

A. I. N° - 206961.1123/08-6
AUTUADO - T.S. FERREIRA
AUTUANTE - MARIA CRISTINA MASCARENHAS DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 17.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0341-05/10

EMENTA: ICMS. 1. 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. Inadequação do procedimento fiscal a contribuinte do Simples Nacional sem sua prévia exclusão do regime de tributação específico. Infração nula. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PARCIAL AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) MICROEMPRESA ENQUADRADA NO SIMBAHIA. Infração parcialmente elidida mediante comprovação de pagamento de parte exigida, antes da lavratura do Auto de Infração. Infração subsistente em parte. b) MICROEMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. Infração elidida mediante comprovação de pagamento dos valores exigidos antes da lavratura do Auto de Infração. Infração improcedente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$6.479,51, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: 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. Valor do ICMS: R\$1.634,30. Período outubro a dezembro 2007. Multa de 70%;

INFRAÇÃO 2: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial no valor de R\$1.941,33, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período: fevereiro, setembro e dezembro de 2006, janeiro, março e maio de 2007. Multa 50%;

INFRAÇÃO 3: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial no valor de R\$2.903,88, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional - referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período: julho a outubro de 2007. Multa 50%.

O autuado impugna o lançamento tributário às fls. 27 a 30. Em 1 possui filial e os resumos das vendas são unificados no CNPJ da ma

Created with

este fato e só analisou as vendas da matriz, esquecendo de solicitar as vendas em talonário das filiais. Portanto, o crédito exigido é inexistente.

Em referência à infração 2, diz que pagou a antecipação parcial de 10% com o CFOP 6102 e 6101, quando da indústria, e que jamais se caracteriza omissão de saídas, mas pode ter havido mudanças de faixas do SimBahia e isto caso tenha acontecido é passivo (sic) de tributação, que não foi o caso, conforme planilha em anexo. Entende haver bitributação dos fatos, pois as antecipações ocorridas nos períodos autuados foram pagas, como segue na conta corrente da Sefaz.

Diz que a ação fiscal refere-se à falta de pagamento do ICMS constatado por meio de notas fiscais de saídas de mercadorias e isto não procede para microempresa na Bahia, pois não é conta corrente fiscal. Alega que foi incluído nos autos notas fiscais com as numerações digitadas incorretamente, *“cujo devemos e reconhecemos apenas os valores devidos e nos colocamos a dispor da devida regularização do débito fiscal e tributário.”* (sic).

Pelo que expõe, não reconhece o imposto exigido e requer seja o auto julgado improcedente.

À fl. 211, a autuante informa que efetuou o levantamento dos valores em obediência às instruções da SEFAZ no roteiro de verificação de ECFS aplicando deduções cabíveis ao regime em que a autuada opera comercialmente, pelo que ratifica os créditos reclamados.

Às fls. 213/4 constam extratos SIGAT informando o pagamento do valor de R\$ 1.289,32.

Conforme fl. 216, o PAF foi diligenciado à Inspetoria de Origem para a autuante juntar aos autos o Relatório TEF-Diário, reabrindo o prazo de defesa ao contribuinte.

Em razão de na diligência a autuante não ter analisado documentos juntados pelo autuado e pertinentes às infrações 2 e 3, conforme fl. 223, os autos foram baixados em diligência à autuante com o seguinte pedido:

- a) Analisar os comprovantes de pagamento juntados ao PAF;
- b) Excluir da exigência fiscal as notas fiscais cujo pagamento da antecipação parcial já tenha ocorrido antes da ação fiscal;
- c) Elaborar novos demonstrativos, inclusive o de débito.

À fls. 226, a autuante informa que procedendo à revisão solicitada constatou que foram recolhidos os valores de R\$ 390,15 em 26/11/2007 e R\$390,14 em 26/12/2007 que constam da relação de DAE's de fls. 228/9. Porém o autuado faz referência a outra parcela de R\$ 390,14 no demonstrativo de fl. 78.

Diz também ter identificado um recolhimento no valor de R\$49,02, referente ao mês de outubro de 2007, lançado no demonstrativo de fl. 78. Diz retificar os valores reclamados e elabora novos demonstrativos para as infrações 2 e 3 (fls. 227/8).

Foi juntado à fl. 233 extrato emitido através do Sistema SIGAT, indicando a ocorrência de pagamento de parte do débito consignado no presente Auto de Infração.

VOTO

Por questão de objetividade e melhor definição desta lide processual, primeiro tratarei das questões relativas às infrações 2 e 3, que se referem a ICMS antecipação parcial.

Primeiramente, devo salientar que a peça defensiva do contribuinte é bastante confusa e deixa pouco claro seu pleito no todo, mas, aparentemente, pugna pela total improcedência dessas infrações, arrolando nos autos notas fiscais e DAE's pagos.

No curso da instrução do PAF, os autos foram baixados em diligência os documentos apresentados pelo Impugnante, acolheu alguns DAI

do ICMS antecipação parcial relativo a algumas notas fiscais que compunham sua exigência inicial, antes da lavratura do Auto de Infração. Em consequência, a autuante elaborou os novos demonstrativos (fls. 227/8) relativos à infração 2, ajustando o valor devido da seguinte forma: reduziu o valor de R\$ 1.941,33 para R\$ 1.240,29, assim distribuídos: fevereiro 2006: R\$164,25; setembro 2006: R\$ 2,37; dezembro 2006: R\$ 433,65; janeiro 2007: R\$ 242,56; março 2007: R\$397,46. Ocorre que esses valores foram objeto de parcelamento, conforme se percebe no relatório do valor parcelado de fl. 214, o que implica em tácito reconhecimento do cometimento da infração 02 por parte do contribuinte, obviamente no montante ajustado pela autuante. Por conta disso, essa infração resta parcialmente procedente.

Em relação à infração 3, vejo que nada mais dela resta no demonstrativo elaborado pela autuante em atendimento à diligência que lhe foi solicitada por este órgão judicante, pelo que a vejo plenamente elidida. Item, portanto, improcedente.

Defendo meu entendimento em relação às infrações 2 e 3 passarei a tratar da infração 01 que se refere à 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.

Analisando os autos, depreendo da descrição da infração 03, que, no período compreendido pela infração em apreciação (infração 1), tratar-se de contribuinte enquadrado no regime tributário do Simples Nacional e, por conta disso, sua análise comporta duas importantes ponderações.

A primeira se refere à concessão do crédito presumido de 8%, com base no art. 408-S, § 1º do RICMS/BA, relativo ao SimBahia, para o período compreendido pela infração (outubro a dezembro de 2007), o que não se aplica ao caso em questão, uma vez que o crédito presumido às micro e pequenas empresas, apenas pode ser concedido nesse tipo de procedimento fiscal até junho de 2007, último mês de vigência do regime SimBahia.

A segunda ponderação se refere à inadequação do procedimento fiscal como aplicado neste caso, tendo em vista o autuado estar enquadrado no regime de tributação específica do Simples Nacional.

Neste caso, a despeito de estar perfeitamente consubstanciada nos autos a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, esse aspecto deve ser analisado por implicar em repercussão neste lançamento.

Considerando que os referidos fatos guardam perfeita semelhança com aqueles contidos no Acórdão nº 0431-01/09, me utilizarei de trecho do voto que nele proferi e que foi acolhido por unanimidade pelos julgadores da 1ª JF.

“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 tratamento tributário específico 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. Decreto e no artigo 10 revoga as disposições em contrário e, especialmente, 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, 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. 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.

Igualmente, 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 JFJ relativa ao AI 269362.0704/08-9, inserta no acórdão JFJ 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 e 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.”

Assim, entendo ser nula a infração 1, e recomendo que seja oportunamente renovado o procedimento fiscal à luz do quantum acima observado.

Em conclusão, por todo o exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter o demonstrativo de débito abaixo, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Aliq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 02					
28/02/2006	09/03/2006	966,18	17	70	164,25
30/09/2006	09/10/2006	13,94	17	70	2,37
31/12/2006	09/01/2007	2.550,88	17	70	433,65
31/01/2007	09/02/2007	1.426,82	17	70	242,56
31/03/2007	09/04/2007	2.338,00	17	70	397,46
Total Infração					1.240,29

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 206961.1123/08-6, lavrado contra **T.S. FERREIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.240,29**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA