

PROCESSO - A. I. Nº 298618.0002/12-6
RECORRENTE - ESCORPIUS CONFECÇÕES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (RVENTURA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº. 0066-02/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0295-12/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado tratar-se de valores escriturados no livro de apuração e não recolhido. Contribuinte não optante do regime diferenciado Simples Nacional deverá recolher o ICMS pelo regime Normal. Previsão legal para aplicação de multa pelo descumprimento da obrigação principal. Infração subsistente. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade do lançamento fiscal. Razões recursais incapazes de alterar a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o feito, nesta fase procedimental, da análise e julgamento do Recurso Voluntário, interposto contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JF Nº 0066-02/13, a qual, unanimemente, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/03/2012, para cobrar ICMS, no valor total de R\$135.983,60, decorrente das seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1: Deixar de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$133.221,59, acrescido das multas de 50% e 60%, nos meses de junho a setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro de 2010 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 ou débito em valor inferior ao que foi fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos meses de janeiro a novembro de 2010, janeiro a junho, agosto, novembro e dezembro de 2011, no valor de R\$2.762,01, acrescido das multas de 70% e 100%.

O autuado, através de advogado formalmente constituído, apresentou, tempestivamente, a impugnação ao Auto de Infração (fls. 221/237) e o autuante, às fls. 277/279, prestou a informação fiscal de praxe.

Em sequência, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

“A acusação do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, infração 01 e presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, infração 02.

Inicialmente observei que o autuado não recebeu cópias dos TEF diários (arquivos contendo as informações enviadas à Secretaria de Fazenda pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito) onde constam as operações comerciais individualizadas e que compuseram os valores informados no Relatório de Informações TEF – Anual, emitido pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito relativamente à infração 02. Submetido à análise pela 3ª JF, em pauta suplementar, decidiu-se pela conversão do PAF em diligência para sanear o vício formal identificado em fase instrutória. Cumprida a providência solicitada, foi reaberto o prazo de defesa (fl. 291). Neste sentido, mesmo não levantado pela defesa, foi sanado o erro de encaminhamento processual.

O autuado alega também, que a fiscalização não levou em consideração o crédito acumulado pelo estabelecimento matriz, no período de 2008 a 2011, que poderia ter sido transferido ao estabelecimento filial, para fins de redução do crédito tributário apurado sob o regime normal, ou ainda, que sendo submetida ao regime de apuração normal, em substituição ao Simples Nacional, 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.

Aduz que estes equívocos abordados pela defesa devem conduzir à nulidade do lançamento, nos termos do art. 18 do RPAF, por vício formal comprometendo a liquidez e segurança do crédito tributário exigido.

Observe que tal alegação trata-se de matéria atinente ao mérito e como tal será analisada.

Da análise dos autos vejo que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Observe, por conseguinte, que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Rejeito, portanto, preliminar de nulidade suscitada direta ou indiretamente pelo autuado, pois constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Não acolho o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito, visto que o sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo, e existem nos autos todos os elementos necessários ao meu convencimento. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, no tocante à infração 01, o autuado insurgiu-se contra o lançamento fiscal em análise, centrando sua defesa nos seguintes argumentos: I) que atende a todos os requisitos da Lei Complementar nº 123/2006, para recolhimento de seus tributos pelo Regime do Simples Nacional; II) que no período autuado (2009 a 2011) esteve devidamente enquadrado no citado regime de apuração e realizou o recolhimento dos impostos por este sistema; III) que apenas no ano-calendário de 2011 foi lavrado “Termo de Indeferimento de Opção”, capaz de influenciar no presente julgamento relativamente a pendência cadastral que foi regularizada; IV) que em relação aos demais exercícios (2009 e 2010), não há qualquer registro de exclusão ou termo de indeferimento da empresa do regime do Simples Nacional.

Do quanto foi exposto no relatório supra, percebe-se que o defendente fundamentou a sua impugnação exclusivamente no argumento de que estava à época dos ilícitos impugnados submetido às regras de apuração do imposto pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

O autuante em informação fiscal diz que consta do PAF documento fl. 207, consulta feita ao site da Receita Federal, informando que o contribuinte era “não optante na situação atual e em períodos anteriores” e que estava em análise o pedido de opção efetuado em 02/11/2011, não restando dúvida que de 01/07/2007 (início do Simples Nacional) até 31/12/2011 o contribuinte não se encontrava enquadrado no Simples Nacional. Tal condição só teria se efetivado, a partir do dia 01 de janeiro de 2012, data em que sanou as pendências consideradas impeditivas pela Receita Federal ao enquadramento no regime do Simples Nacional.

Esclarece também, que os documentos trazidos pelo autuado, folhas 249 a 256, são cópias da “Declaração Anual do Simples Nacional” das empresas que compõem o grupo cuja matriz está estabelecida no Rio de Janeiro, no exercício 2008, e que não consta o CNPJ do autuado – (14.409.510/0005-55).

Da análise dos autos constato que o sujeito passivo, conforme esclarece o autuante na informação fiscal, estava ciente de que não se enquadrava no Simples Nacional, tanto que encaminhou de forma regular as DMA – Declaração da Apuração Mensal do ICMS, cópias fls. 208/213, instrumento utilizado para encaminhar à SEFAZ, as informações econômico – fiscais das empresas que são submetidas à apuração do ICMS pelo regime normal. Além disso, escriturava os livros fiscais, cópia fls. 11/75. Vejo ainda no documento fl. 266 o indeferimento de opção do simples nacional em 06/01/2011 feito pelo autuado. Quanto ao Parecer anexo às folhas 273 e 274 observo que se refere à empresa diversa do autuado que havia se enquadrado no Simples Nacional e posteriormente se desenquadrado, o que não é o caso do contribuinte, já que o mesmo só se enquadrado em 01/01/2012.

Portanto, a mera alegação de que atendia a todos os requisitos da Lei Complementar nº 123/2006, para recolhimento de seus tributos pelo Regime do Simples Nacional e que no período autuado (2009 a 2011) esteve enquadrado no citado regime de apuração, não tem o condão de elidir a infração, por falta de apresentação dos elementos de prova.

Verifico que ao contrário do alegado, o contribuinte só logrou realizar parcialmente o recolhimento dos impostos pelo Simples Nacional, porque a DASN era emitida pelo estabelecimento matriz, situada no estado do Rio de Janeiro, considerando que a empresa autuada não se encontrava apta a realizar tais procedimentos, por não ser optante do referido regime.

Quanto ao fato de a empresa vir realizando recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, ainda que estivesse enquadrada no regime diferenciado, não a isentaria de recolher o imposto relativo a suas operações interestaduais para comercialização. É o que dispõe o art. 352-A do RICMS/BA. Acertadamente, o autuante abateu os valores recolhidos, a título de ICMS Antecipação Parcial, bem como, aqueles recolhidos pelo regime do Simples Nacional, 2009/2011, para apurar o imposto devido mensalmente, conforme demonstrativos, exercício 2010, fl. 77 e 2011 fl. 115.

Entendo correta a exigência do crédito que se encontrava omissa através do lançamento de ofício, inclusive para resguardar os interesses do Estado relativo aos efeitos da decadência.

Os elementos dos autos permitem concluir que com base nos documentos presentes no processo demonstra-se que, em verdade, o impugnante deve recolher o ICMS de acordo com a conta corrente fiscal, nos exercícios fiscalizados. Infração mantida.

A infração 02, diz respeito a presunção estampada no § 4º art. 4º da Lei nº 7.014/96, omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Para a apuração do imposto o autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles apresentados pela Redução Z do ECF do contribuinte, conforme planilha comparativa elaborada e apensada aos autos, relatório diário TEF fls. 156/205 e demonstrativo global das omissões fl. 206.

*Por ser a acusação uma presunção legal *jurus tantum*, o autuado apresentou como razões de defesa: I) que o fiscal levou em consideração apenas o saldo negativo entre os valores apresentados pelas operadoras de cartões e as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, porém, quando os valores das notas fiscais eram superiores aos das operadoras de cartões, a fiscalização não teria o cuidado de compensar esta diferença positiva - “crédito” com a diferença negativa - “débito” a fim de se fazer um balanço mensal real, para definir dessa forma, a base de cálculo. II) com base nesse raciocínio elabora um demonstrativo referente ao mês de janeiro/2010, fl.305, que diz ilustrar seu argumento, concluindo que o somatório mensal das notas fiscais emitidas superam as informações das administradoras de cartão em R\$350,50, III) que a omissão apurada pelo fiscal decorreu de corriqueiras transações de troca de produtos, seja por outros de valor mais baixo, ou por outros de valor superior cuja diferença era paga em dinheiro e ainda pela devolução de produtos defeituosos.*

Compulsando os autos, vejo que o autuante elaborou “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito, referente ao período fiscalizado, na qual, foram considerados em cada coluna, os valores mensais das vendas com cartão de crédito/débito constante da Redução Z; as vendas com cartões de crédito informados pelas administradoras; a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto e o imposto devido calculado à alíquota de 17%.”.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que o contribuinte cometeu engano em seus cálculos, utilizando todos os valores constantes da Redução Z, fazendo somatório mensal, com a inclusão das vendas pagas com dinheiro, cheques e cartões. Disse que no levantamento fiscal que elaborou, fez um comparativo das informações das administradoras de cartões e instituições financeiras, apenas verificando as vendas pagas com os cartões de débito ou crédito. Reiterou que os valores relacionados mensalmente no levantamento fiscal, na coluna “Vendas Redução Z” referem-se tão somente, às saídas pagas com cartão de crédito e débito, e não ao total de saída do mês com todas as suas formas de pagamento. Informou que o levantamento fiscal fls. 156/205,

foi elaborado operação por operação, com totalizações diárias, enquanto o contribuinte impugnou os valores considerando o total mensal, sob o entendimento equivocado de que suas vendas totais sendo superiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito, não haveria diferença. Mencionou que no demonstrativo fls.181/206, se verifica o detalhamento do somatório destas omissões diárias para cálculo do imposto devido.

Acato a conclusão do fiscal considerando que este procedimento encontra-se de acordo com a norma regulamentar e teve como suporte os livros e documentos fiscais apresentados pelo próprio contribuinte.

Quanto à solicitação do sujeito passivo de transferência de créditos de sua matriz para compensação do débito fiscal ora exigido na empresa autuado, embora haja previsão legal para o pleito, este procedimento não pode ser feito nesta fase processual. O contribuinte poderá requerer este feito junto a sua Inspetoria Fazendária caso preencha os requisitos do art. 108-A do RICMS/BA.

De igual forma, quanto a possíveis créditos existentes quando submetido ao regime de apuração normal, em substituição ao Simples Nacional, conforme 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, observo que esta providência poderá ser adotada em conformidade com a regra do art.101 do RICMS/BA., enquanto não decair seu direito de fazê-lo.

O contribuinte solicita também, a apuração do imposto sob a sistemática do Simples Nacional, ao invés do regime normal de apuração. Sobre a matéria, observo que as presunções de omissões de saídas de mercadorias tributáveis estampadas no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, como é o caso da infração 02, quando não elididas pelo autuado são consideradas infrações de natureza grave, perdendo o contribuinte o direito a qualquer benefício fiscal.

O autuado requer ainda, a exclusão da imposição de penalidades, da cobrança de juros de mora e da atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, que indefiro por falta de previsão legal.

Considerando que o autuado não trouxe elementos aos autos capazes de elidir a infração, considero a infração 02 subsistente.

O pedido de redução das multas, sob o argumento de que seria confiscatória não cabe nessa instância de julgamento administrativo fiscal, tendo em vista que tal arguição deve ser dirigida à Câmara Superior, vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal. Ademais, constato a legalidade da mesma, conforme está expresso no art. 42, Inciso I, da lei 7014/96, in verbis:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I – 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta de seu recolhimento nos prazos regulamentares: quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros próprios;”

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, visando a reforma do Julgado (fls. 344/362).

Inicialmente, destacou ter a Fiscalização entendido que o recorrente sempre esteve submetida ao regime normal de apuração do ICMS, apesar de ter recolhido os seus tributos por meio do programa Simples Nacional, não observando que o recorrente era optante do Super Simples e, após o advento da Lei Complementar nº 123/2006, houve migração para o Simples Nacional.

Asseverou que, por estar sujeita à migração automática para o Simples Nacional, sempre esteve dispensada de apresentar pedido de opção e, assim, um dos fundamentos utilizados para manutenção do lançamento na linha de que jamais esteve no SIMPLES NACIONAL, porquanto nas obrigações acessórias apresentadas por ela havia a informação de não ser optante pelo regime simplificado cai por terra, bastando acessar ao portal do SIMPLES NACIONAL, no campo de “perguntas e respostas”, para se verificar que é impossível para um contribuinte que não esteja enquadrado no regime, ou que, ao menos, não tenha apresentado pedido de adesão, consiga acessar o sistema, gerar guias e declarar os seus tributos.

A par disso, aduziu que, nos termos da Resolução CGSN nº 4/2007, todos os contribuintes enquadrados no regime do SIMPLES FEDERAL (e no âmbito estadual no SimBahia), migraram automaticamente para o SIMPLES NACIONAL e se encontravam dispensados de promover novos pedidos de enquadramento, fato que, mais uma vez, poderia ser encontrado, facilmente, via

internet, na base da Receita Federal do Brasil, tendo a fiscalização se pautado em informações apresentadas na Internet, sem, porém, fazer qualquer investigação aprofundada.

Daí, suscitou a preliminar de nulidade da Decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, pois, embora bem fundamentada, não promoveu quaisquer investigações, seja do ponto de vista probatório, seja do ponto de vista jurídico, posto que, mesmo diante de tais fatos, a Decisão simplesmente acatou as informações apresentadas pelo autuante (lançamento baseado em informações isoladas e descontextualizadas da Internet) e, imputando à Recorrente a obrigação de recolhimento do ICMS pelo regime normal de apuração, ignorado o fato de que teve integral acesso ao sistema do SIMPLES NACIONAL e que, no exercício de 2007 (conforme consta do próprio cadastro da SEFAZ), o recorrente enquadrava-se nos requisitos para migração para o SIMPLES NACIONAL.

Disse ter a JJF sido induzido em erro pela informação da fiscalização de que, na Declaração Anual do Simples Nacional, não constava o CNPJ do autuado, afirmando, no seu voto, só ter o contribuinte logrado realizar parcialmente o recolhimento dos impostos pelo Simples Nacional, porque a DASN era emitida pelo estabelecimento Matriz, contudo, esta, ao apurar o valor devido pelo Simples Nacional, apenas seguiu as diretrizes dispostas no Manual do PGDAS, disponibilizado no site da própria Receita Federal do Brasil.

Nesse contexto, requereu a declaração de nulidade do Auto de Infração, por violação expressa ao art. 18, do RPAF, o qual transcreveu.

Adentrando ao mérito, no que tange à infração 1, assegurou que a afirmativa da fiscalização de que deveria se submeter ao regime normal de apuração no período fiscalizado (2008 a 2011), porquanto jamais enquadrada no Simples Nacional, não prosperava, na medida em que o termo de opção seria meramente declaratório e que sempre atendeu a todos os requisitos materiais e formais elencados na legislação, inclusive irrestrito acesso ao sistema utilizado pelos contribuintes submetidos ao Simples Nacional, reproduzindo regras a que se submetem os contribuintes optantes do citado regime, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, afirmando que, desde 2008, se encontrava enquadrada, sem qualquer oposição do Fisco, seja da Receita Federal do Brasil ou da SEFAZ/BA.

Ressalvou que, desde então, todas as obrigações acessórias foram declaradas e processadas pela Receita Federal do Brasil, sob o regime especial do Simples Nacional e inexistindo qualquer irregularidade no Documento de Arrecadação do Simples Nacional – DAS, bem como na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, além do que o sistema não permitiria o recolhimento unificado, inclusive na Previdência Social, caso não houvesse o enquadramento no Simples Nacional, gerando a restrição de forma automática.

Assim, era inverossímil a alegação de que jamais esteve enquadrada no Simples Nacional, impossibilitando a exigência de crédito tributário desde 2009, como pretendeu a fiscalização, frisando que, desde 2008, o recorrente jamais teve quaisquer restrições à sua manutenção no regime.

Observou que, apenas no ano-calendário de 2011, foram apresentadas possíveis pendências à manutenção do regime, assim descritas: I) CNPJ 14.409.510/0001-21 - multa pelo atraso na entrega de obrigação acessória, no valor de R\$500,00 e II) CNPJ 14.409.510/0002-02 referente à pendência cadastral da filial no Rio de Janeiro, sendo a do item (I) devidamente quitada em 26/01/2011 e do item (II) se reportava a uma filial regularmente baixada em 01/05/1990.

Argumentou que, por precaução, frente ao princípio da eventualidade, na hipótese de manutenção do lançamento, existem algumas inconsistências no trabalho fiscal, já que não foi levado em consideração o crédito acumulado pelo estabelecimento matriz, no período de 2008 a 2011, no valor total de R\$138.025,76, o qual, nos termos da legislação aplicável, poderia ter sido transferido ao estabelecimento filial, para fins de redução do crédito tributário apurado sob o

regime normal, justificando não ter exercido essa faculdade anteriormente por estar apurando e recolhendo seus tributos sob o regime especial do Simples Nacional.

Assim, requereu que, na hipótese de manutenção da infração, fosse deduzido o crédito acumulado no estabelecimento matriz, no valor de R\$138.025,76.

Prosseguindo, consignou que, a partir da submissão ao regime de apuração normal, em substituição ao Simples Nacional, a fiscalização deveria ter observado o disposto no art. 330-A do RICMS/BA, vigente à época, o qual permitia a utilização de crédito fiscal relativo às mercadorias tributadas constantes do seu estoque, no momento de inclusão no regime normal de apuração do ICMS, sendo tal questão objeto do Parecer nº 03010/2010, de 26/02/2010, do próprio Estado da Bahia, reconhecendo a observância do procedimento encartado no dispositivo citado.

Logo, os equívocos abordados pela irresignação deveriam conduzir à nulidade do lançamento, nos termos do art. 18 do RPAF, por vício formal comprometendo a liquidez e segurança do crédito tributário exigido.

De outro lado, por sempre ter se pautado no âmbito do regime especial do Simples Nacional, cumprindo todas as obrigações acessórias, sem qualquer oposição do Fisco, até então, tornava-se perfeitamente aplicável o disposto no parágrafo único do art. 100 do CTN, o qual reproduziu, determinando a exclusão da imposição de penalidades, cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Alegou que, apenas em 2012, houve oposição do Estado da Bahia em relação aos recolhimentos realizados em 2008, 2009, 2010 e 2011, e que, mensalmente, a empresa recolhia e declarava o imposto sob o regime do Simples Nacional, sendo irrefutável o enquadramento no art. 100 do CTN e que a manutenção do presente lançamento ensejaria a declaração da falência da empresa, de pequeno porte, nesse passo, postulando a exclusão dos juros de mora e da penalidade relativos à infração.

Tangentemente à imputação 2, assegurou que, após intimado do conteúdo do relatório diário TEF, ponderou que a suposta omissão de receita seria resultado de uma fiscalização equivocada, porquanto o fiscal levou em consideração, apenas, o saldo negativo entre os valores informados pelas operadoras de cartões e as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte. Ocorre que, quando os valores das notas fiscais eram superiores aos das operadoras de cartões, a fiscalização não teve o cuidado de compensar tais diferenças positivas - “crédito” com as negativas - “débito” a fim de se efetuar um balanço mensal real, objetivando definir, dessa forma, a base de cálculo do ICMS.

Nessa linha de entendimento, elaborou um demonstrativo referente ao mês de janeiro/2010 (fl. 358), que disse ilustrar sua tese, concluindo que o somatório mensal das notas fiscais emitidas superavam os valores obtidos das informações das administradoras de cartão em R\$350,50.

Inexistiu qualquer separação por parte da fiscalização dos valores pagos a título de dinheiro, cheques ou cartões de crédito, restando claro ter sido a análise sumária por parte da fiscalização, enquanto para apuração de eventual omissão seria necessário o caráter abrangente e rigoroso do trabalho fiscal, levando-se em consideração todas as variáveis da atividade comercial, portanto, nulo o Auto de Infração ou improcedente no mérito.

Reiterou pedidos anteriores de apuração dos valores do lançamento através da sistemática do Simples Nacional e redução da multa de 100%, diante dos princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade para percentual não superior a 60%, citou e transcreveu doutrina do jurista Antônio Bandeira de Mello e concluiu pleiteando o conhecimento e o provimento do Recurso voluntário, para cancelamento integral do débito tributário objeto do Recurso.

Encaminhado o PAF à emissão de Parecer pela PGE/PROFIS, esta, através da Procuradora Dr^a Ângeli Maria Guimarães Feitosa, opinou pelo Não Provimento do Recurso (fls. 366/369), por

serem as razões recursais insuficientes para provocar modificação no julgamento proferido na primeira instância, não tendo o recorrente trazido prova nem argumentos jurídicos capazes de alterar a Decisão.

Destacou ser a imputação fiscal absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual, bem como ter o lançamento atendido a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF.

No mérito, ressaltou que, como bem exposto na Decisão recorrida, a opção pelo Simples Nacional do sujeito passivo autuado apenas passou a vigor a partir do ano de 2012, portanto, antes do deferimento da sua opção pelo sistema apontado, ou seja, período no qual se encontram inseridos os fatos geradores objeto do lançamento, estando, por conseguinte, o contribuinte sujeito ao regime normal de recolhimento do ICMS.

Quanto à infração 2, o recorrente não apresentou provas que afastassem a presunção de omissão de receitas tributáveis.

VOTO

Versa o Recurso Voluntário acerca da total irresignação do autuado em relação ao julgamento do Auto de Infração supra identificado, onde lhe é imputado o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS, as quais foram julgadas procedentes na primeira instância, cogitando da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (infração 1) e presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito (infração 2).

O Recorrente, como se infere do relatório, pretende modificar o julgado, sem, contudo, apresentar qualquer fato novo, insurgindo-se, genericamente, contra a ação fiscal e repetindo idênticos argumentos consignados na impugnação e já rechaçados na Decisão de piso, concentrando a sua tese recursiva em uma arguição de nulidade, que se apresenta, não apenas como preliminar, mas, também, como questão de mérito.

De plano, os pleitos de nulidades não podem prosperar, na medida em que a legislação tributária estadual vigente não lhe socorre, inexistindo, no caso versado, qualquer ofensa às normas tributárias.

Assim, quanto a preambular de cerceamento do direito de defesa, razão não assiste ao Recorrente, já que obedecido o processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, encontrando-se, a ação fiscal e o PAF, revestidos das formalidades legais, porquanto determinados, com clareza, o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, nessa linha, inexistindo qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, ressaltado o aspecto de que a exigência fiscal está fundamentada em diplomas legais vigentes, nos demonstrativos e demais documentos que fundamentam a autuação, restando inviabilizada qualquer dúvida quanto ao exercício do pleno direito de defesa.

Efetivamente, o que se depreende da procedimentalidade, conforme destacou a JJF, é que o recorrente fundamentou a sua impugnação, exclusivamente, no argumento de que se encontrava, à época dos ilícitos impugnados, submetido às regras de apuração do imposto pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Sucedendo que o documento de fl. 207, consulta realizada ao site da Receita Federal, informa que o contribuinte era “não optante na situação atual e em períodos anteriores” e que estava em análise o pedido de opção efetuado em 02/01/2012, nesse contexto, não restando dúvida que, no período

de 01/07/2007 (início do Simples Nacional) até 31/12/2011, o contribuinte não se encontrava enquadrado no Simples Nacional, o que ocorreu a partir de 01 de janeiro de 2012, data em que sanou as pendências consideradas impeditivas pela Receita Federal ao enquadramento no regime do Simples Nacional.

Constata-se, outrossim, que os documentos trazidos pelo autuado (folhas 249 a 256), são cópias da “Declaração Anual do Simples Nacional” das empresas que compõem o grupo, cuja matriz está estabelecida no Rio de Janeiro, exercícios de 2008 a 2011, explicitado, no campo data de opção, o registro “Contribuinte não optante”, somando-se a este fato que o sujeito passivo apresentou, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011, de forma regular, as DMA – Declaração da Apuração Mensal do ICMS (fls. 208/213), documento que fornece, à SEFAZ, as informações econômico-fiscais das empresas submetidas à apuração do ICMS pelo regime normal. De igual sorte, encontra-se, no PAF, comprovação de que o contribuinte escriturava o Livro Registro de Apuração de ICMS nos exercícios apurados no lançamento fiscal (fls. 11/75).

Disso resulta, como bem exposto na Decisão hostilizada e todos os elementos informativos constantes da ação fiscal conduzem a tal entendimento, de que a opção pelo Simples Nacional do sujeito passivo apenas se materializou a partir do ano de 2012, consoante se verifica dos documentos anexados ao feito, obtidos nos registro da Receita Federal do Brasil, concluindo-se, sem margem a dúvidas, que antes do referido enquadramento, ou seja, no período em que estão inseridos os fatos geradores da autuação, encontrava-se o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração e recolhimento do ICMS, e no âmbito desse regime deveria proceder ao recolhimento do tributo, objeto do presente lançamento fiscal.

Referentemente à postulação alternativa de transferência de créditos apurados na escrita fiscal do estabelecimento matriz para favorecimento do autuado, comungo com o entendimento manifestado na Decisão de piso, de que a compensação, embora haja previsão legal para o pleito, não pode ser efetuada nesta fase processual, devendo o contribuinte requerer este procedimento junto à sua Inspetoria Fazendária, caso preencha os requisitos do art. 108-A do RICMS/BA.

De outra parte, também não pode ser acolhido o pedido do recorrente acerca da exclusão da imposição da penalidade da cobrança de “acessórios”, juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, por estarem previstos e legalmente enquadrados na seara da legislação tributária do Estado.

Tangentemente à infração 2, o Recorrente se concentrou na tese de que a metodologia utilizada pelo autuante, efetuando o confronto das informações diárias com os valores fornecidos pelas administradoras, seria incompatível com a hipótese de presunção legal prevista na legislação tributária vigente à época dos fatos, sustentando que deveria ter sido comparado o valor das vendas declaradas mensalmente pelo contribuinte com aquele informado pelas administradoras de cartão, demonstrando que não houve omissão de saída de mercadoria tributada, uma vez que os valores das vendas informadas ao Fisco foram superiores aos apontados pelas administradoras dos cartões de crédito/débito.

Ocorre que tal arguição não tem fundamento legal, salientando que a legislação do Processo Administrativo Fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito à impugnação do lançamento mediante a produção de elementos probantes demonstradores da verdade material, o que, na espécie versada, expressar-se-ia através de uma conciliação (casamento) das informações contidas no TEF – Relatório Diário de Operações com as notas ou cupons fiscais emitidos para cada operação autorizada pelas operadoras dos cartões de crédito/débito, apontadas individualmente no referido relatório, o que não foi efetuado.

Logo, dúvidas inexistem de que o lançamento tributário se encontra amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, dispondo expressamente:

“... 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”.

Ademais, estatui o artigo 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/BA:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

....

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

Inconfigurados tais aspectos, resulta a presunção de veracidade da imputação, pois a mera negativa do cometimento da infração e/ou alegações desacompanhadas de provas documentais não se apresentam suficientes para elidir a legitimidade da autuação fiscal, de acordo com o art. 143 do RPAF/BA, no específico, não conseguindo o autuado se desonerar da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Quanto à pugna pela redução das multas, sob a alegação de que seria confiscatória, não cabe tal apreciação a esta instância de julgamento administrativo fiscal, devendo ser dirigida à Câmara Superior, vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal.

A par disso, não merece guarida a argumentação de ter sido aplicada multa, com efeito, confiscatório, da sua inconstitucionalidade e desproporcionalidade, na medida em que tal sancionamento se encontra taxativamente previsto no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sob o qual não paira qualquer pecha de inconstitucionalidade, quer por irrazoabilidade, quer por desproporcionalidade dos percentuais nele elencadas.

Por último, falece competência a este Órgão colegiado para se manifestar sobre as arguições de inconstitucionalidades da peça recursal, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA.

Concludentemente, a manutenção do entendimento sufragado pela Decisão da 2ª JF é medida que se impõe, não passível de qualquer tipo de reforma, por se encontrar em estrita consonância com os ditames legais.

E, via de consequência, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **298618.0002/12-6**, lavrado contra **ESCORPIUS CONFECÇÕES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (RVENTURA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$135.983,60**, acrescido das multas de 50% sobre R\$31.185,01, 60% sobre R\$102.036,58, 70% sobre R\$247,53 e 100% sobre R\$2.514,48, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS