

A. I. Nº - 017585.0609/08-7  
AUTUADO - LASELVA & CIA LTDA.  
AUTUANTE - GEDEVALDO SANTOS NOVAES  
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS  
INTERNET - 08.07.09

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0210-04/09**

**EMENTA.** ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Em relação ao período de 01/07/07 a 31/12/07, em face da vigência da LC 123/06, encontra-se revogada toda a legislação do SIMBAHIA, sendo considerada inexistente a exigência fiscal no citado período, tendo em vista que o SIMPLES NACIONAL, como nova modalidade de exigência tributária envolve outros impostos, sendo nula parte da infração, pois não há elementos nos autos que determinem com segurança a base de cálculo apontada. Não pode igualmente ser apurado ICMS sobre omissão de saída mediante presunção para estabelecimento optante do SIMPLES NACIONAL aplicando critério diverso e com fulcro na legislação do ICMS estadual, inclusive já revogada, o que por si, já pretere o exercício do direito de ampla defesa do impugnante, nos termos do art. 18 do RPAF/BA. Em relação aos meses antecedentes, a infração foi acatada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 18/09/2008, exige ICMS no valor de R\$ 9.232,61, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartões.

O autuado ingressa com defesa, fls. 42 a 43, argüindo que concorda com a tese da omissão de receita, mas não com os cálculos incidentes sobre a diferença encontrada, uma vez que é optante do SIMPLES NACIONAL e que o auto de infração deverá ser feito de acordo com esse sistema de arrecadação.

Assim, assevera que parcelou parte do auto de infração relativa ao período janeiro / junho 2007, do antigo SIMPLES FEDERAL; explica que o novo modelo entrou em vigor em 01.07.2007 e a partir dessa data pagará através de guias complementares, no sistema único da arrecadação – DAS; requer seja feito o cálculo desse auto conforme a Lei Complementar 123/06, artigos 33 e 34; além da Resolução CGSN 030, de 07.02.08.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 50/51, esclarecendo que o autuado insurge-se contra a cobrança a partir de julho/07, porque entende que a autuada que sendo optante do SIMPLES NACIONAL, o cálculo do auto de infração deveria ser feito de acordo com esse sistema de arrecadação; que acrescentará a diferença das receitas apuradas no auto de infração em guias complementares do sistema único de arrecadação.

Afirma que tal assertiva equivale a “denúncia espontânea extemporânea” uma vez que estando sob ação fiscal os valores apurados foram reclamados através de auto de infração, não há mais falar em denúncia espontânea.

Finaliza pedindo a procedência do presente auto de infração.

**VOTO**

O Auto de Infração em lide acusa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartões de crédito e de débito e o valor informado pelas operadoras dos cartões.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, o fato de a escrituração indicar entre outras situações expressamente descritas, declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e de débito, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

No caso em tela, a presunção da omissão de saídas tributáveis receitas se consolidou tendo em vista a declaração do contribuinte de vendas em cartões em valores inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras dos cartões, como vimos, em regra do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96.

Assim, verifico que à fl. 09, o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito comparando as informações das administradoras dos cartões (fl. 11) com os valores informados pelo contribuinte, considerando, além das saídas do ECF (redução Z), modo de pagamento cartão, as saídas através notas fiscais modelo 1, série D1 (fls.14/38), apurando débito no valor de R\$ 9.232,61.

O autuado em suas razões, fls. 42 / 43, não contesta a presunção de omissão de receita, apenas os valores apurados, defendendo que, como optante do SIMPLES NACIONAL, o imposto somente poderia ser levantado, a partir de 01.07.2007, nos termos da LC 123/06 e Resolução CGSN 030, de 07.02.08. O autuante, por sua vez, garante que estando sob ação fiscal, os valores reclamados através de auto de infração, não há falar em denúncia espontânea.

Não havendo divergência na apuração da omissão de receitas no período jan / jun 07, tendo, inclusive, o autuado procedido ao parcelamento do valor respectivo, R\$ 3.049,50, conforme fazem prova os documentos do SIGAT, fls. 54 e 55, a discussão estará centrada no período de 01/07/07 a 31/12/07.

De fato, sendo o autuado optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, deverá obedecer ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14.12.06 e não poderia ser utilizada na apuração do ICMS exigido a título de presunção de omissão de saída, a legislação do SIMBAHIA (Lei nº 7.357/98).

No presente lançamento, em relação ao período de 01/07/07 a 31/12/07, face a vigência da LC 123/06, encontra-se revogada toda a legislação do SIMBAHIA, sendo considerada inexistente a exigência fiscal no citado período, tendo em vista que o SIMPLES NACIONAL, como nova modalidade de exigência tributária envolve impostos (IR, ICMS, IPI, ISS) e contribuições (PIS, COFINS, CSSL e Contribuição Patronal / INSS).

Posto isso, é de se concluir que não pode ser apurado ICMS sobre omissão de saída mediante presunção para estabelecimento optante do SIMPLES NACIONAL aplicando critério diverso e com fulcro na legislação do ICMS estadual, inclusive já revogada, o que por si, pretere o exercício do direito de defesa do impugnante, nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

Assim, por tudo o que foi elencado, além da impossibilidade de exigir tributos de contribuintes que tenham feito a opção pelo SIMPLES NACIONAL com a aplicação de legislação diversa, no período de 01/07/07 a 31/12/07, conforme acima relatado, entendo que esta parcela da infração exige valores de ICMS sem fundamento legal e fidedigno na determinação da respectiva base de cálculo. Havendo descompasso entre o fato imponível e a base de cálculo o imposto não resta caracterizado e, por conseguinte, não pode ser validamente exigido. Também é, nesse sentido, a Súmula nº 1 do CONSEF, que após análise de tudo quanto foi aqui colocado, a inexistência ou a

existência defeituosa da demonstração da base de cálculo do imposto lançado e da infração cometida, fatores que, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF BA, conduzem à nulidade do procedimento fiscal, nessa infração, relativamente ao período aludido.

Assim, voto pela nulidade dos valores exigidos no período 01/07/07 a 31/12/07,

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

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **017585.0609/08-7**, lavrado contra **LASELVA & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.049,50**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR