

PROCESSO - A. I. Nº 022211.0046/08-4
RECORRENTE - TOURINHO OLIVEIRA & CIA. LTDA. (LIVRARIA CASTRO ALVES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0276-04/08
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 05/05/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-12/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. 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. Decretada, de ofício, a exclusão do ICMS exigidos Nos meses de julho a dezembro de 2007. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a Decisão de 1ª Instância deste CONSEF, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 14/03/2008, exige ICMS no valor histórico de R\$23.854,27, em razão da 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Após apreciar as razões de defesa, a informação fiscal e todas as peças que constituem o presente processo, a 4ª JJF prolata a seguinte Decisão:

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, tendo o contribuinte recebido Cópias do Relatório de Informações TEF, conforme recibo de fl. 86.

No mérito, neste lançamento, exige-se ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo autuado e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito, nos exercícios de 2006 e de 2007.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “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”.

As planilhas de apuração mensal encontram-se na fl. 06 (exercício de 2006), e fl. 07 (exercício de 2007), onde consta o crédito presumido de 8%, por ser o contribuinte inscrito no regime simplificado de apuração do imposto, SIMBAHIA, em conformidade com o art. 408-S do RICMS/97.

O contribuinte em sua peça de defesa alega que comercializa com livros, amparados pela imunidade tributária, mas não comprova esta assertiva, o que poderia ser feito através de notas fiscais de saídas, ou cupons fiscais emitidos por meio de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF).

Deste modo, não encontra amparo as alegações do contribuinte, pois não restou comprovada saídas não tributadas, aptas a conduzir à aplicação da proporcionalidade na infração ora apontada.

Ocorre que meras alegações quanto ao fato, desacompanhadas de documentos comprobatórios não invalidam os levantamentos fiscais, baseados nas informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, as quais mantêm convênio com esta SEFAZ.

Ademais, tratando-se de presunção legal, transfere-se ao contribuinte o ônus da prova, haja vista que a presunção júris tantum encontra-se baseada em dados concretos e objetivos, postos à disposição do fisco pela Administradora de Cartões.

Outrossim, mesmo que o faturamento mensal da empresa tenha sido superior ao valor informado pela administradora de cartões de crédito/débito, a verificação fiscal ocorreu do confronto entre as vendas registradas nas Reduções Z do ECF, e as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, e somente através destes dados é que o contribuinte poderia elidir a autuação fiscal.

Pelo exposto restou comprovado que os valores constantes da redução Z, relativos às vendas por meio de cartão, são inferiores aos valores que o contribuinte afirmou que efetuara, não tendo comprovado que tinha documentos fiscais correspondentes às diferenças apontadas pela fiscalização. Caberia à defesa juntar os documentos fiscais relativos a todas as operações efetuadas, o que não o fez, bem como comprovar por meio de documentos fiscais as operações de saídas de livros, que estariam sob o manto da imunidade tributária.

Quanto à alegação dos encargos contratuais, com as administradoras de cartões de crédito/débito, tendo o contribuinte recebido cópia do relatório indicando todas as operações individualizadas, caberia apontar os valores dos encargos, porventura existentes, o que não foi feito.

No que concerne ao regime de competência adotado na sua contabilidade, e não pelo de recebimento, o Relatório TEF, que lhe foi entregue indica todas as operações de recebimento por meio de cartão, cujo montante foi confrontado com os documentos fiscais emitidos, (Redução Z). Portanto, este confronto constitui regime de competência e não de Caixa, como quis fazer crer o contribuinte.

Assim, não há parâmetros seguros para atestar que as vendas com cartões de crédito teriam sido integralmente contabilizadas e fornecidas à tributação, mesmo porque as vendas constantes na Redução Z foram apuradas pelo autuante, e confrontadas com as vendas com cartões informados pelas administradoras, do que resultou a diferença de ICMS ora exigida.

Cabe a aplicação do art. 143 do RPAF/99: “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário (fls. 136/145). Entende que deve ela ser reformada, pois não houve qualquer menção de sua arguição de cerceamento de defesa, conforme preliminar sustentada. Que o julgador equivocou-se analisando matéria não discutida (cerceamento de defesa), quando, na verdade, deveria apreciar a nulidade do Auto de Infração (por vícios insanáveis quanto à base de cálculo), com base no art. 39, IV, “b”, do RPAF/BA.

Afirma, em seguida, que o lançamento fiscal contém erros e vícios de forma na identificação da base de cálculo tornando-o nulo, pois o fiscal autuante considerou todos os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito como vendas de mercadorias tributadas sem analisar a sua escrituração contábil, conforme determinações do art. 2º § 3º, VI, do RICMS/BA, que transcreveu. Diz, por ser sua atividade comercial de livraria, deveriam ser analisados os volumes de compras e vendas de mercadorias isentas e tributadas para efeito da presunção e não tão-somente confrontar a forma de pagamento constante nas reduções Z (dinheiro, cheque, promissória e cartão de crédito), procedimento não previsto no § 3º, VI do art. 2º do RICMS/BA.

Afirma, ainda, que o relator de 1º Grau equivocou-se ao entender que no lançamento exige-se ICMS em razão de omissão de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos e os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito/débito, já que o fiscal, conforme acima explicitado, não discriminou as saídas com mercadorias tributadas, isentas e outras e escrituradas no livro Registro de Saídas, apenas utilizou a forma de pagamento destas saídas, o que vai de encontro às determinações legais já citadas.

Aponta outro equívoco em que o relator equivocou-se ao entender de que não foi trazido aos autos que comercializa com livros (amparados pela imunidade tributária), pois tal assertiva poderia ser provada através de notas fiscais ou cupons fiscais emitidos por meio de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF).

Transcrevendo, novamente, as determinações do § 3, VI, do art. 2º do RICMS/BA, e indicar, mais

uma vez, que não houve exame de sua escrita fiscal e que somente foram consideradas as formas de pagamento existentes no ECF, informa que escritura suas vendas pelo “regime de competência”, utilizando os valores tributados, isentos e outras, registrados na redução Z e não pelo “regime de Caixa”, ou seja, pelo seu recebimento, como determina o SimBahia, o Simples Federal e o Simples Nacional. Nesta linha, volta a afirmar que o fiscal autuante não considerou a escrituração do seu livro Registro de Saídas para diminuir dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, conforme determinações legais.

De igual forma, não foi verificado que o total de suas vendas registradas em sua escrituração são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, ou seja, inexistiu suposta omissão de saída de mercadoria tributada, pois no faturamento mensal da empresa já estão englobadas as vendas em todas as formas de pagamento, inclusive aquelas realizadas através de cartões de crédito.

Passa, em seguida, a discorrer sobre os mesmos argumentos já explicitados anteriormente (não consideração da sua escrita fiscal, a utilização, apenas, da forma de pagamento das vendas realizadas e que comercializa com livros) entendendo que estas são as determinações do § 3º, VI, do art. 2º, do RICMS/BA. Afirmado que “esqueceu” de registrar no ECF as modalidades de pagamento, diz que foram feridas as determinações do art. 39, IV, “b”, do RPAF/BA, não havendo qualquer suposta omissão de saída de mercadoria tributada, *pois o fato gerador do ICMS é a transferência de mercadorias, e não a modalidade de pagamento, entre elas o pagamento mediante Cartão de Crédito, que pode ser utilizado tanto para pagamento de compras com a entrega imediata da mercadoria como também para pagamento antecipado com a entrega futura de mercadoria.*

Neste seu raciocínio, entende que considerar os valores creditados pelas administradoras de cartão de crédito como base de cálculo do ICMS fere o Princípio Constitucional da Reserva Legal Tributária ou Legalidade Estrita. Transcrevendo o art. 150, I, da CF/88 combinado com o art. 97, I, do CTN, os analisa, traz ensinamentos do prof. Roque Antonio Carrazza, finalizando que, no caso, não se estar diante de uma presunção legal. Portanto, o ônus da prova é do Estado, não podendo ser exigidas do sujeito passivo provas referentes a fatos negativos, ou seja, inocorrência da hipótese de incidência tributária. Neste sentido traz julgado do STJ (REspe. n. 8.539/MG. 23ª Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 27.05.1991. p. 6953).

Volta a insistir que realizava vendas de livros e conforme disposições do art. 6º, I, do RICMS/BA, tal mercadoria encontra-se albergada pelo instituto da isenção, tornando nulo o Auto de Infração conforme determina o art. 39, IV, “b”, do RPAF/BA.

Apresentando seu entendimento do que seja uma operação de circulação de mercadorias, afirma, novamente, que uma modalidade de pagamento com a mesma não pode se confundir. Entende que, com tal situação se está ferindo o princípio constitucional da reserva legal.

Por fim, requer a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, diante do argumento do recorrente de que comercializa com mercadorias não tributadas (livros) já que explora o comércio varejista de artigos de papelaria, solicita a este CONSEF que os autos sejam encaminhados em diligência para que seja apurada a proporcionalidade das mercadorias comercializadas pelo recorrente (fl. 151), o que foi aceito por esta 2ª CJF. Os autos foram encaminhados à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito apurasse, com base na Instrução Normativa nº 56/2007, qual é o percentual das mercadorias isentas, não tributadas ou enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária em relação às operações comerciais realizadas pelo recorrente (fls. 154/155).

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0198/2010 (fls. 157/158) fiscal estranho ao feito presta os seguintes esclarecimentos. Em 15/10/2010, o contribuinte foi intimado (fl.159) para elaborar planilha demonstrativa das entradas e saídas de mercadorias, discriminando o número da nota fiscal, fornecedor e valor, totalizando mensalmente de acordo com a situação tributária das mercadorias (tributadas, antecipadas e isentas), apresentando os respectivos documentos fiscais, objetivando a aplicação da proporcionalidade destas operações. Após prazo de cinco dias, no dia

22/10/2010, em contato telefônico (fone: 75-8161-5799), o Sr. Urbano Cesar, proprietário do estabelecimento comercial, solicitou prorrogação deste prazo, lhe sendo dados mais quinze dias. Findo este prazo de prorrogação, em novo contato, mais uma vez, o recorrente solicita nova prorrogação, que foi concedida e agendada a realização dos trabalhos para 09/11/2010. Nesta data, a fiscal estranho ao feito deslocou-se para a cidade de Santo Antônio de Jesus (localização da empresa autuado) e entrou em contato direto com o seu proprietário. Este declarou não ter encontrado os documentos necessários para a comprovação de suas alegações de defesa. Em assim sendo, o que foi solicitado por esta 2^a CJF não pode ser cumprido.

O autuante foi cientificado da diligência e declara que não pretendia se manifestar (fl. 162). O recorrente foi intimado por duas vezes (fls. 166/168) para tomar ciência do resultado da diligência realizada, porém não se manifestou.

A PGE/PROFIS emite seu Parecer conclusivo (fl.171), opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto. Ressalta que as alegações do recorrente não foram comprovadas, apesar de, por duas vezes intimado para apresentar os documentos necessários, não se podendo, assim, identificar os eventuais percentuais de saídas isentas e não tributadas.

VOTO

A infração motivadora do Recurso Voluntário apresentado trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Preliminarmente analiso a preliminar de anulação da Decisão arguida pelo recorrente. Afirma ele que 4^a JJF atacou arguição de nulidade inexistente na sua defesa inicial, pois não mencionou nela cerceamento de defesa, mas sim trouxe questão de nulidade por vícios insanáveis quanto à base de cálculo, com base no art. 39, IV, “b”, do RPAF/BA.

As determinações contidas no art. 39, IV, “b”, do RPAF/BA, ao contrário do que afirma não trata da apuração de base de cálculo e sim da obrigatoriedade da apresentação dos levantamentos e demonstrativos que devem embasar a ação fiscal, que inexistindo, causam cerceamento de defesa ao contribuinte.

Assim, o fato da JJF ter dito que *da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, tendo o contribuinte recebido Cópias do Relatório de Informações TEF, conforme recibo de fl. 86*, não significou a não análise dos argumentos trazidos pelo impugnante. Ao contrário, cuidado do órgão julgador em verificar se no processo algum motivo havia que causasse cerceamento do pleno direito de defesa do contribuinte, E este foi o ponto atacado pela JJF, inclusive em obediência às determinações do art. 39, IV, “b”, do RPAF/BA (entrega do Relatório de Informações TEF). Em segundo, o fato de não ter sido indicado o art. 39, IV, “b”, do RPAF no voto proferido não causou qualquer prejuízo ao impugnante, pois, além de ele ter sido analisado, mesmo não mencionado, todos os pontos apresentados pelo deficiente foram abordados de maneira clara e comprehensível. E, por fim, entendo de bom alvitre relembrar as determinações dos §§ 2º e 3º, do art. 18, do RPAF/BA (Dec. nº 7.629/99) que assim se expressa:

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.

§ 3º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou consequentes.

O recorrente trouxe, basicamente, os mesmos argumentos expostos na sua inicial, os apresentando para solicitar a anulação da Decisão recorrida, como nulidade da ação fiscal e como mérito da questão que envolve o presente PAF. Em assim sendo, os analiso conjuntamente.

A Lei Complementar nº 87/96, emanada da Constituição Federal, entrega à competência para instituir o ICMS aos Estados e Distrito Federal. Norteia tal competência com regras gerais que

todos os Estados devem, por obrigação, seguir. Não desce a todos os detalhes que somente uma lei ordinária deve dispor. Em assim sendo, a Lei Estadual nº 7.014/96 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia dispunha, quando da ocorrência dos fatos geradores da presente ação fiscal, no seu art. 4º, § 4º que 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* (grifo), autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, *ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção* (grifo), determinações estas inseridas no art. 2º, § 3º, VI, do RICMS/BA. Ou seja, a lei estadual presume a falta de emissão de documento fiscal quando das vendas pelo contribuinte de mercadorias tributáveis. No caso, por ser presunção, admite prova em contrário. E esta é uma das poucas situações em que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. E o enquadramento de uma empresa no regime simplificado de apuração do imposto não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização e determinados em Regulamento, para averiguação, ou mesmo homologação dos lançamentos realizados.

Em assim sendo, não existe fato motivador na presente ação fiscal para ser arguida desobediência ao princípio constitucional da reserva legal tributária, não tendo, neste momento, pertinência o entendimento exposto pelo recorrente que o fato gerador do ICMS é a transferência de mercadorias, e não a modalidade de pagamento.

No mais, o argumento de que o 2º § 3º, VI, do RICMS/BA não determina a ação fiscal na forma realizada, carece de base legal. No caso específico, não existe qualquer necessidade de se analisar os livros fiscais e contábeis do contribuinte, apenas seus documentos fiscais emitidos (ECF e notas fiscais) e confrontá-los com as vendas efetuadas através de cartões de crédito/débitos. Ressalto que cartão de crédito/débito nada mais é do que uma modalidade de pagamento, dentre as inúmeras existentes (inclusive bem colocado pelo recorrente), porém a norma legal a escolheu para apurar a presunção de omissões de saídas tributáveis sem recolhimento do imposto. E não poderia ser de outra forma, pois não existe qualquer lógica em se realizar um confronto entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito com **todas** as vendas mensais realizadas pelo contribuinte (lançadas nos seus livros fiscais e contábeis), que, inclusive, não indicam a modalidade de pagamento feito. Entendo que tal interpretação fere de morte todo o raciocínio do legislador que não necessitaria, de maneira elementar, acrescentar ao texto legal quando diz “*declaração de vendas pelo contribuinte* a frase “**em cartão de crédito/débito**”. Ele já é autoexplicativo, não podendo ser de outra forma, pois as declarações de vendas do contribuinte às administradoras de cartão de crédito/débito somente são desta modalidade de pagamento. Assim, o que ora se apura são vendas decorrentes das transações comerciais (com incidência da hipótese do ICMS) realizadas com pagamentos através de cartões de crédito/débito e não oferecidas à tributação. Portanto, e mais uma vez, os livros fiscais (se existentes, pois no caso do recorrente não obrigatório – livro Registro de Saídas) e contábeis não são base para este tipo de auditoria. E, conforme explicitado, não dão suporte legal para “diminuir” qualquer imposto apurado.

Quanto ao argumento de que apura o imposto pelo “regime de competência” e não pelo “regime de caixa”, em nada interfere na ação fiscal. A apuração do imposto exigido teve por base as determinações emanadas da Lei nº 7.357/98, que regia o Regime Simplificado de Apuração do ICMS neste Estado – SimBahia, conforme se encontrava enquadrado o recorrente e a Lei nº 7.014/96. Quanto ao Simples Federal ou mesmo o Simples Nacional, as normas do primeiro em nada interferem nas determinações legais emanadas do Estado da Bahia e quanto ao segundo, inexistente quando da ocorrência dos fatos geradores até 31/06/2007. Em relação aos meses de julho a dezembro de 2007, este é assunto que analiso posteriormente.

Nesta esteira de argumentação é irrelevante se o total das vendas lançadas pelo contribuinte em seus livros fiscais é superior ao das vendas informadas pelas administradoras de cartão de débito/crédito. Inclusive, observo que elas devem ser maiores, pois nelas incluídas todas as

formas de pagamento existentes em relação às vendas mensais realizadas e, mais uma vez relembro, o que aqui se exige são omissões de saídas que não foram apresentadas à tributação.

Melhor sorte não tem seu argumento de que cabe ao Estado o ônus da prova, pois ao contrário do que afirmou o recorrente, no presente caso, existe previsão legal para que assim se posicione o fisco estadual. Nesta linha, a Decisão do STJ trazida para corroborar o argumento de defesa não tem pertinência com a matéria em questão.

No entanto, pertinente foi o argumento de que tendo, também, atividade de livraria, vendia mercadorias albergadas pela imunidade tributária. Este Colegiado, com o apoio da PGE/Profis, buscou a verdade dos fatos. A diligente fiscal, com insistência, buscou apurar a proporcionalidade destas vendas para que elas fossem excluídas do levantamento fiscal. Diversos prazos foram dados ao recorrente. Por fim, mesmo se deslocando ao estabelecimento autuado, a diligente não pôde realizar o procedimento requerido, pois a própria empresa, através do seu proprietário, se negou a entregar qualquer documento para se averiguar os fatos arguidos, sob a alegação de não possuí-los. Ainda, quando cientificado do resultado da diligência, quedou-se silente. Este procedimento do recorrente inibe qualquer posição deste Colegiado no sentido de acatar sua razão recursal.

Pelo exposto, todos os motivos apresentados não inquinam o Auto de Infração de nulidade nem deságua na anulação do Acórdão recorrido. Ao recorrente foram entregues todos os documentos que constituíram o lançamento fiscal, todos os prazos legais foram obedecidos e se manifestou plenamente sobre a acusação a ele imputada. O julgador de 1º Grau analisou todos os argumentos apresentados e decidiu conforme determina a legislação tributária deste Estado. Não houve cerceamento ao direito de defesa nem tampouco, falta de fundamentação legal para a apuração do tributo em lide. Inclusive houve a busca, através deste Colegiado, da verdade material. Os fatos ocorreram e estão diretamente vinculados com a hipótese de incidência do ICMS, não havendo qualquer critério subjetivo na autuação.

O autuante realizou comparativo entre a leitura diária das reduções Z dos ECF existentes no estabelecimento autuado quanto às vendas efetuadas e das notas fiscais emitidas e as informações das administradoras de cartões de crédito. Constatou que aqueles valores acusados no ECF e notas fiscais foram a menos do que os informados pelas administradoras. Cobrou o imposto sobre a diferença encontrada, em obediência aos princípios da verdade material que rege o processo administrativo fiscal e, consequentemente, do devido processo legal.

O autuado tomou ciência de todos os papéis de trabalho produzidos pelo autuante, bem como dos “Relatórios Diário de Operações TEF” apresentados pelas administradoras de cartões de crédito/débito. Não apresentou qualquer prova material para desconstituir a infração a ele acusada, apenas entra em contradição quando diz que lançou no seu ECF as mercadorias como tributadas, isentas e não tributadas e, em seguida, afirma que “esqueceu” de realizar tal procedimento.

No mais, mesmo provocado por este CONSEF, nenhuma prova apresenta que pudesse desconstituir a ação fiscal.

Entretanto, pela análise das peças processuais, o recorrente a partir de julho de 2007 encontrava-se enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Assim, conforme determinações do art. 383 e seu § 2º, do RICMS/BA deve obedecer ao disposto da Lei Complementar - LC nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e as normas estabelecidas em resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) e, no que couber, às normas da legislação do ICMS, com exceção daquelas situações indicadas pela norma como não incluídas no Simples Nacional (nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária, por exemplo). Por seu turno o art. 33 da referida LC dispõe que a competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional é da Secretaria da Receita Federal e das

Secretarias de Fazenda dos estados ou municípios. Porém, no seu § 4º desse artigo impõe que o Comitê Gestor disciplinará esta fiscalização.

Embora o art. 34 da LC nº 123/2006 disponha que se aplicam à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência do ICMS, diante da não definição da competência de fiscalização da irregularidade tributária apurada, por dever, os fatos geradores a partir de julho de 2007 devem ser excluídos da presente autuação para ulterior verificação com base nos critérios estabelecidos pelo CGSN, conforme demonstrativo de débito abaixo elaborado:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO							
Seq.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Valor Histórico	Valor Julgado-JJF	Valor Julgado-CJF	Multa %
1	31/01/2006	31/01/2006	17	2.837,76	2.837,76	2.837,76	70
2	28/02/2006	28/02/2006	17	6.380,04	6.380,04	6.380,04	70
3	31/03/2006	31/03/2006	17	1.800,24	1.800,24	1.800,24	70
4	30/04/2006	30/04/2006	17	192,73	192,73	192,73	70
5	31/05/2006	31/05/2006	17	148,46	148,46	148,46	70
6	30/06/2006	30/06/2006	17	41,14	41,14	41,14	70
7	31/07/2006	31/07/2006	17	28,12	28,12	28,12	70
8	31/08/2006	31/08/2006	17	22,44	22,44	22,44	70
9	30/09/2006	30/09/2006	17	19,96	19,96	19,96	70
10	31/10/2006	31/10/2006	17	13,38	13,38	13,38	70
11	30/11/2006	30/11/2006	17	33,99	33,99	33,99	70
12	31/12/2006	31/12/2006	17	29,53	29,53	29,53	70
13	31/01/2007	31/01/2007	17	1.267,58	1.267,58	1.267,58	70
14	28/02/2007	28/02/2007	17	7.225,83	7.225,83	7.225,83	70
15	31/03/2007	31/03/2007	17	2.622,57	2.622,57	2.622,57	70
16	30/04/2007	30/04/2007	17	292,73	292,73	292,73	70
17	31/05/2007	31/05/2007	17	99,90	99,90	99,90	70
18	30/06/2007	30/06/2007	17	43,46	43,46	43,46	70
19	31/07/2007	31/07/2007	17	237,93	237,93	0,00	70
20	31/08/2007	31/08/2007	17	192,56	192,56	0,00	70
21	30/09/2007	30/09/2007	17	237,70	237,70	0,00	70
22	31/10/2007	31/10/2007	17	36,80	36,80	0,00	70
23	30/11/2007	30/11/2007	17	15,02	15,02	0,00	70
24	31/12/2007	31/12/2007	17	34,40	34,40	0,00	70
TOTAL				23.854,27	23.854,27	23.099,86	

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interpuesto e, de ofício, excluo da autuação o ICMS exigido nos meses de julho a dezembro de 2007 no valor de R\$754,41, em que o débito total exigível passa para R\$23.099,86.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, de ofício, excluir os valores dos meses julho a dezembro de 2007, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 022211.0046/08-4, lavrado contra TOURINHO OLIVEIRA & CIA. LTDA. (LIVRARIA CASTRO ALVES), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$23.099,86, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS