

PROCESSO	- A. I. Nº 298618.0001/12-0
RECORRENTE	- ESCORPIUS CONFECÇÕES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (R VENTURA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0170-02/12
ORIGEM	- INFAS VAREJO
INTERNET	- 11.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0251-13/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que, à época dos fatos geradores, o contribuinte se encontrava enquadrado no regime normal de apuração do ICMS e não no Simples Nacional. 2. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO 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 não ocorreu. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0128-02/12, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$ 432.409,82, em razão das seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS de R\$ 430.348,91, relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, não apurando o conta corrente e considerando todas as entradas e saídas como “OUTRAS”, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2011;

INFRAÇÃO 2. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativo aos meses de: janeiro a março, maio, junho e novembro de 2010; janeiro, março a julho e dezembro de 2011, pela qual se exige o ICMS de R\$ 2.060,91.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após consignar incompetência dos órgãos julgadores administrativos para apreciar a arguição de inconstitucionalidade das multas aplicadas, as quais são as legalmente previstas para as infrações apontadas, como também rejeitar as preliminares de nulidade, sob o fundamento de que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações. Assim, conclui inexistir nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício. Por fim, indefere o pedido de diligência, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores.

No mérito, em relação à primeira infração, a JJF salienta que não se discute na presente lide se o sujeito passivo atendia ou não os requisitos necessários para o enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos – Simples Nacional, visto que o objeto da lide é saber se os elementos trazidos aos autos comprovam, como alega a defesa, se à época dos fatos geradores, o sujeito passivo estava, efetivamente, enquadrado no regime do Simples Nacional.

Entende o órgão julgador que o argumento defensivo não é capaz de elidir a imputação, pois a defesa não apresentou nenhum documento para comprovar a data em que realizou sua opção ao citado regime, do que aduz que os documentos de Arrecadação do Simples Nacional – DAS; Declaração de contribuições; Guia do FGTS e Certidão Negativa acostados pela defesa não descharacterizam sua condição de contribuinte normal no período apurado, uma vez que nos citados documentos não consta a condição de optante. Salienta a JJF que nos documentos citados além de não conter a comprovação data da opção, a Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, fls. 328 a 335, relativas aos exercícios de 2008 a 2011, no campo Período de Opção consta a informação de “Contribuinte não Optante”. Ressalta, ainda, que consta no citado documento que “*O declarante fica ciente de que a apresentação desta declaração não gerará direito à validação da opção pelo Simples Nacional, a qual dependerá do resultado do processo administrativo informado*”.

Por outro lado, os documentos acostados aos autos pelo autuante comprovam que o sujeito passivo somente foi enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional em 02/01/2012, conforme consta do resultado da *Consulta Optantes* realizada junta a Receita Federal, acostada à folha 16 dos autos, no qual consta no campo Situação no Simples Nacional que o pedido de opção foi efetuado em 02/01/2012, como também que não existem opções pelo Simples Nacional em períodos anteriores pelo autuado, fato este corroborado no extrato do Sistema INC- Informações do Contribuinte – Dados Cadastrais, fl. 8 dos autos, ao constar que o autuado optou pelo Simples Nacional em janeiro de 2012.

Assim, como os fatos geradores são relativos ao período anterior a opção do sujeito passivo ao Simples Nacional (2/01/2012), não resta dúvida de que neste período o autuado não estava enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional.

Quanto ao pedido defensivo para que seja abatido do valor autuado o crédito acumulado de outro estabelecimento (matriz da empresa autuada), o mesmo não pode ser acolhido no presente PAF por falta de previsão legal. Entretanto, o autuado poderá formular pedido específico para quitação do presente Auto de Infração com o crédito acumulado, devendo observar as normas específicas prevista na legislação. Assim, a JJF concluiu que a infração 1 é procedente.

Inerente à segunda infração, a JJF aduz que caberia a defesa comprovar, mediante apresentação de documento fiscal, suas alegações a existência de trocas e devoluções alegadas, o que não ocorreu na presente infração, conforme assegura o art. 123, do RPAF/99, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Destaca que a aplicação do Roteiro de Auditoria de Cartão de Crédito não é necessária a desclassificação da contabilidade, como entende a defesa, e que o levantamento fiscal realizado comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96. Concluiu que a infração 2 é procedente.

No Recurso Voluntário, às fls. 385 a 402, o recorrente reitera que a fiscalização não observou que era optante do SIMPLES NACIONAL, por estar sujeita à migração automática, sendo dispensada de apresentar, anualmente, pedido de opção. Assim, diz que o Fisco se pautou em informações apresentadas na internet, sem, porém, fazer qualquer investigação mais aprofundada.

Preliminarmente, arguiu a nulidade da Decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, visto que a infração 1 está amparada em indícios contraditórios e a JJJ não promoveu quaisquer investigações do ponto de vista probatório ou jurídico. Salienta que uma empresa não enquadrada no regime, ou que não tenha feito pedido de opção, não consegue acessar o sistema, emitir as guias e recolher os tributos, bem como prestar declarações do Simples Nacional.

Reafirma que nos termos da Resolução CGSN nº 4/2007, todos os contribuintes que estavam enquadrados no regime do SIMPLES Federal (e no âmbito estadual no SIMBAHIA), migraram automaticamente para o SIMPLES NACIONAL, como também todos os contribuintes migrados estavam dispensados de promover novos pedidos de enquadramento, fato que mais uma vez, poderia ser encontrado de forma fácil na *internet* na base da Receita Federal do Brasil.

Aduz que, mesmo diante de tais fatos, a Decisão recorrida acatou as informações apresentadas pelo autuante, ignorando o fato de que a recorrente teve integral acesso ao sistema do Simples Nacional e que, no exercício de 2007 (conforme consta do próprio cadastro da SEFAZ) a recorrente enquadrava-se nos requisitos para migração para o Simples Nacional.

Sustenta que a postura adotada pela JJJ afasta-se da busca da verdade material, contrariando os princípios do contraditório e da ampla defesa, cujo procedimento enseja a nulidade do Acórdão recorrido, por violação ao art. 18, II, do RPAF, devendo ser declarada a nulidade do julgamento se o mérito não puder ser favorável à recorrente.

No mérito, registra que o termo de opção é meramente declaratório, pois a recorrente sempre atendeu a todos os requisitos materiais e formais, do que cita legislação, para concluir que, neste contexto, desde 2008, se encontrava enquadrada no Regime Especial do Simples Nacional, sem qualquer oposição do Fisco, seja da Receita Federal ou da SEFAZ/BA, o que não pode ser ignorado, visto que não teve contra si lavrado qualquer Termo de Indeferimento, exceto em 2011, do que aduz que, desde 2008, todas as obrigações acessórias foram declaradas e processadas pela Receita Federal do Brasil, sob o regime especial do Simples Nacional, tendo total acesso ao programa para geração do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - DAS, bem como da Declaração Anual do Simples Nacional - DASN. Ressalta que o sistema não permite o recolhimento do imposto unificado, mediante restrição automática, quando o contribuinte não está enquadrado no regime. Registra que desde 2008 jamais teve quaisquer restrições à sua manutenção no regime, apenas no ano de 2011 é que foram apresentadas possíveis pendências à manutenção do regime, as quais foram tempestivamente superadas, relativas a multa pelo atraso na entrega de obrigação acessória (matriz) e pendência cadastral da filial no Rio de Janeiro.

Em seguida, por precaução, frente ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de manutenção do lançamento, o recorrente aduz existir inconsistências no levantamento fiscal, pois a fiscalização não levou em consideração o crédito acumulado pelo estabelecimento matriz, no período de 2008 a 2011, no valor total de R\$ 138.025,76, do que defende que, nos termos da legislação aplicável, esse crédito é passível de ser apurado no conta corrente da apuração, para fins de redução do crédito tributário apurado sob o regime normal, do que salienta que não poderia ter exercido essa faculdade anteriormente, pois estava apurando e recolhendo seus tributos sob o regime especial do Simples Nacional. Assim, na remota hipótese de manutenção da infração, deve ser deduzido o citado crédito acumulado. Ainda, a partir da submissão ao regime de apuração normal, em substituição ao Simples Nacional, aduz o recorrente que a fiscalização deveria ter observado o disposto no art. 330-A do RICMS/BA, vigente à época, que permitia a utilização de crédito fiscal relativo às mercadorias tributadas constantes no seu estoque, no momento de inclusão no regime normal de apuração do ICMS, conforme Parecer nº 3010/2010. Assim, defende que tais equívocos conduzem à nulidade do lançamento.

Destaca que a fiscalização promovida se sujeita à restrição imposta pelo art. 146 do CTN, por deflagrar verdadeira alteração do critério jurídico de recolhimento, na medida em que desenquadra o contribuinte do Simples Nacional. Diz que, ainda que não se entenda pela aplicação do art. 146 do CTN, o presente caso amolda-se perfeitamente ao disposto no parágrafo

único do art. 100 do CTN, que determina a exclusão da imposição de penalidades, cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, uma vez que apenas 2012 houve oposição do Estado da Bahia em relação aos recolhimentos realizados 2008 a 2011, sendo irrefutável o enquadramento no citado art. 100 do CTN. Assim, requer, desde já, a exclusão dos juros de mora e da penalidade relativos a presente infração 1.

No tocante à segunda infração, na qual se exige ICMS decorrente da constatação de omissão de saídas de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido pela instituição financeira, inicialmente o recorrente registra que as omissões foram em valores ínfimos, se comparados ao faturamento mensal da empresa. Diz também que o levantamento fiscal pressupõe análise específica da operação, tendo havido análise sumária, sendo deficientes e incapazes de demonstrar as razões que motivaram a exigência, a exemplo de troca de produto por outros de valor mais baixo, ou, ainda, da devolução de produtos defeituosos. Assim, conclui que a fiscalização deveria ter promovido a desclassificação da contabilidade do recorrente, deduzindo sua fragilidade para, posteriormente, proceder à exigência da suposta omissão, revelando-se nulo o ato administrativo, pois foi exarado com ausência das cautelas necessárias, tais como a apuração correta da base de cálculo do lançamento, bem como ausência de investigação aprofundada acerca dos documentos que foram apresentados, ensejando na falta de segurança jurídica e razoabilidade, em razão da necessidade de se apurar todos os elementos necessários à comprovação do fato gerador, ou, todos os elementos que amparam o suposto débito, com apuração acurada das notas fiscais que dão suporte às operações realizadas no período, sob pena de ceifar o direito de defesa do recorrente, que não disporá de elementos concretos para sua defesa. Aduz que na remota hipótese de manutenção da infração, os valores devem ser exigidos sob a sistemática do Simples Nacional, ao invés do regime normal, como fez a fiscalização. Por fim, requer a redução da multa para 60%, sob o entendimento de que o percentual de 100% do valor do tributo revela-se inadequado, inclusive diante dos princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Finalmente, pede que se declare a nulidade do Acórdão recorrido por preterição ao direito de defesa e, no mérito, cancelar integralmente o crédito tributário, conforme razões aduzidas.

Às fls. 410 a 412, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Dr.ª Maria Helena Mendonça Cruz, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que, da análise da Decisão recorrida, ao revés do quanto expendido pelo recorrente, verificou que inexistiu preterição ao direito de defesa, inociorrendo quaisquer das hipóteses ensejadoras de nulidade capituladas no artigo 18 do RPAF.

Quanto à infração 1, opina que os documentos acostados aos autos pelo autuante, mormente o de fl. 16, comprovam que o recorrente optou pelo Simples Nacional tão somente em 02/01/2012, inexistindo opções pelo citado regime em períodos anteriores. Assim, como os períodos objeto da autuação são anteriores à opção do contribuinte pelo Simples Nacional, a exigência subsiste.

No que tange à infração 2, aduz que a presunção de omissão de saídas encontra guarida na Lei do ICMS, porquanto a 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, como preceitua o artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, constituindo-se fato gerador do tributo, salvo se o contribuinte lograr elidi-la, mediante de prova que lhe cabe, mas que não foi trazida aos autos. Contudo, em sede de recurso, a autuada apresenta os mesmos argumentos, desprovidos de provas, já mencionados em sede de defesa e analisados pela Decisão recorrida.

Inerente à dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal, a PGE/PROFIS opina que o artigo 159 do RPAF prevê para apreciação do pleito que deverá o contribuinte fundamentar seu pedido em quaisquer das circunstâncias contidas em seu parágrafo primeiro, devendo ser acompanhado do pagamento do principal e acréscimos legais e dirigido à Câmara Superior do CONSEF, no prazo de 30 dias após a intimação da decisão do órgão julgador.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS de R\$ 432.409,82 em razão de: i) Deixar de recolher o ICMS no prazo regulamentar, no montante de R\$ 430.348,91, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, visto que não fez o conta corrente, considerando todas as entradas e saídas como “OUTRAS”, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2011; ii) Omitir saídas de mercadoria tributada, com ICMS exigido de R\$ 2.060,91, 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, nos exercícios de 2010 e 2011.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo recorrente sob o argumento de que a JJF decidiu a infração 1 amparada em indícios contraditórios, sem promover quaisquer investigações do ponto de vista probatório ou jurídico. Vislumbro que o Acórdão recorrido se fundamentou em documentos apensados aos autos, citados no voto, os quais atestam a opção a partir de 02/01/2012, como também que no período sob a ação fiscal (2008 a 2011) o contribuinte não era optante pelo regime do Simples Nacional. Logo, descabe a alegação de que a Decisão contrariou os princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais foram exercidos plenamente pelo contribuinte, tecendo alegações e anexando documentos.

Quanto às razões de mérito, no tocante à alegação de que o termo de opção é meramente declaratório, pois, nos termos da Resolução CGSN nº 4/2007, foram consideradas inscritas no Simples Nacional, de forma tácita, as “ME” e “EPP” que em 1º de julho de 2007 já eram optantes pelo regime tributário da Lei nº 9.317/96, e que neste contexto, desde 2008, encontrava-se enquadrada no Regime Especial do Simples Nacional, sem qualquer oposição do Fisco, não tendo contra si lavrado qualquer Termo de Indeferimento, devo ressaltar que melhor sorte não teve o recorrente, pois, conforme previsto no § 4º do artigo 18 da Resolução CGSN nº 4/07, “*Em julho de 2007, será disponibilizado, por meio da internet, o resultado da opção tácita de que trata este artigo*”.

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

§ 1º Para fins da opção tácita de que trata o **caput**, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.

§ 2º No mês de junho de 2007, a RFB disponibilizará, por meio da internet, relação de contribuintes optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que não tiveram pendências detectadas relativamente à possibilidade de opção pelo Simples Nacional.

§ 3º A verificação de que trata o § 2º implica o deferimento da opção tácita para o Simples Nacional, desde que as ME e EPP não incorram em nenhuma das vedações previstas nesta Resolução até 30 de junho de 2007.

§ 4º Em julho de 2007, será disponibilizado, por meio da internet, o resultado da opção tácita de que trata este artigo.

§ 5º A opção tácita realizada de conformidade com o **caput** submeterá o contribuinte à sistemática do Simples Nacional a partir de 1º de julho de 2007, sendo irretratável para todo o segundo semestre do ano-calendário de 2007, ressalvado o disposto no § 6º.

~~§ 6º Os contribuintes inscritos no Simples Nacional na forma do **caput** poderão cancelar sua opção até 31 de julho de 2007, mediante aplicativo específico disponível na internet.~~

§ 6º Os contribuintes inscritos no Simples Nacional na forma do **caput** poderão cancelar sua opção no período de que trata o **caput** do art. 17, mediante aplicativo específico disponível na internet. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 16, de 30 de julho de 2007)

§ 7º A opção tácita não exclui a responsabilidade do contribuinte quanto ao atendimento dos requisitos exigidos para o ingresso no Simples Nacional.

§ 8º Os contribuintes inscritos no Simples Nacional na forma do **caput** que incorram em pelo menos uma das situações impeditivas previstas nesta Resolução deverão cancelar sua inscrição no Simples Nacional na forma do § 6º.

§ 9º Ulterior exclusão do regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, não implicará anulação da opção tácita pelo Simples Nacional.

§ 10. Será disponibilizada aos Estados, Distrito Federal e Municípios a relação dos contribuintes referidos neste artigo para verificação quanto à regularidade para a opção pelo Simples Nacional.

Portanto, a opção tácita para o contribuinte se submeter automaticamente à sistemática do Simples Nacional, a partir de 1º de julho de 2007, dependeria de resultado que seria disponibilizado na internet. O fato é que os próprios documentos de Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), relativos aos exercícios de 2008 a 2011, que a recorrente apensa às fls. 328 a 335 como prova de suas alegações, depõem contra si, pois, consignam no campo “Período de Opção” a expressão “Contribuinte não optante”, fato este corroborado por Relatórios da DMA Consolidada do mesmo período, às fls. 12 a 15 dos autos, enviados pelo contribuinte e relativos ao regime normal de apuração; com o extrato do Simples Nacional de fl. 16 no qual consigna a opção efetuada em 02/01/2012, e os Dados Cadastrais do Sistema de Informações do Contribuinte da SEFAZ que comprovam a data de opção no Simples Nacional em 01/01/2012. Ademais, inexiste qualquer certidão dos órgãos envolvidos atestando sua opção no referido regime do Simples Nacional.

Assim, uma vez comprovado que o contribuinte, à época dos fatos geradores, não se encontrava enquadrado no Regime do Simples Nacional, mas, sim, sob o regime normal de apuração do ICMS, é devido o imposto nos moldes apurados pela fiscalização, às fls. 17 a 168, ou seja, após refazer o conta corrente do ICMS, sendo impertinentes os pleitos do recorrente para dedução do crédito acumulado do estabelecimento matriz, por não se tratar do mesmo estabelecimento autuado, e para utilização de crédito fiscal relativo às mercadorias tributadas constantes no seu estoque, no momento de inclusão no regime normal de apuração do ICMS, conforme Parecer nº 3010/2010, pois, como bem salientou a Decisão recorrida, o caso concreto difere do tratado no referido parecer, o qual se refere à hipótese de contribuinte que havia se enquadrado no Simples Nacional e depois desenquadrado, situação bem diferente do recorrente, o qual nunca esteve enquadrado no Simples Nacional à época dos fatos geradores sob análise, cujos créditos fiscais a partir de janeiro de 2008 até dezembro de 2011 foram devidamente concedidos, como comprovam os levantamentos fiscais, não havendo mais que se falar em crédito fiscais em qualquer momento deste interstício.

Entretanto, como dito na Decisão recorrida, o autuado poderá formular pedido específico para quitação do presente Auto de Infração com o crédito acumulado, devendo observar as normas específicas prevista na legislação.

No tocante à alegação recursal de que a fiscalização promovida se sujeita à restrição imposta pelo art. 146 do CTN, por deflagrar verdadeira alteração do critério jurídico de recolhimento, na medida em que desenquadra o contribuinte do Simples Nacional, entendo prejudicada em razão do já mencionado anteriormente, pois não houve modificação do critério de recolhimento, visto que o contribuinte nunca esteve enquadrado no Simples Nacional, à época dos fatos sob análise.

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Quanto à pretensão para que seja aplicado o disposto no parágrafo único do art. 100 do CTN, que determina a exclusão da imposição de penalidades, cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, uma vez que apenas 2012 houve oposição do Estado da Bahia em relação aos recolhimentos realizados 2008 a 2011, deixo de apreciar por se tratar de matéria de competência da Câmara Superior do CONSEF, conforme Parecer PGE/PROFIS.

Assim, diante de tais considerações, subsiste a primeira infração.

Por fim, no que diz respeito à segunda exigência, relativa 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 aos exercícios de 2010 e 2011, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, salvo prova em contrário de ônus do contribuinte, o que não ocorreu, haja vista que se limita apenas a alegar a existência de troca ou devolução de produtos, o que em nada justifica a constatação da omissão de receita apurada, uma vez que as operações originais deveriam ser comprovadamente documentadas.

Ademais, há de se ressaltar que a apuração do imposto exigido decorre do cotejo dos valores informados pelas administradoras de cartões com os valores das vendas declaradas pelo contribuinte sob a mesma modalidade de pagamento, pois só se devem comparar valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas declaradas com modalidade de pagamento através de cartão de crédito/débito devem ser confrontadas com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, não sendo lógico e nem pertinente se comparar todas as modalidades de pagamento de vendas (em espécie, cheque, tiket, etc.) com modalidade única de pagamento em cartão de crédito/débito. Em consequência, não tem cabimento a alegação recursal trazida pelo Patrono do sujeito passivo, na assentada do julgamento, para se compensar possíveis créditos existentes em meses anteriores, os quais não resultaram em imposto a se exigir, por existirem vendas declaradas maiores do que os valores de receitas informadas pelas instituições financeiras, salvo se todas as vendas fossem à modalidade exclusiva de pagamento em cartões de crédito/débito, o que não ocorreu.

Quanto à alegada apuração do imposto sob a sistemática do Simples Nacional, pelas razões já expostas encontra-se ultrapassada, assim como a sua pretensão de redução da multa, por ser de competência da Câmara Superior, conforme anteriormente analisado.

Do exposto, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298618.0001/12-0**, lavrado contra **ESCORPIUS CONFECÇÕES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (R VENTURA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$432.409,82**, acrescido das multas de 50% sobre R\$191.409,52; 60% sobre R\$238.939,32; 70% sobre R\$194,99 e 100% sobre R\$1.865,92, previstas no art. 42, incisos I, “a”; II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2013.

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS