

AI. Nº - 293575.0910/08-0
AUTUADO - JAIRO LOPES DA CRUZ
AUTUANTE - TELESSON NEVES TELES
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 18. 05. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0103-01/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Comprovado nos autos que o contribuinte já fora autuado pela mesma infração e em igual período, além de realizar o lançamento apurando o montante devido pelo valor total das vendas do exercício 2007, contrariando norma regulamentar que determina a apuração mensal do valor a recolher nos termos do art. 114 do RICMS. Infração nula por inadequação de procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2008 e exige o valor de R\$15.967,84, acrescido da multa de 70%, por omissão de saída de mercadoria tributada 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 administradora de cartão de crédito, exercício de 2007.

O autuado, na defesa apresentada à fl. 15, solicita improcedência da autuação em função da empresa já ter sido autuada pela mesma infração e referente ao mesmo exercício, conforme faz prova anexando cópia do auto de infração anterior número 017585.0506/08-3, folhas 16/30.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 37, concorda que o contribuinte foi fiscalizado pelo auditor fiscal Gedevaldo Santos Novaes, resultado no auto de infração 017585.0506/08-3, acusando o mesmo ilícito fiscal para o exercício de 2007, alvo deste PAF.

No entanto, ressalta ter verificado que pelo demonstrativo anexado pela defesa (fls.29), que foi concedido o crédito presumido de 8%, com base no art. 408-S, § 1º do RICMS/BA, relativo ao SIMBAHIA, para todo o exercício de 2007, o que não se aplica ao caso em questão, uma vez que o crédito presumido deveria ser concedido até junho de 2007, último mês de vigência do regime SIMBAHIA.

Afirma que dessa forma, deve-se apenas compensar o valor reclamado no presente auto de infração conforme planilha fl. 06, com aquele já recolhido pela autuada, referente a mesma infração e ao mesmo exercício, devido no auto de infração anterior.

Demonstra que considerando o valor reclamado no presente auto, R\$ 15.967,84 abatendo-se o valor reclamado no auto de infração anterior (fl. 29) no valor de R\$ 10.306,18, restaria uma diferença a recolher de R\$ 5.661,66.

Conclui destacando que tal diferença é valor histórico e que deve ser recolhido com as devidas correções pela autuada.

Devidamente intimado para tomar ciência da informação fiscal (fl. 43) autuado não se manifesta.

VOTO

Trata-se de lançamento tributário decorrente de recolhimento a menos de ICMS referente a omissão de saída de mercadoria tributada 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 administradora de cartão de crédito no exercício de 2007.

Compulsando os autos verifico que o autuado comprova, anexando cópia do Auto de Infração número 017585.0506/08-3, que já havia sido fiscalizado no mesmo período, exercício 2007, e foi autuado pelo mesmo motivo, omissão de saídas de mercadoria tributada 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 administradora de cartão de crédito.

Analisando as peças processuais, vejo que o Auto de Infração acima citado, lavrado anteriormente a este PAF, efetivamente reclamou débitos tributários referentes ao exercício de 2007, com a mesma acusação fiscal, e autuante apurou o montante devido concedendo-lhe o crédito de 8% atribuído às empresas enquadradas no regime simplificado de apuração, SIMBAHIA, para todo o exercício fiscalizado, 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2007.

Autuante reconhece como pertinente o argumento defensivo, entretanto, ao verificar, pelo demonstrativo anexado pela defesa que foi concedido o crédito presumido de 8%, com base no art. 408-S, § 1º do RICMS/BA, relativo ao SIMBAHIA, para todo o exercício de 2007, o que não se aplica ao caso em questão, uma vez que o crédito presumido deveria ser concedido até junho de 2007, último mês de vigência do regime SIMBAHIA, requer seja feita a compensação do crédito atribuído indevidamente no Auto de Infração número 017585.0506/08-3, pelo valor reclamado na presente autuação.

A despeito de estar perfeitamente consubstanciada nos autos a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em face de tratar de uma microempresa cadastrada no SIMBAHIA até 30/06/2007, passando a partir de 01/07/2007 a ser um contribuinte enquadrado no Simples Nacional, considerando que a ação fiscal incluiu o período julho a dezembro de 2007, tal aspecto deve ser analisado por implicar em repercussão neste lançamento.

Considerando que os referidos fatos guardam perfeita semelhança com aqueles contidos no Acórdão número 0431-01/09, me utilizarei de trecho do voto proferido pelo ilustre relator da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, Jorge Inácio de Aquino, com o qual alinho o meu entendimento.

“Para o período janeiro a junho de 2007, no que diz respeito ao tratamento tributário, apesar de estar enquadrado no SIMBAHIA, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas às infrações impugnadas, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do art. 408-S do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.413/02:

“Art. 408-S”. Quando se constatar qualquer das situações previstas no art. 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência

ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais."

"Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário

Entretanto, as empresas enquadradas no Simples Nacional cujo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, entrou em vigor a partir de 01/07/2007, se sujeitam a outro tratamento tributário e, no caso em análise, vejo que no período 01/07 a 31/12/2007 o autuado esteve enquadrado no Simples Nacional.

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, conseqüentemente não mais existe no ordenamento jurídico tributário estadual baiano previsão para aplicação do crédito presumido de 8% para aqueles contribuintes, que a época, estavam enquadrados no antigo SIMBAHIA, hoje não mais existente frente às normas do Simples Nacional. Assim, não há que se falar em crédito presumido como antes concedido às micro e pequenas empresas nas constatações de omissões de saídas de mercadorias tributáveis a partir de 01/07/2007.

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 por 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 dessa Lei Complementar, observadas suas demais disposições. Diz essa LC que 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, no caso de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a do respectivo Município. Podendo as Secretarias de Fazenda ou Finanças, mediante convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a

tributo. Portanto, 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 disciplinar 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, sendo que as disposições sobre o cálculo e recolhimento dos tributos das empresas enquadradas no Simples Nacional estão contidas na Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008.

Outrossim, não há dúvida que se aplicam às empresas enquadradas no Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional (art. 9º da Resolução CGSN nº 30). Neste aspecto, nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra da constatação de venda de mercadoria sem documento fiscal correspondente (inclusive no caso de confirmação da presunção legal prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96), desde que mediante previa exclusão de ofício do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições na forma da Resolução CGSN nº 15, se legitima a exigência tributária observando-se a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, ou seja, pelo regime normal de tributação do ICMS, conforme disposição do inciso VI do art. 6º da Resolução nº 15 do CGSN, de 23 de julho de 2007, como também nos casos de exclusão conforme indicado nos incisos III e VII do mesmo artigo citado.

Assim, sem que se faça a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, na exigência do ICMS apurado 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 necessários ajustes nos sistemas SEAI e SIGAT, para inserção de infrações a serem exigidas 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, solicitada pela 5ª JJF relativa ao AI 269362.0704/08-9, inserta no acórdão JJF Nº 0129-05/09 de 09 de julho de 2009, 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.”

Ademais, verifico que contrariando norma regulamentar, disposta no artigo 114 do RICMS/BA, que determina ser a apuração do valor do ICMS a recolher mensal, autuante apurou a base de cálculo que resultou no imposto reclamado, pelo total das receitas de vendas do exercício de 2007 informadas pelas administradoras de cartão de crédito.

Deste modo, ainda não existindo possibilidade de se lavrar Auto de Infração contra os contribuintes enquadrados no Simples Nacional por razões *interna corporis* da SEFAZ, para fatos geradores ocorridos após o enquadramento no referido regime, por já ter sido reclamado o crédito tributário referido em autuação anterior e não ser possível a cobrança de crédito presumido de 8% atribuído indevidamente ao contribuinte, no período de 01 de julho a 31 de dezembro de 2007, ocasião em que estava enquadrado no Simples Nacional, e por considerar inadequado o procedimento fiscal que apurou o valor do ICMS a recolher pelo total do exercício quando deveria ter calculado mensalmente, entendo ser nulo o Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, e recom renovado o procedimento fiscal à luz do quantum acima observado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO**, o Auto de Infração nº **293575.0910/08-0**, lavrado contra **JAIRO LOPES DA CRUZ**. Recomenda-se a renovação oportuna do procedimento a salvo da inadequação apontada, nos termos do art. 21 do RPAF, para que se apurem os valores eventualmente devidos pelo contribuinte no período fiscalizado observando as legislações citadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR