

A. I. Nº - 293259.0904/08-2
AUTUADO - GILBERTO HENRIQUE DA SILVA
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 26.03.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-04/10

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS APURADA POR MEIO DE LEVANTAMENTO DE VENDA COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO. Levantamento fiscal realizado contrariamente ao disposto na legislação, sem levar em conta as diversas formas de pagamento além de cartão de crédito/débito, além de cobrado tributo sujeito a legislação do SIMPLES NACIONAL no período posterior a julho de 2007, para o qual inexistia norma do Comitê Gestor quanto à fiscalização. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2008 através de Auditor Fiscal lotado na Inspetoria de Eunápolis contra a empresa Gilberto Henrique da Silva e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 8.468,97, acrescido de multa no percentual de 70%, pela constatação por parte do mesmo de omissão de saída de mercadorias tributadas 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 cartão de crédito, fato ocorrido durante o exercício de 2007.

Constam ainda do Auto de Infração, planilha contendo demonstrativo de apuração do débito, planilha comparativa de vendas por meio de cartão, intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, DME, relatório de TEF anual. (fls. 09 a 13).

Tempestivamente, o autuado apresentou impugnação ao lançamento constante de fl. 16, na qual, argui em sua defesa que a empresa foi novamente autuada pelo mesmo preposto fiscal, o qual devido aos seus inúmeros afazeres deixou de verificar o faturamento do estabelecimento filial, tendo em vista que os dois estabelecimentos localizam-se praticamente um em frente ao outro, e que por motivo de economia em seus custos (linha telefônica, manutenção de conta bancária, máquina adicional), e tratar-se de uma pequena empresa, utiliza apenas um equipamento para registro das operações com cartões de débito/crédito em apenas um deles, localizado no estabelecimento matriz, fato facilmente verificável junto às administradoras de cartões.

Não nega a ocorrência da infração apurada no lançamento, apenas contradiz, em função da argumentação anteriormente exposta, o valor apurado, que entende ser R\$ 3.919,13, motivo pelo qual solicita o julgamento do débito como parcialmente procedente, após julgamento.

Informação fiscal prestada pelo autuante na fl. 19 confirma a alegação defensiva do autuado, no tocante ao fato da mesma operar apenas com um equipamento para atender ao estabelecimento matriz e sua filial, motivo pelo qual deduz do débito apurado as operações realizadas pela filial, conforme demonstra, concluindo que o Auto de Infração há de ser julgado procedente em parte, no valor de R\$ 4.517,92.

Intimada a tomar ciência da informação fiscal prestada pelo autuante, bem como dos novos documentos acostados ao processo (fl. 22), o autuado não se manifestou.

Em despacho de fl. 26, a Coordenação Administrativa do CONSEF fosse providenciada pela Inspetoria de Eunápolis a entrega ao cc

diários, com reabertura do prazo de defesa, e, em caso positivo, nova informação fiscal do Autuante. Todavia, mais uma vez intimada (fl. 89), a empresa não se manifestou.

VOTO

O lançamento tributário ora apreciado atribuiu ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras e pelas administradoras de cartões de crédito.

Neste sentido o art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº. 8.542/02, considera ocorrido o fato gerador do imposto a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, atribuindo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção. O contribuinte não nega o cometimento da infração, apenas discorda do valor que lhe foi imputado, fato com o qual não concorda totalmente o autuante.

Inicialmente, antes mesmo de adentrar no mérito da autuação, incumbe ao julgador verificar aspectos formais e materiais do lançamento. O autuante considerou a infração verificada ao longo do ano, com data de ocorrência em 31 de dezembro de 2007, quando a empresa autuada encontrava-se enquadrada no chamado “SIMPLES NACIONAL”, desde 1º de julho de 2007, consoante informação constante no documento cadastral emitido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia às fls. 06 a 08.

O sistema do Simples Nacional, estatuído através da Lei Complementar 123/06 estipulou tratamento diferenciado para a apuração e recolhimento de impostos das diversas esferas (Federal, Estadual e Municipal), denominado de “Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte” (artigo 12).

Tal regime revogou explicitamente as regras adotadas pelos Estados da Federação, relativamente aos contribuintes optantes do sistema, especialmente no caso do Estado da Bahia, o chamado “SIMBAHIA”.

Quanto à fiscalização das empresas que aderiram a tal regime, a legislação, especialmente a Lei Complementar nº.123/06, explicita:

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.

Na prática, pois, cabe ao Comitê Gestor do Simples Nacional a edição, não somente de normas regulamentares, como, igualmente a disponibilização do programa de fiscalização das empresas que fazem parte de tal programa. Até o momento, isso não ocorreu, de forma que apenas e tão somente nos nossos dias, é possível, aos Estados a cobrança do ICMS nos casos listados no artigo 13, § 1º, inciso XIII, e suas alíneas:

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas--

(...)

XIII - ICMS devido:

- a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;
- b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;
- c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;
- d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;
- e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;
- f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

O sentido interpretativo da legislação é que tais fatos caem na regra geral de fiscalização dos contribuintes pelos Estados, independente do regime de apuração do imposto aos quais os diversos contribuinte encontram-se submetidos, ao passo que aqueles outros que não se enquadrem em tal situação deverão submeter-se aos ditames da legislação específica para os optantes do regime do “SIMPLES NACIONAL”.

Dessa forma, ainda que provisória e temporariamente, encontram-se excluídas da possibilidade de cobrança ou ação fiscal relativas a quaisquer outras hipóteses, v.g., aquelas levantadas pelo nobre autuante na autuação, relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de julho de 2007, razão pela qual deve se as parcela cobrada no Auto de Infração ora em apreciação, especialmente aquela cujo fato gerador ocorreu após o mês de julho de 2007, excluída do lançamento.

Já a metodologia utilizada pelo autuante para a constituição do crédito tributário, apenas comparou as vendas totais do ano declaradas pela empresa autuada, com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito, não fazendo menção a notas fiscais eventualmente emitidas pelo autuado, ou correlação entre as reduções “Z” e as operações pagas através da modalidade cartão de crédito/débito; Sabido é que, apesar da disseminação de tal modalidade de pagamento, outros tipos de pagamento de compras (espécie, cheque, tickets, etc.) são igualmente utilizados para pagamento de tais operações. Tal metodologia criou insegurança jurídica, incorrendo, pois, numa das hipóteses previstas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, especialmente o inciso IV, alínea “a”.

Tendo em vista os argumentos acima esposados, julgo NULO o Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **293259.0904/08-2** lavrado contra **GILBERTO HENRIQUE DA SILVA** Representa-se à autoridade administrativa competente no sentido de refazimento, se possível, da ação fiscal, a salvo dos vícios acima apontados.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de março de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR