

PROCESSO - A. I. Nº 178891.0010/05-0
RECORRENTE - R. R. PASSOS ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0350-04/05
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 28/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0459-11/05

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DECLARAÇÃO DE SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS NÃO REGISTRADAS. Existência de vício na instrução do processo inquina de nulidade o julgamento de 1ª Instância. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL. MULTA. Infração caracterizada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra o Acórdão nº 0350-04/05, da 4ª JJF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou Procedente o presente Auto de Infração lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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 administrativa de cartão de crédito.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Em preliminar, o recorrente suscitou a nulidade do processo, por cerceamento ao seu direito de defesa, em razão da negativa da Junta de Julgamento Fiscal em realizar a prova pericial que requerera na sua impugnação ao lançamento.

Arguiu que a presunção estabelecida no parágrafo 3º, inciso VI, do art. 2º, do RICMS é inadequada, uma vez que a divergência entre os valores das vendas apuradas e os valores das vendas por meio de cartão de crédito não pode conduzir à presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis, até porque as receitas das empresas são originárias de vendas de mercadorias não tributadas, de mercadorias tributadas, da substituição tributária e da prestação de serviços.

Disse que o fisco estadual, além de ter utilizado presunção, para reclamar o pagamento do ICMS indevido arbitrou a base de cálculo do tributo, sem que tivesse ocorrido qualquer das hipóteses legais que autorizariam tal procedimento, e citou Decisão da 2ª Câmara Permanente do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Pará.

Reconheceu que no mês de maio/2004 realmente não emitiu nenhum cupom fiscal, mas argumentou que o cálculo apresentado pelo autuante em relação a este mês está incorreto, pois se trata de empresa optante do SimBahia.

Quanto ao outro item do Auto de Infração, ou seja, a falta de emissão de cupom fiscal, que foi substituído pela emissão de nota fiscal de venda ao consumidor, alegou que é totalmente improcedente, pois o fato não configura infração e decorreu da impossibilidade momentânea da emissão do cupom fiscal, e, como não houve, no caso, dolo, fraude ou simulação, nem falta de recolhimento do tributo, tanto que o autuante não fez qualquer alusão neste sentido, o art. 158 do RPAF/99, permite a redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigação acessória.

Concluiu solicitando a nulidade do processo por cerceamento de defesa, ou a total improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, sustentou que não há que se falar em nulidade do processo, por cerceamento de defesa em face do indeferimento do pleito pericial, posto que no caso encontram-se nos autos todos os elementos probatórios necessários para a comprovação da infração fiscal, e que o exercício da ampla defesa e do contraditório foi assegurado ao sujeito passivo.

Aduziu que, na hipótese dos autos, em que pese o sujeito passivo ter alegado a incorreção dos valores apontados pela autuação, não apresentou, em momento algum do processo, prova da referida alegação, e, na apuração do débito realizada pelo fiscal autuante, foi observada a condição do autuado de optante pelo regime simplificado de apuração do imposto – SimBahia e, assim, lhe foi concedido o crédito de 8% a que faz jus.

Quanto à alegação de existência de arbitramento indevido da base de cálculo, afirmou que esta não pode prosperar, uma vez que, no presente caso, verifica-se que tal procedimento não fora adotado, pois o autuante utilizou-se do confronto entre as vendas em ECF indicadas como pagas em cartões de crédito/débito, somadas às notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e os valores mensais fornecidos pelas operadoras de tais cartões para chegar a base de cálculo devida, a partir das diferenças apuradas.

No que tange à infração 2, pontuou que a legislação prevê a aplicação da multa em caso de emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, estando correta a exigência fiscal, acrescentando que, em nenhum momento, o autuado provou a impossibilidade momentânea de emissão do competente cupom fiscal.

Opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Conforme se verifica do Auto de Infração em análise, a questão posta nos autos diz respeito à diferença constatada pela fiscalização entre o movimento de vendas efetuadas através de cartões de débito e/ou crédito declarado pelo recorrente e o fornecido pelas Administradoras de Cartões de Créditos nos exercícios de 2003/2004 e, multa por descumprimento de obrigação de natureza acessória, relativa a registro de vendas com notas fiscais série D1, em detrimento do uso do ECF, equipamento de uso obrigatório na atividade comercial do sujeito passivo.

O contribuinte autuado, irresignado com a Decisão de Primeira Instância, interpõe Recurso Voluntário suscitando, em preliminar, a nulidade da Decisão recorrida em face do cerceamento do seu direito de defesa, em razão do indeferimento do seu pedido de perícia formulado na peça impugnatória.

Ora, o pedido de perícia não pode ter espeque em mera negativa do cometimento da infração ou então, que o trabalho fiscal não espelha a realidade operacional da empresa, escusando-se de apresentar as provas dos vícios que lhe incumbe apontar, em face do ônus probatório a cargo de quem alega a inexistência do fato probando. Isto porque, embora prevista no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a realização de perícia está vinculada à demonstração cabal da insuficiência da prova documental para imprimir certeza ou convicção quanto à verdade dos fatos deduzidos no processo.

Outro não é o sentido da norma expressa no art. 145 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, *in verbis*:

“Art. 145. O interessado ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular

no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço.”

Demais disso, o lançamento de ofício goza da presunção de legitimidade, em face das provas pré-constituídas pela autoridade fiscal nos autos do procedimento. Logo, cabe ao sujeito passivo desincumbir-se da tarefa de elidir a acusação indicando os pontos de discordância e com isso deduzir os fatos sobre os quais versará o litígio, devendo no ensejo, apresentar as provas de que dispuser. Esta é a dicção do art. 143 do RPAF/99, ao estabelecer que, “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*”

Com efeito, não pode ser acolhido o pleito do recorrente, porquanto em momento algum logrou demonstrar a necessidade do exame pericial. Sequer apontou concretamente qualquer vício no levantamento fiscal que pudesse justificar minimamente o seu pedido.

Entretanto, a análise do mérito da exigência fiscal relativa ao item 1 do Auto de Infração encontra-se prejudicada, tendo em vista a constatação de vício formal que, a meu ver, macula de nulidade a Decisão recorrida. Vejamos.

Conforme demonstrado, a ação fiscal teve como fundamento a confrontação das vendas efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito declaradas pelo sujeito passivo, com as informações prestadas ao fisco pelas Administradoras de Cartões de Créditos.

Essas informações são transmitidas ao fisco através de relatórios analíticos diários da movimentação comercial do contribuinte, sendo estes, comparados com a redução Z do equipamento emissor de cupom fiscal do estabelecimento fiscalizado.

É fato, portanto, que tais relatórios constituem prova material, a qual deverá ser coligida pela autoridade fiscal aos autos do procedimento administrativo de lançamento, e dela deve ter conhecimento o contribuinte autuado, sob pena de ter cerceado o seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

Compulsando os autos do presente processo encontrei às fls. 34 e 35, os documentos denominados “Relatórios de Informações TEF – Anual” com informações sintetizadas mensalmente relativas aos exercícios fiscalizados(2003/2004). É evidente que esse relatório não supre a necessidade de oportunizar ao autuado exercer o seu direito de defesa convenientemente.

Este colegiado já firmou jurisprudência nesta matéria no sentido da imperiosa necessidade de que o contribuinte possa ter acesso aos relatórios analíticos produzidos pelas Administradoras de Cartões de Créditos, sob pena de nulidade do lançamento de ofício.

Como se trata, a meu ver, de vício sanável, impende ao órgão julgador de primeira instância na sua atividade instrutória, determinar as providências necessárias ao saneamento do processo.

Isto posto, dou Provimento ao Recurso Voluntário para declarar a nulidade da Decisão da 1ª JF consubstanciada no Acórdão JF nº 0350-04/05, por cerceamento ao direito de defesa em relação ao item 1 do Auto de Infração em epígrafe, devendo os autos retornar ao órgão julgador de Primeira Instância para novo julgamento a salvo dos vícios que levaram à nulidade da Decisão recorrida.

Em relação à infração indicada no item 2 da autuação, consistente na emissão de notas fiscais série D-1, em detrimento do cupom fiscal de emissão obrigatória pelo contribuinte, em face da sua condição de comerciante varejista, não merece reparo a Decisão “*a quo*”, posto que a penalidade aplicada à espécie, está prevista no art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96.

Efetivamente, o recorrente não logrou provar em momento algum a impossibilidade eventual do uso do ECF a que está obrigado por força do disposto no art. 824-D, II do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, razão pela qual, considero não elidida a acusação fiscal. Por outro lado, não vejo razão plausível para conceder-lhe o benefício da exclusão ou mesmo redução da penalidade, visto que não ficaram caracterizadas, no caso, as circunstâncias previstas no art. 158 do RPAF/99,

pelo que não dou Provimento ao Recurso Voluntário em relação a este item da autuação.

Por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento do item 1 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **178891.0010/05-0**, lavrado contra **R. R. PASSOS ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo o PAF retornar à 1ª Instância para novo julgamento do item 1 do Auto de Infração e o recorrente ser cientificado da presente decisão na forma regulamentar.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS