

A. I. Nº - 269362.0704/08-9
AUTUADO - QUADRADO ESTRELA COMÉRCIO E TURISMO LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO LIVIO VALARETTO
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET 19.06.2009

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0129-05/09

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Contribuinte não comprovou falha no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal-ECF. Refeitos os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/08/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$21.171,33, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito.

A folha 77, consta recibo de entrega de diversos livros e documentos, inclusive o Relatório de Operações TEF- diária.

O autuado impugna parcialmente o lançamento tributário, fls. 81 e 82, diz que concorda com a imputação, reconhecendo os valores relativos ao período de janeiro a junho de 2007. Entretanto, não concorda com os valores relativos ao período de julho a novembro, pois a partir de 01 de julho de 2007 já estava enquadrado no Simples Nacional, portanto, entende que o cálculo do imposto devido deveria ser de acordo com este sistema de arrecadação.

Aduz que, em relação ao período de julho a novembro de 2007, providenciará a retificação da declaração do Simples Nacional, acrescentando a diferença das receitas apuradas na autuação.

Ao final, requer que seja analisado o cálculo do ICMS devido com base na Lei Complementar nº 123, 14/12/06, artigos 33 e 34 e Resolução CGSN nº 030 de 07 de fevereiro de 2008.

Às folhas 83 e 84 o acostou cópia do DAE com o valor reconhecido de R\$ 5.228,88, relativo aos meses de janeiro a junho de 2007.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 89, salienta que a base de cálculo foi obtida mediante utilização da planilha definida pela SEFAZ, não havendo nenhum questionamento do autuado quanto a determinação da base de cálculo.

Em relação à alíquota aplicada, diz que utilizou 17% para todo o período fiscalizado, concedendo o crédito de 8% nos meses de janeiro a junho, não sendo concedido nenhum crédito em relação aos meses de julho a novembro por determinação da própria SEFAZ.

Quanto à alegação defensiva de que a alíquota a ser aplicada, após 01/07/2007, deve ser a dos contribuintes optantes pelo sistema Simples Nacional, diz que tal entendimento contraria o

posicionamento corrente da SEFAZ, uma vez que no caso de apuração do imposto mediante Auto de Infração ocorre a perda do benefício do regime citado.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 5ª JJF decidido por sua conversão em diligência à DIRETORIA DE PLANEJAMENTO DA FISCALIZAÇÃO - DPF, para informar qual a orientação atual relativa a fiscalização dos contribuintes enquadrados no Simples Nacional.

Atendendo a diligência solicitada, fls. 97 e 98 dos autos, à DPF informa que após publicação da Resolução 030/2008, foi realizada uma reunião com representantes da DPF, DITRI e DARC, na qual se firmou alguns entendimentos e que, em 22/07/2008, foi enviado pela GECES mensagem de correio eletrônico aos Inspetores e Supervisores de Comércio, informando que a fiscalização de tributos incluídos no Simples Nacional, na forma prevista na Resolução 030 do CGSN, estava pendente de adaptações nos Sistemas SEAI e SIGAT, situação que perdura até os dias atuais.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administrativa de cartão de crédito.

O levantamento realizado pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*:

"Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

....

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção."

O autuado reconheceu a infração, não questionando os valores apurados relativos a base de cálculo do imposto, inclusive reconheceu os valores do ICMS exigido relativo ao período de janeiro a junho de 2007 acostando aos autos cópia do DAE relativo ao recolhimento.

Assim, não existe lide em relação ao período de janeiro a junho de 2007, devendo ser mantido na autuação.

Entretanto, em relação ao período de julho a novembro de 2007, argui o sujeito passivo que não deve ser aplicada à alíquota de 17% por se encontrar enquadrado no Simples Nacional, devendo ser aplicada a alíquota do Simples Nacional.

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que estabeleceu o regime do Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevendo que tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

No âmbito estadual, a Lei Nº 10.646 de 03 de julho de 2007, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia de 04/07/2007, dispõe sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, de que trata a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, alterando a Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, e dando outras providências.

Aos contribuintes do ICMS, optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos – Simples Nacional, de que trata o Capítulo IV da referida Lei Complementar Federal nº 123/2006, aplicam-se, no que couber, as normas da legislação do ICMS.

A lei estadual acima citada estabelece no seu artigo 3º que as normas regulamentares estabelecidas pelo Comitê Gestor de Tributação da Microempresa e Empresas de Pequeno Porte, de que cuida o inciso I do art. 2º da Lei Complementar Federal nº 123/2006, cuja aplicação no Estado esteja condicionada à edição de ato normativo, do Chefe do Poder Executivo Estadual, somente terão vigência após a publicação do competente Decreto e no artigo 10 revoga, as disposições em contrário e, especialmente, a Lei nº 7.357, de 04 de novembro de 1998.

Observo que a revogação da Lei 7.357, de 04 de novembro de 1998 ocorreu de forma expressa, consequentemente não mais existe no ordenamento jurídico tributário estadual baiano previsão para aplicação do crédito presumindo de 8% para aqueles contribuinte, que a época, estavam enquadrado no antigo SimBahia, hoje não mais existente frente as normas do Simples Nacional. Assim, não há que se falar em crédito presumindo como pretendeu o autuante.

Quanto aos procedimentos de fiscalização dos contribuintes enquadrados no Simples Nacional, a Lei Complementar nº 123, estabelece que o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte será gerido pelas instâncias, entre elas o 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.

Ao Comitê Gestor do Simples Nacional 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. 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. Podendo as Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados celebrar convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a fiscalização a que se refere o tributo. O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização, cabendo ao Comitê Gestor disciplinará o referido procedimento.

Mediante Resolução CGSN 030/2008 o Comitê Gestor do Simples Nacional, determinou que verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do sistema eletrônico. O AINF é o documento único de autuação, a ser utilizado por todos os entes federativos, em relação ao inadimplemento da obrigação principal prevista na legislação do Simples Nacional.

Não resta dúvida que a presunção prevista para cartões de crédito e de débito se aplica ao contribuinte do Simples Nacional, sempre que a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Entretanto, é necessário que para a cobrança do ICMS apurados em razão de omissão de receitas, deverão ser observadas as regras do Simples Nacional, no que se refere à base de cálculo, definição de alíquotas, juros e multas, sendo necessário ajustes nos sistemas SEAI e SIGAT, para inserção de infrações que serão cobradas mediante essas regras.

Devido a essa necessidade das adaptações dos sistemas da SEFAZ, decorrente da não implantação do Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) pela Receita Federal, conforme o resultado da

diligência, solicitado por essa junta de julgamento, a Diretoria de Fiscalização da SEFAZ do Estado da Bahia informou que após publicação da Resolução 030/2008, foi realizada uma reunião com representantes da DPF, DITRI e DARC, na qual se firmou alguns entendimentos e que, em 22/07/2008, foi enviado pela GECES mensagem de correio eletrônico aos Inspetores e Supervisores de Comércio, informando que a fiscalização de tributos incluídos no Simples Nacional, na forma prevista na Resolução 030 do CGSN, estava pendente de adaptações nos Sistemas SEAI e SIGAT, situação que perdura até os dias atuais.

Assim, ainda não existe possibilidade de se lavrar Auto de Infração contra os contribuintes enquadrados no Simples Nacional, para fatos geradores ocorridos após o enquadramento no referido regime, conforme restou comprovado em diligência realizada junto à Diretoria de Planejamento da Fiscalização – DPF, fls. 98 dos autos, sendo nulas as parcelas relativas aos meses julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2007, devendo serem excluídos os valores respectivos de R\$893,12, R\$2.203,32, R\$1.133,63, R\$ 5.457,60 e R\$6.254,78, que foram cobrados mediante regras do SimBahia já expressamente revogadas.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 5.228,88, conforme abaixo, devendo ser homologando os valores efetivamente recolhidos:

| DATA OCORR | ICMS DEVIDO |
|------------|-------------|
| 31/01/07 | 1.779,25 |
| 28/02/07 | 720,71 |
| 31/03/07 | 2,18 |
| 30/04/07 | 391,22 |
| 31/05/07 | 313,36 |
| 30/06/07 | 2.022,16 |
| TOTAL | 5.228,88 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269362.0704/08-9, lavrado contra **QUADRADO ESTRELA COMÉRCIO E TURISMO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.228,88**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADOR