

PROCESSO - A. I. Nº 113231.0008/09-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SANU EMPÓRIO CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDOS - SANU EMPÓRIO CONFECÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0135-05/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/06/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0154-12/13

EMENTA: ICMS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto, quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu, em parte, em relação às operações devidamente documentadas. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item 1, do RPAF/99, interpostos pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo Sujeito Passivo, respectivamente, contra a decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

O Auto de Infração foi lavrado em 30.06.2009 para exigir ICMS no valor de R\$107.798,64 pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - Omissão de saída de mercadoria tributável 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, relativo ao período de janeiro de 2006 a maio de 2009.

Através do Acórdão JJF nº 0135-05/12, decidiu órgão *a quo* pela Procedência em Parte do Auto de Infração, sob os seguintes argumentos:

“VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no valor de R\$ 107.498,64, relativo à presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, 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, inerente ao período de janeiro/2006 a maio/2009, conforme foi apurado pelo autuante, às fls. 14 e 17 dos autos, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Inicialmente, às fls. 25 a 29 dos autos, o defensor reconhece como devida a exigência no valor de R\$ 25.281,56, consoante demonstrativo às fls. 52 a 55, do que pede parcelamento, tendo inclusive pago a parcela inicial, consoante documentos às fls. 112 a 114 dos autos.

É válido ressaltar que, para apuração dos valores reconhecidos, a autuada coteja o total das vendas no mês com o total dos valores fornecidos pelas administradoras de cartão, sem considerar a modalidade do pagamento das vendas em cartão de crédito ou de débito. Contudo, para efeito de cotejamento das receitas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou de débito, por razões óbvias, há de se comparar com as receitas declaradas pelo contribuinte sob a mesma modalidade, de forma a se verificar que o valor informado foi oferecido à tributação.

Portanto, deve verificar os valores consignados nas Reduções “Z”, sob a modalidade cartão de crédito ou de débito e, em caso de emissão de outros documentos fiscais que não o cupom fiscal, cabe ao sujeito passivo provar a improcedência da presunção, conforme determina o dispositivo legal citado, demonstrando que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, anexando documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo notas ou cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no relatório TEF, de forma a comprovar a tributação dos referidos valores, o que não ocorreu, sendo irrelevante o fato do faturamento, relativo a todos os tipos de modalidade de pagamento, ser maior do que o valor da receita informada pelas administradoras de cartões.

Entretanto, em razão da alegação de que, em 12/04/2006, o estabelecimento autuado, filial sob inscrição estadual nº 62.415.096, localizado no município de Mata de São João, foi extinto (solicitado baixa de inscrição) e no seu lugar foi instalado o estabelecimento matriz, Inscrição Estadual nº 52.045.356, outrora situado no município de Cairu, conforme documentos às fls. 27, 28 e 56 dos autos, cuja alteração diz o defendente ter sido comunicada às administradoras de cartão de crédito, por questão de bom senso, foi determinada diligência com o objetivo de se comprovar eventuais vendas pelo estabelecimento matriz, o qual ocupou as instalações do estabelecimento autuado, vinculando documentos fiscais por ele emitidos que tivessem identificação de data e valor com as receitas informadas pelas administradoras de cartão. Após alguns percalços, tal revisão fiscal foi atendida em sua inteireza, consoante documentos e mídia às fls. 3.224 a 3.244 dos autos, tendo o autuado recebido cópia dos mesmos.

Contudo, anteriormente, às fls. 1.872 a 1.875 dos autos, o autuado, agora representado pelo seu patrono, alega fatos novos relativos à apuração da base de cálculo, a seguir:

- 1. Não foram comparadas as informações das administradoras e as informações do contribuinte, especialmente via ECF, o que, por si só, determina a impertinência da cobrança.*
- 2. Que os valores declarados pelas administradoras, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa, dizem respeito às vendas da matriz, como se comprova, inclusive, pelas operações que serão “casadas”, sendo que foram informadas erroneamente como se da autuada fossem.*
- 3. Que o estabelecimento matriz optou pelo Simples Nacional, em 01/07/2007, não cabendo a apuração do ICMS com base no roteiro adotado no Auto de Infração.*
- 4. Que o crédito presumido de 8% foi calculado de forma equivocada pelo autuante, conforme se pode observar nos demonstrativos analíticos, uma vez que foi aplicado sobre o valor do imposto “devido” e não sobre a base de cálculo, ensejando importâncias maiores do que aquelas que deveriam compor a autuação desde o nascedouro, do que pede retificação sobre o período em que a autuada não se encontrava no Simples Nacional.*

Da análise de tais alegações, verifica-se que as mesmas não provam a improcedência da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apesar de provar de forma parcial, uma vez que, de fato, no cálculo original do imposto, às fls. 14 a 17 dos autos, o autuante, equivocadamente, calculou o crédito presumido de 8%, previsto no art. 408-S do RICMS/BA à época para os contribuintes SimBahia. Contudo, tal equívoco foi corrigido quando da realização da diligência fiscal, aplicando-se o percentual de 8% sobre a base de cálculo da omissão de receita, consoante se pode constatar às fls. 3.231 e 3.234 dos autos.

Por outro lado, conforme já dito, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas, a qual cabe ao sujeito passivo comprovar a improcedência da presunção, no decurso do processo, a autuada vinculou saídas com notas fiscais emitidas pela matriz com as receitas informadas pelas administradoras de cartão, conforme solicitado na diligência, apurando para o exercício de 2006 o valor de R\$ 74.584,75; para o exercício de 2007 o valor de R\$ 83.056,25; para o exercício de 2008 o valor de R\$ 214.317,20 e para o exercício de 2009 o valor de R\$ 40.003,00, consoante demonstrativo às fls. 1.883 a 1.910 do PAF. Por sua vez, em relação aos documentos emitidos pelo estabelecimento matriz e vinculados às receitas informadas pelas administradoras de cartão, o autuante apurou os montantes de: R\$ 81.944,65, para o exercício de 2006; R\$ 86.780,00, para o exercício de 2007; R\$ 218.865,70, para o exercício de 2008 e R\$ 41.505,00, para o exercício de 2009, conforme documentos às fls. 3.231 a 3.244 dos autos. Portanto, em valores ainda maiores que os apurados pela autuada, cujos montantes foram deduzidos das receitas informadas, apurando-se as diferenças a tributar.

Assim, diante de tais constatações, torna-se inócua a alegação de que não foram comparadas as informações do contribuinte, especialmente via ECF, cujo ônus da prova, cabe ao autuado, não tendo o mesmo apresentado qualquer cupom fiscal (Leitura Redução “Z”) consignando operações de vendas na modalidade em cartão de crédito ou de débito.

Inerentes às alegações de que os valores declarados pelas administradoras, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa, dizem respeito às vendas da matriz, cujo estabelecimento optou pelo Simples Nacional, em 01/07/2007, não cabendo a apuração do ICMS com base no roteiro adotado no Auto de Infração, há de se

salientar que, por se tratar a exigência fiscal de uma presunção legal de omissão de operações de saídas de mercadorias tributadas, cabe ao sujeito passivo a prova da improcedência da presunção. Assim, por concessão, foram deduzidas as operações efetivadas pela matriz, após sua transferência de endereço, quando devidamente documentada e identificada com a receita informada pelas administradoras de cartão.

Contudo, quanto aos valores não comprovados e não documentados, por razões óbvias não se podem atribuir como operações realizadas pelo estabelecimento matriz, haja vista que, por se tratarem de operações sem notas fiscais, não tem como se identificar que, efetivamente, foram realizadas pelo estabelecimento matriz, o qual sucedeu ao estabelecimento autuado, tornando-se impossível a comprovação da improcedência da presunção legal, sob a alegação de que este estabelecimento se encontra enquadrado no Simples Nacional.

Em consequência, os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa da inscrição do estabelecimento autuado (filial), devem ser tributados pelo regime normal de apuração do ICMS, a partir de 01/07/2007, quando não mais existia o regime SimBahia, por não ser o aludido estabelecimento autuado optante do Simples Nacional, conforme procedeu o autuante, às fls. 3.234, 3.237 e 3.240 dos autos.

Assim, diante destas considerações, concordo com o valor remanescente apurado pelo autuante, quando da informação da diligência fiscal, às fls. 3.224 a 3.244 dos autos, do que foi intimado o autuado, não tendo o mesmo trazido nenhum fato novo. Logo, no presente momento, inexistente a necessidade de qualquer correção de valores ou de revisão fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 37.513,36, sendo: R\$ 2.443,58, relativo ao exercício de 2006; R\$ 11.382,54, ao exercício de 2007; R\$ 9.832,92, ao exercício de 2008, e R\$ 13.854,32, aos meses de janeiro a maio/2009, conforme demonstrado às fls. 3.231 a 3.242 dos autos, devendo homologar os valores, efetivamente, recolhidos, objeto do reconhecimento e parcelamento pelo sujeito passivo".

Na Resolução do citado Acórdão, a 3ª JfF interpõe recurso de ofício, consoante previsão legal.

Inconformado com a manifestação proferida em primeira instância, o Sujeito Passivo interpõe Recurso Voluntário (fls. 3275 a 3280), onde alega que a decisão recorrida merece ser reformada, repisando os argumentos da sua Defesa.

Em sede de preliminar, além de requer que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados regularmente constituídos como representantes legais da Autuada, pede a nulidade do Auto de Infração ao asseverar que inexistente nos autos o necessário "termo de início da fiscalização". Neste sentido, junta jurisprudência deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0326-12/11.

Também em sede de preliminar, alega a ilegitimidade passiva do estabelecimento Autuada para figurar no pólo passivo da relação processual, posto que "a instrução do processo demonstrou de forma cabal que as vendas de estabelecimento diverso foram informadas pelas administradoras como sendo da Autuada". Em socorro aos seus argumentos, junta ementa de mais um entendimento deste CONSEF, conforme Acórdão CJF nº 0448-12/06.

Em relação ao mérito, diz que outros pontos apontam para a inconsistência da decisão recorrida. Assevera que se é fato que as administradoras erraram nas informações prestadas ao Fisco, é evidente que a autuação se apresenta inconsistente e ilegal, "na medida em que não foi levado a termo o método previsto na Lei nº 7.014/96, que prevê a comparação entre as informações das administradoras e as informações do Contribuinte Autuado, especialmente via ECF".

Aponta que nos demonstrativos sintéticos do Auto de Infração, não foram lançados valores a título de "vendas declaradas". Sendo assim, alega que não houve qualquer método comparativo, o que resulta logicamente na impertinência da cobrança.

Fala que essa situação se agrava ainda mais para os períodos posteriores a abril de 2006, pois, como consta do próprio Auto de Infração, a Autuada pediu baixa de sua inscrição e deixou de exercer as atividades comerciais, passando a operar, tão somente, através do seu estabelecimento matriz, de Inscrição Estadual nº 52.045.356-ME. Alega que a última NF emitida pela Autuada foi em 16/07/2006, sendo suas atividades encerradas após tal data. Portanto, alerta que o roteiro de fiscalização utilizado pela SEFAZ não se aplicaria ao caso presente.

Aduz que os valores declarados pelas administradoras, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa, dizem respeito às vendas da matriz, fato que se comprova pelas operações “casadas”, que sustentaram a decisão combatida. Neste ponto relembra que a primeira NF da matriz, *“cujas operações se referem ao Auto de Infração e foram consideradas indevidamente (...), foi a de número 01451, emitida dia 02/08/2006”*. Diz que tal fato comprova a sua assertiva de que a Autuada somente exerceu suas atividades fins até a emissão da sua última NF, acima identificada, sendo que, desta data em diante, *“as vendas são da matriz e foram informadas erroneamente como se da Autuada fossem”*. Com base nestes eventos, alega que todo o regramento acerca dos valores levantados no Auto de Infração, a partir de 16/07/2006, deveria ser realizado com base na matriz, *“notadamente no regime de tributação aplicável e esse estabelecimento”*.

Abordando outro aspecto, relativo às maquinetas das administradoras, afirma que com a alteração de endereço, *“é claro que as maquinetas das administradoras não poderiam ser mais utilizadas pela Autuada e de fato não foram”*. Assevera que conforme apurado, com o que concordou inclusive o Autuante, as vendas foram efetivamente realizadas pela MATRIZ, sendo que o estabelecimento autuada sequer funcionava. Assim, propala que se foi provado que as vendas foram da matriz, ou a Autuada é sujeito passivo ilegítimo, ou se admite que os fatos específicos do Auto de Infração devem ser tratados como de fato o são: da matriz.

Pari passu, observa que o estabelecimento matriz da Autuada optou pelo SIMPLES NACIONAL, em 01.07.2007, significando dizer que *“não cabe a apuração do ICMS com base no roteiro adotado no AI, posto que o pagamento, fiscalização e cobrança do imposto, é feito de acordo com as normas específicas do aludido regime, mediante alíquota também específica”*. Neste ponto afirma que mesmo com a concessão do “crédito presumido” de 8%, a imputação da carga de 9% é indevida, pois ultrapassa os limites da SIMPLES NACIONAL, salvo quando ocorrer infração de natureza grave ou crime contra a ordem tributária, o que não se vislumbra no caso em lide. Sobre esse aspecto, lembra que o CONSEF já se posicionou em favor do contribuinte em casos similares, conforme o Acórdão CJF nº 0317-12/09.

Do mesmo modo, faz a observação de que a Declaração do Simples, anexada ao processo, *“faz registrar o CNPJ da filial (Autuada), o que reforça a constatação ora levantada”*.

Levanta a tese de que os fatos apurados neste Auto de Infração deve ser tratados pelo regime aplicável ao estabelecimento que praticou o fato gerador do ICMS, ou seja, pede para que seja aplicado o regime do simples nacional da matriz para a filial nesta autuação. Neste sentido, alega que o crédito presumido de 8%, originalmente dado, mesmo calculado de forma equivocada, pois, como dito antes, se trata de empresa que deveria usufruir dos benefícios do SIMPLES NACIONAL, foi equivocadamente revisado pela tendo a JJF, incidido em grave majoração da cobrança e modificação do fulcro do Auto de Infração. Alega que a JJF utilizou “dois pesos e duas medidas”, sempre gerando prejuízo para a Autuada, alterou o valor do lançamento ao considerar demonstrativos apresentados posteriormente na ação, ou seja, depois de formada a causa de pedir, que não contemplam o crédito presumido para os meses posteriores a julho de 2007, lapso de tempo com a vigência do SIMPLES NACIONAL.

Assevera que, em se tratando de “presunção”, lançamento onde não existe FATO GERADOR COMPROVADO, não pode se perquirir por fatos geradores concretos, como fez a JJF. Renova seu raciocínio dizendo que *“Pensando assim, o concreto é que restou provado que as vendas foram da matriz e, estando tal estabelecimento no SIMPLES NACIONAL, o tratamento tem que ser pelas regras que regem quem praticou os fatos geradores do ICMS”*. Fala que se for admitido o raciocínio contrário, alega que *“não há que se falar em fatos comprovados e sim em presunção, caindo por terra a presunção da JJF de as vendas não podem ser atribuídas ao estabelecimento matriz, destacando-se o fechamento da filial/autuada e a inexistência no PAF de qualquer indício em contrário (de que o mesmo continuou a funcionar depois da solicitação da baixa e da transferência dos equipamentos)”*.

Assim, arremata sua argumentação dizendo que, em se tratando de presunção, não se poderia segregar o crédito, "QUE TAMBÉM É PRESUMIDO", pois, se admitido que a Autuada continuou a vender, seria a mesma SIMPLES NACIONAL ou SIMBAHIA, não existindo base legal para tratar as supostas operações como sendo do regime normal, sem qualquer direito a crédito, pois o status do Contribuinte perante o Estado não foi alterado.

Afirma que a JJF alterou o lançamento, no que tange aos fundamentos e valores, vez que, ao lado da ilegalidade sobre a alteração dos fundamentos do lançamento, existe a majoração dos valores, materializada pela glosa de créditos concedidos durante a ação fiscal. Neste sentido, afirma que a declaração da "procedência parcial" do Auto de Infração pode *"até mascarar tais irregularidades, porém tais contaminam a decisão e deve a CJF fazer os reparos devidos"*.

Ao final, pede pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, que sejam as administradoras instadas a prestar os esclarecimentos devidos, quanto à troca das informações, e revisão para a apuração dos valores acaso efetivamente devidos, o provimento do presente recurso com a declaração da nulidade do Auto de Infração, sua improcedência, ou, no máximo, a procedência parcial, com exclusão dos totais relativos ao período do SIMPLES NACIONAL ou, ainda, com a apuração correta dos créditos presumidos, sobre todos em que recaiu igual exigência por presunção.

Em termos, os autos foram encaminhados a PGE/PROFIS para análise, consoante fl. 3285.

Em Parecer de fls 3287 a 3288, a i. procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, após breve histórico das argumentações recursais, entende que as alegações de nulidade não merecem prosperar, já que a autuação está em conformidade com as regras do RPAF, tendo o autuado recebido todos os elementos que compõe a acusação, o que permitiu o exercício do seu direito de defesa sem qualquer prejuízo.

Aponta que a ação fiscal foi iniciada de forma regular, com a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, ficando então dispensada o Termo de Início de Fiscalização, na forma do art. 127, II do COTEB. Lembra também que a fiscalização se deu no curso do procedimento de baixa solicitada pela autuada.

No mérito, assevera que não deve prosperar a alegação recursal de que por erro, as vendas realizadas pela matriz foram imputadas ao autuado, pois, tal argumento já *"foi objeto de diligência, tendo sido acatadas as provas produzidas pela Autuada"*. Arremata o seu opinativo dizendo que, diante do fato de não haver apresentação de novos elementos para elidir a presunção das omissões remanescentes, deve ser mantida a infração no valo da condenação julgada pela d. JJF.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Tratam-se de Recurso Voluntário de Ofício interpostos contra a decisão da 5ª JJF que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração que fora lançado para cobrar ICMS no valor de R\$107.798,64 devido a omissão de saída de mercadorias, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito a inferior ao fornecido por administradora de cartão no período de janeiro de 2006 a maio de 2009.

Em sede de preliminar, o Recorrente aduz a nulidade do Auto de Infração por não haver o *"termo de início de fiscalização"* e a ilegitimidade passiva.

Quanto à falta de termo, como bem apontou a d. PGE/PROFIS, segundo o art. 127, II do COTEB e o art. 28, II do RPAF/BA, a existência de Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos fiscais dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização. Entretanto, devo lembrar que o presente Auto de Infração é baseado em uma fiscalização automática, por ser

requisito necessário para consecução do processo de baixa de Inscrição Estadual, conforme estabelecia o art. 167 e seguintes do RICMS/BA vigente à época dos fatos.

Deste modo, entendo que não deve ser acolhida a preliminar de nulidade por falta de termo de início de fiscalização no presente PAF.

Também não tem melhor sorte a preliminar de ilegitimidade passiva, pois, as vendas objeto do lançamento foram realizadas sob o CNPJ do estabelecimento autuado, não podendo ser alegado, para afastar a responsabilidade tributária, o argumento de que as vendas registradas pelas administradoras foram realizada por estabelecimento diverso. Neste caso, devo aplicar o quanto disposto no art. 18, §2º do RPAF que estabelece a impossibilidade de declaração de nulidade em favor de que lhe houver dado causa. Ora, o próprio grupo comercial utilizou das famosas maquinas em nome da filial, que estava desativada, para efetuar vendas de mercadorias objeto da presente autuação.

Por esse motivo, não dou abrigo a nulidade de ilegitimidade passiva sustentada pelo Recorrente.

Passo para as questões de mérito.

De início, não vejo qualquer ilegalidade ou inconsistência no que tange às informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito quanto à movimentação comercial da Autuada. Em primeiro lugar, lembro que a remessa dos relatórios das transações com cartão por parte das administradoras estão previstas em Lei (art. 35-A da Lei 7.014/96) e em Regulamento (art. 824-W, do RICMS/BA-97). Em segundo, aponto que as operadoras não tinham ciência em qual data a filial fora baixada junto à Secretaria da Fazenda, e que a matriz tinha assumido o ponto comercial e todas as atividades do grupo empresarial, inclusive a maquina de venda que estava registrada no CNPJ da filial.

Aliás, entendo que a falta de comunicação formal de alteração dos titulares da comercialização com os terminais de cartão foi o que motivou as pretensas inconsistências dos relatórios TEF e, consequentemente, o presente lançamento como originalmente foi lançado. Lembro que a alteração da titularidade dos terminais de cartão de crédito deveria ser informada pela Recorrente às empresas administradoras de cartão de crédito no momento da ocorrência deste fato.

Quanto ao argumento de que foi levado a termo o método de comparação entre as informações das administradoras e as informações do Contribuinte, conforme previsto na Lei nº 7.014/96, depreendo pela análise dos autos, dos demonstrativos iniciais, da resposta da diligência e seus demonstrativos prestados às fls. 3224 e seguintes, como também da própria decisão recorrida, entendo que não procede a assertiva recursal de que não foi realizada a verificação das informações do Contribuinte.

Em procedimento valoroso, objetivando a efetiva busca da verdade real, vejo que o processo foi convertido em diligência pela n. 5ª JF para que fossem consideradas as vendas realizadas pela matriz, atestadas pelas notas fiscais de venda, onde houvesse a coincidência de valores e datas, com as receitas informadas pelas administradoras, ou seja, restou sopesadas as vendas com cartão constante nas notas fiscais da matriz na redução da infração lançada contra a filial, por se entender ser uma questão de justiça fiscal.

Repito que as operações lançadas originalmente só poderiam ser consideradas como se da autuada fossem, pois, repito, não houve o pertinente aviso de alteração de titularidade dos terminais de cartão de crédito junto às administradoras de cartão. Noutro giro, devo consignar que, originalmente, não foram assinaladas as vendas com cartão de crédito e débito informadas através da DME da Recorrente, contudo, na revisão fiscal houve a consideração das informações do Contribuinte, saneando qualquer vício neste sentido do Auto de Infração.

Dessa forma, não há como dizer que não houve o devido cotejamento e observância das informações fiscais e econômicas do Contribuinte em seu benefício e conforme prescreve a legislação.

Por fim, resta analisar a possibilidade de aproveitamento do regime tributário da matriz pela filial, observando a data de seu encerramento, o fim do SIMBAHIA e o início do SIMPLES NACIONAL.

É fato que as operações foram realizadas em maquineta de cartão de crédito que estava sob responsabilidade da filial, vez que era o seu CNPJ (03.465.509/0002-89) que constava nas transações realizadas, como bem demonstra os relatórios TEF juntados aos autos e também presentes na mídia entregue ao Recorrente, conforme atesta o termo de intimação de fl. 21. Também é fato que o pedido de baixa junto a esta SEFAZ restou consignado no dia 16.04.2006, consoante o Histórico da Situação do CNPJ do Recorrente, de fl. 09. Do mesmo modo, não há oposição aos fatos de que a filial participava do SIMBAHIA até o final do programa e que a matriz aderiu ao SIMPLES NACIONAL a partir de 01.07.2007.

Pois, bem.

Inicialmente entendo que é irretocável o raciocínio dos julgadores de piso de que só se manteve no presente lançamento os valores não comprovados e não documentados nas vendas de cartão de crédito/débito, pois, não se identificou ou não há como se identificar se as vendas se realizaram pelo estabelecimento matriz ou filial. Por esse mesmo motivo é que não vejo desacerto no cálculo efetuado pela JJF na cobrança do imposto devido.

Concordo com a tese do Recorrente que se a matriz fosse autuado, sendo ela inscrita no SIMPLES NACIONAL, deveria ser adotado outro regime de apuração do tributo devido, sob pena de improcedência da autuação. Contudo, no caso em exame, temos uma imputação lançada contra um estabelecimento filial, autônomo, que tinha um regime de tributação exclusivo, o SIMBAHIA, sendo ele extinto no curso do procedimento de baixa da inscrição estadual. Sabemos que, durante esse processo de baixa, não poderia ser realizadas novas transações comerciais pela filial, mas, uma vez realizadas, entendo como justa a aplicação das regras do regime especial durante o seu período de vigência, devendo, por consequência, ser concedido o crédito tributário previsto na norma em questão.

Por seu turno, não julgo ser a melhor solução a aplicação das normas do SIMPLES NACIONAL após o período de vigência do regime especial do SimBahia, pois não podemos deixar de lembrar que temos em questão CNPJ's diferentes, referente a estabelecimentos comerciais distintos, sendo que o filial na era optante do Simples Nacional, e nem poderia mais ser, diante da baixa da inscrição requisitada. Desse modo, entendo correta a apuração fiscal colacionadas nos demonstrativos fiscais revisados de fls 3231, 3234, 3237 e 3240 pelos quais os créditos presumidos do SimBahia foram concedidos até junho de 2007, mas não sendo mais considerados a metodologia de tributação do SIMPLES NACIONAL da matriz.

Diante do exposto, acolho os valores já julgados e julgo a infração parcialmente procedente, conforme o julgamento de primeiro grau, sendo o Recurso Voluntário não provido.

Passo a análise do Recurso de Ofício.

Como mencionado em linhas anteriores, a redução ocorrida na infração se deu consoante entendimento do próprio Fiscal Autuante ante ao acertadamente requisitado em diligência pela JJF, ao considerar notas fiscais emitidas pela matriz, coincidentes em data e valor, com as receitas informadas pelas administradoras de cartão, reduzindo substancialmente os débitos originalmente lançados. Depreendo que houve por parte dos julgadores de piso e da fiscalização a sensibilidade em aceitar que houve a utilização do terminal de vendas por parte de outro CNPJ. Assim sendo, uma vez comprovada a venda das mercadorias por meio de documentos fiscais, não há mais que se falar em omissão de saídas.

Portanto, depreendo que andou bem a 5ª JJF em reduzir o débito original ante a comprovação fiscal de que houve a saída de mercadoria acobertada pela documentação fiscal pertinente.

Recurso de Ofício não provido.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos, para manter inalterado a decisão de piso que julgou PROCEDENTE EM PARTE do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **113231.0008/09-3**, lavrado contra **SANU EMPÓRIO CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.513,36**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS