

PROCESSO - A. I. Nº 207160.0002/09-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARANGUEIJO DO SERGIPE BAR E RESTAURANTE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0232-05/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16/08/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0236-12/11

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. A apresentação de documentos fiscais, com vendas por meio de cartões de crédito/débito, na peça de defesa, reduziu o valor originariamente exigido. Excluídos, de ofício, os valores referentes aos meses em que a empresa passou a apurar o imposto pelo Simples Nacional, para que seja apurado com base nos critérios aplicáveis a esse regime. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao re-exame da Decisão proferida em primeiro grau pela Parcial Procedência do Auto de Infração.

O lançamento de ofício foi lavrado em 30/06/2009, para exigir imposto no valor de R\$31.117,28, acrescido da multa de 70% em decorrência da única infração abaixo descrita:

***Infração 1.** 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.*

A 5ª JJF, a partir do voto proferido pelo i. relator de primeira instância, abaixo transcrito, e após análise das peças processuais, proferiu Decisão unanime pela parcial procedência do Auto de Infração, como segue, *in verbis*:

(...)

“As planilhas comparativas de vendas, por meio de cartão de crédito/débito, estão anexas, bem como o Relatório TEF Diário.

Ficou constatado que, no decorrer da fiscalização, o sujeito passivo deixou de apresentar as comprovações das vendas por meio de cartões de crédito/débito, só o fazendo por ocasião da defesa, momento em que o autuante ao prestar a informação fiscal analisou as Reduções Z, cujas cópias estão anexas ao PAF, e, além disso, aplicou a Instrução Normativa nº 56/2007, o que resultou na diminuição dos valores originariamente exigidos.

Assim, elaborou novos demonstrativos, inclusive o de débito, dos quais o contribuinte foi cientificado e não se manifestou, o que resultou no ICMS no exercício de 2006 de R\$ 727,23; no exercício de 2007 de R\$ 4.567,02 e em 2008 no valor de R\$ 20,59.

Contudo, apesar das retificações promovidas pelo autuante, verifico que não cabe a aplicação da proporcionalidade conforme a Instrução Normativa nº 56/2007, pois o sujeito passivo apura o ICMS mensal com base na receita bruta, á alíquota de 4% (quatro por cento), e neste caso, porque as mercadorias não

tributadas e as isentas já estão excluídas da base de cálculo da receita bruta mensal, conforme art. 505, IX, “c” do RICMS/97.

No entanto, após 01/07/07, a empresa autuada já se encontrava cadastrada no Regime de Apuração do Simples Nacional. Em decorrência dessa novel sistemática de apuração dos tributos, o CONSEF, em inúmeras decisões, acerca do imposto apurado por presunção, após a entrada em vigor da legislação do Simples Nacional, vem entendendo serem nulas as exigências fiscais na forma constante do presente lançamento, pois haveria afronta ao princípio da legalidade, plasmado no art. 2º do RPAF/99. Esse, aliás, foi o entendimento expresso na Decisão referente ao Processo de nº 210404.0010/08-2, concernente à exigência de ICMS a partir das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito-débito. O mesmo raciocínio se aplica ao caso em exame. Assim, os valores concernentes ao período subsequente a 01/07/07, devem ser expurgados da exigência fiscal, razão pela qual, decreto de ofício, a nulidade do lançamento, referente aos períodos de julho a dezembro de 2007 e de janeiro a março de 2008, que foram objeto da autuação, devendo, destarte, ser feito o lançamento com base nos critérios aplicáveis ao regime do Simples Nacional.

Outrossim como não cabe a aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007, a base de cálculo do ICMS relativo ao exercício de 2006, corresponde aos valores apontados na coluna “omissão de receita”, na planilha de fl. 674, sobre o qual incide a alíquota de 4%, e o demonstrativo de débito assume a seguinte configuração:

Ocorrência	Vencimento	Base de cálculo	ICMS
31/07/2006	09/08/2006	3.976,52	159,06
31/08/2006	09/09/2006	14.297,72	571,91
30/09/2006	09/10/2006	13.980,04	559,21
31/10/2006	09/11/2006	-	-
30/11/2006	09/12/2007	180,02	7,20
Total		32.434,30	1.297,38

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Frente à sucumbência da Fazenda Estadual, e nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/BA, a 5ª JJF, de ofício, recorre para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 5ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0232-05/10 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão de sucumbência imposta à fazenda pública estadual.

A infração de que trata o Auto de Infração em questão exigem ICMS pela omissão de saída de mercadoria tributáveis 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.

Por primeiro, a redução do valor inicialmente exigido deveu-se ao fato de que autuado fez juntar aos fólios deste PAF as comprovações das suas vendas por meio de cartão de crédito/debito. De conhecimento das novas informações, o fiscal autuante, na informação fiscal, acolhe as razões de defesa registrando que os “valores consignados nos demonstrativos elaborados pelo autuado condizem com os constantes nas ‘reduções Z’ ...”. Entendendo, pois, por elaborar novo demonstrativo de débitos para os exercícios de 2006 a 2008, fls. 674/679, aplicando a Instrução Normativa nº 56/2007.

A 5ª JJF, ante a verificação de que o contribuinte apura o ICMS mensal com base na receita bruta, á alíquota de 4%, entendeu, corretamente, que apesar de corretas as retificações procedidas pelo autuante no que concerne às “reduções Z”, não cabe a aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/2007, tudo porque, no caso em discussão, já estão excluídas da base de cálculo da receita bruta mensal todas as mercadorias não tributáveis e as isentas, a rigor do art. 505, IX, “c” do RICMS/97.

O ilustre Relator de primeiro grau também verificou que o contribuinte, após 01/07/07, já se encontrava cadastrado no Regime de Apuração do Simples Nacional. Considerando tal situação, que impõe diferenciada sistemática de apuração dos tributos ali envolvidos, inclusive o ICMS,

lembrou o insigne relator que este CONSEF, consubstanciado no art. 2º do RPAF/99, vem decidindo pela nulidade das exigências fiscais em casos análogos. Por este raciocínio, a 5ª JJF, de ofício, decide pela nulidade dos lançamentos referentes aos períodos de julho a dezembro de 2007 e de janeiro a março de 2008.

Reparo algum merece a Decisão recorrida. Como muito bem demonstrado pela 5ª JJF, a sucumbência da fazenda Pública estadual advém, inicialmente do fato de que foram trazidos aos autos pelo contribuinte elementos que tiveram o condão de desonerá-lo. Note-se que tais elementos foram plenamente acolhidos pelo fiscal atuante que, cuidadosa e exemplarmente, elaborou novo demonstrativo fiscal. Por outra banda, o Ilustre Relator da Decisão recorrida, também com muito critério verificou, de maneira absolutamente correta, que não é aplicável a IN 56/2007 para o exercício de 2006, dada a forma de apuração do ICMS com base na receita bruta que exclui da base de cálculo do imposto as mercadorias isentas e não tributáveis, o que em última análise redundaria na redução da exigência fiscal.

Por fim, para o período que compreende o efetivo cadastramento do contribuinte no Simples Nacional (julho/2007 a março/2008), há que se observar os comandos art. 383, § 2º, do RICMS/BA que remete ao disposto na LC nº 123, de 14/12/2006 e as normas estabelecidas em resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, além das normas estatuídas pela legislação do ICMS. Em apertada síntese, o art. 33 da LC nº 123 determina 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, entretanto, tal matéria ainda carece de disciplina, conforme § 4º do citado diploma legal. Isto posto, em razão da falta de definição de competência para fiscalização dos tributos albergados pelo Simples Nacional, não merece qualquer reparo a Decisão combatida, no que pertine à matéria aqui tratada.

Por tudo o quanto exposto, alinho-me à Decisão proferida pela 5ª JJF que entendeu pela parcial procedência da infração em questão. Nesse sentido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto de Ofício, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207160.0002/09-8**, lavrado contra **CARANGUEIRO DO SERGIPE BAR E RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.297,38**, 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, 03 de agosto 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

CLAUDIA MAGALHÃES GUERRA - REPR. DA PGE/PROFIS