional, ser exigido o tributo porventura devido.”

A Junta recorreu de ofício da Decisão nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela Primeira Instância de julgamento.

Preliminarmente constato, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, que no presente processo não estão presentes todos os pressupostos de validade processual, porquanto embora se encontre definido o autuado, inexiste certeza e liquidez quanto ao débito reclamado, vez que utilizado roteiro de auditoria inaplicável na fiscalização do cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes enquadrados no regime simplificado de apuração denominado Simples Nacional, regido nacionalmente pela Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006 e na Bahia pela Lei Estadual nº 10.646/07 pelo que estão, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, realmente incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Assinalo que embora tenha ficado evidenciado, na impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes à mesma e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo, e mesmo admitido a existência de débito tributário para com a SEFAZ/BA, tanto que tentou promover o parcelamento do crédito tributário lançado, persiste incerto o lançamento de ofício quanto ao valor de ICMS a ser exigido.

Na realidade, tratando-se de empresa enquadrada, à época dos fatos geradores do lançamento, no regime de apuração simplificado denominado Simples Nacional, uma vez que as operações de transporte efetuadas não estavam incluídas nas hipóteses normativas elencadas no inciso XIII do §1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 123/2006, os montantes relativos a essas operações teriam que ser objeto de apuração de imposto incluído nos valores mensais que o sujeito passivo deveria ter recolhido, à época, via documento único de arrecadação, conforme previsto no caput e inciso VII deste mencionado artigo 13:

LC 123/96:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

O valor devido pelas empresas integrantes do Simples Nacional, na Bahia, em razão da prática das operações relativas ao ICMS, e que não se enquadrem nas hipóteses do inciso XIII do §1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 123/2006, é determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I da LC 123/96, conforme artigos 18 a 18-C, e 20, consoante determinações também contidas no artigo 21, todos da mesma Lei Complementar.

Desta maneira, resta impossível ao Estado da Bahia cobrar o ICMS do autuado na forma como foi este valor de imposto apurado na ação fiscal que deu ensejo à lide, ainda que o contribuinte tenha realizado operações com emissão de documentos fiscais em forma diferente daquela prevista na legislação tributária, ou seja, destacando valores de ICMS em Conhecimentos de Transportes Rodoviários e de Cargas – CTRCs, como se fora empresa do regime normal de apuração de ICMS.

Conforme artigo 33 da LC 123/2006, o Estado da Bahia pode fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias relativas ao Simples nacional:

LC 123/96:

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 4º. O Comitê Gestor disciplinará o disposto neste artigo.

O Comitê Gestor mencionado no §4º do artigo 33 da LC 123/2006 está previsto no inciso I do artigo 2º da LC 123/2006, e o §6º do mesmo artigo 2º também prevê que o Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN regulamenta, dentre outros tópicos, a forma de fiscalização das empresas do regime Simples Nacional:

LC 123/96:

Art. 2º. O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

Assim, o Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN baixou diversas Resoluções em cumprimento ao quanto determinado pelo §6º do artigo 2º da multicitada LC 123/96.

Este Comitê Gestor baixou 94 Resoluções até novembro/2011, tendo esta Resolução 94 revogado dispositivos normativos, dentre os quais quatorze das Resoluções anteriores, inclusive por terem sido reunidos diversos dispositivos que, antes, encontravam-se vigentes, porém em textos esparsos. Tratou-se, na realidade, de uma consolidação de normas atinentes ao Simples Nacional. Tal revogação de Resoluções produz efeitos a partir de 01/01/2012.

Acerca dos procedimentos de Fiscalização relativos às empresas do Simples Nacional, o CGSN baixou a Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, em vigor de 11/02/2008 até 31/12/2011, portanto aplicável à data da lavratura do Auto de Infração em foco, 23/03/2010. Esta Resolução CGSN 30/2008 fazia, de fato, menção ao Sistema Eletrônico Único de Fiscalização - SEFISC, já previsto pela LC 123/2006, mas este Sistema único ainda encontrava-se, à época da ação fiscal, não executável. Em razão disto, o artigo 19 da Resolução CGSN nº 30/2008 dispunha:

Resolução CGSN nº 30/2008:

Art. 19. Enquanto não disponibilizado o sistema eletrônico único previsto nesta Resolução, deverão ser utilizados os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada ente federativo.

§ 1º. A ação fiscal e o lançamento serão realizados tão-somente em relação aos tributos de competência de cada ente federativo.

§ 2º. Na hipótese do § 1º, a apuração do crédito tributário deverá observar as disposições da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN nº 50, de 2008)

§ 3º. (...)

§ 4º. O valor apurado na ação fiscal deverá ser pago por meio de documento de arrecadação de cada ente federativo.

§ 5º. O documento de autuação e lançamento fiscal poderá também ser lavrado somente em relação ao estabelecimento objeto da ação fiscal.

§ 6º. (...)

Nesta fase transitória, enquanto não executável o sistema de fiscalização SEFISC, no âmbito do Estado da Bahia foi criado por esta SEFAZ o sistema de fiscalização de Auditoria Digital – AUDIG, com roteiros específicos para fiscalização das empresas do regime Simples Nacional. Portanto era possível, à época da ação fiscal, realizar um roteiro de auditoria compatível com a situação de enquadramento do contribuinte autuado, a exemplo do roteiro de auditoria sob código VERIF-703, destinado à verificação da regularidade de recolhimento do ICMS e de outros tributos, disponibilizado para os prepostos fiscais desde 07/11/2007.

Assinalo que o autuante expôs, em sua informação fiscal, que o contribuinte não recolhera o imposto devido mensalmente na condição de integrante do Simples Nacional. Por outro lado, o contribuinte confessou ter agido como se fora contribuinte sob regime normal de apuração, e ter destacado, indevidamente, o ICMS em seus CTRCs. Por conseguinte, havia uma irregularidade a ser corrigida, quando da ação do Fisco. Por este motivo, não há como considerar improcedente a ação fiscal que, embora de forma incorreta, exigiu imposto a ser recolhido por contribuinte que apresentava inadimplência tributária em relação aos cofres públicos.

Por conseguinte, diante dos fatos, considero que declarar nula a ação fiscal objeto do presente julgamento, recomendando ao setor competente a instauração de nova ação fiscal sobre o contribuinte ora autuado, é a atitude prudente no sentido de verificar a preservação do cumprimento das obrigações tributárias do sujeito passivo.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 233082.0002/10-2, lavrado contra **FRANCO ARAÚJO TRASPORTE DE CARGAS LTDA. (FRANCO TRANSPORTES E LOGÍSTICAS)**, devendo ser renovado o procedimento fiscal com base nas regras aplicáveis às empresas enquadradas no regime de apuração Simples Nacional, regido pela Lei Complementar nº 123/2007.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS