

PROCESSO - A. I. Nº 118973.0085/05-1
RECORRENTE - TRINCO PRESENTES E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICS ESTSDUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO - Acórdão 4ª JJF nº 0464-04/05
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 06/04/2006

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0120-12/06

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em 18/07/2005, para exigir ICMS no valor total de R\$6.590,45, em razão da 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.

O autuado ingressa com defesa, argumentando que não pode subsistir a infração apontada no que tange às alegadas omissões ocorridas nos meses de julho/setembro/novembro e dezembro de 2004 uma vez que a máquina ECF estava quebrada tendo o autuado emitido regularmente as notas fiscais de venda.

Ressalta que o preposto fiscal deixou de abater dos valores utilizados como base da autuação de diversas operações de prestação de serviço, sobre as quais incide apenas o ISS. Para comprovar tais fatos, apresenta cópias de notas fiscais de vendas, acompanhadas da 1ª via do comprovante de operação com cartão de crédito e requisita perícia a ser realizada pela ASTEC.

Acrescenta que houve inconsistência nos dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, que são totalmente distintos dos informados pelo contribuinte. Dando continuidade à sua defesa, assevera que existem diferenças absurdas entre os valores informados pelo autuante em sua planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito, nos campos vendas com cartão constante da redução “Z” e venda com cartão informada pelas administradoras.

Ao final, reclama da multa aplicada, a qual classifica como confiscatória e pede que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal às fls. 349 a 352 salientando o seguinte:

- O impugnante deixou de comunicar à Secretaria da Fazenda que a máquina estava quebrada, através de termo de intervenção para conserto da referida máquina.

- Deixou de computar os meses de janeiro, fevereiro e março de 2004 por sonegação de informações por parte do contribuinte, pois, de acordo com a intimação, folha 08, este deveria apresentar tais informações.
- Na Planilha, só foram computadas as vendas e abatidas as prestações de serviços, tanto da coluna das reduções “Z” quanto da coluna informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, rejeito o pedido de diligência à ASTEC formulado pelo autuado tendo em vista que os elementos constantes do processo são suficientes para formar a minha convicção conforme disposto no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Neste lançamento exige-se ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo autuado e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito.

(Cita e transcreve o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014)

O autuado alega que nos meses de julho/setembro/novembro e dezembro de 2004 a máquina ECF estava quebrada, entretanto, ao verificar o atestado de intervenção constante da sua peça defensiva, folha nº 48, constatei que o período sob intervenção é iniciado e concluído no dia 25/03/2004, portanto, antes do período fiscalizado.

Quanto às operações de prestações de serviços em que incidem somente o ISS, ressalto que o autuante retirou estes valores da base de cálculo, conforme planilhas anexas as folhas 12 a 25 do presente PAF, comparando-se os valores constantes do relatório TEF anual, folha 11, com os apresentados na planilha comparativa anexa à folha 07.

Quanto à multa aplicada saliento que não possui efeito confiscatório e está legalmente prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

No Recurso Voluntário o recorrente, em sede de preliminar, destaca uma grave irregularidade cometida na instrução do PAF, posto que o contribuinte autuado, ao arrepio da lei, não foi intimado a se manifestar acerca das informações apresentadas pelo fiscal autuante às fls. 349 a 352 dos autos. Com efeito, afirma, nas referidas informações fiscais o autuante se manifestava sobre os documentos apresentados pelo defendente, ora recorrente, nada menos que aproximadamente 290 notas fiscais de serviços cujos valores não foram abatidos da redução Z do contribuinte autuado. Tal procedimento, prossegue, consistente na não intimação do contribuinte autuado, importa em grave equívoco que macula com o vício da nulidade o presente processo, posto que foi negado ao contribuinte seu direito de ampla defesa e ao contraditório, ambos constitucionalmente assegurados, senão vejamos o quanto disposto nos incisos LIV LV do art. 5º da CF (transcreve). Concluindo, diz que tais princípios são absolutos, devendo ser observados, sob pena de nulidade do processo, seja ele judicial ou administrativo.

No mérito, destaca que, com efeito, o fiscal autuante afirma que computou todos os valores relativos aos serviços prestados, abatendo da redução Z e da coluna das informações das operadoras os referidos valores, mas não colaciona aos autos nenhum demonstrativo de que as aproximadamente 290 notas fiscais de serviços, colacionadas aos autos com as razões de defesa foram efetivamente computadas, restringindo-se apenas a fazer referência às planilhas de fls. 12 a 25 dos autos, sem observar que as notas fiscais colacionadas aos autos com as razões de defesa não são as mesmas ali referidas. Ressalta que a não apreciação das notas fiscais colacionadas junto às razões de defesa foi o único motivo de ter sido requerido a remessa dos autos à ASTEC para realização de diligência, requerimento que foi negado pela JJF sem que qualquer maior explicação fosse oferecida ao contribuinte.

Quanto aos meses de julho, setembro, novembro de dezembro de 2004, diz que, malgrado o contribuinte, por equívoco, não tenha informado que o ECF encontrava-se sob intervenção técnica, nenhum prejuízo foi trazido ao FISCO, pois as operações realizadas nesse período foram regularmente escrituradas no LRS, tendo sido recolhido todo o ICMS incidente, consoante se observa das cópias anexas.

Concluindo diz que *“evidencia-se a não mais poder, ante as razões defensivas apresentadas, ora expressamente reiteradas, bem como nas razões do Recurso Voluntário, que a remessa do presente feito à ASTEC constitui-se em diligência essencial ao alcance da verdade material, objetivo principal do processo administrativo fiscal, pois tal diligência irá evidenciar que o contribuinte foi autuado em valores muito superiores aos alegadamente devidos”*. Requer a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que: (I) na questão relativa à suposta quebra da ECF não há como emprestar guarida à tese do recorrente, pois, conforme se verifica do documento acostado à fl. 48, o período de intervenção é anterior ao período fiscalizado; (II) caberia ao autuado comunicar via internet à SEFAZ a necessidade de manutenção do equipamento e solicitar a cessação do seu uso, o que não foi realizado. (III) no tocante à não dedução nos valores utilizados para apuração o do imposto das operações relativas à prestação de serviços, os valores foram devidamente expurgados, conforme se verifica das planilhas 12 a 25; (IV) em relação à multa, igualmente não se configura a nulidade do procedimento em razão do contribuinte entendê-la confiscatória, pois é aplicada em cumprimento de lei emanada da do Legislativo.

VOTO (Vencido à preliminar de nulidade)

Argúi, o recorrente, preliminar de nulidade, destacando grave irregularidade cometida na instrução do PAF, posto que não foi intimado a se manifestar acerca das informações apresentadas pelo autuante às fls. 349 a 352, ao se manifestar sobre 290 notas fiscais de Serviços cujos valores, alega, não foram abatidos da redução “Z”.

De fato, compulsando o processo, verifico que realmente o fiscal autuante apresentou novo demonstrativo ao se manifestar às fls 349 a 352. O RPAF dispõe expressamente no § 7º do art. 127: *“Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18”*.

Em face do exposto, evidenciando o flagrante cerceamento do direito de defesa do contribuinte, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para julgar NULA a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância para a devida intimação do recorrente, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, como requerido.

Vencido na preliminar, passo a emitir meu voto quanto ao mérito da autuação, no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário, pelas razões que se seguem. Embora reconheça ao recorrente o direito à ciência da manifestação do fiscal autuante, o que inocorreu, tal fato, no entanto, não acarretou prejuízo ao contribuinte, vez que, o autuante demonstrou que foram consideradas em seu levantamento todas as notas fiscais de prestação de serviços anexadas ao processo pelo autuado. E também, o demonstrativo realizado pelo fiscal não traz nenhuma inovação, apenas normatiza os dados numéricos, em nada modificando o valor do débito fiscal. No mérito, como bem fundamentou o ilustre procurador fiscal, com referência à quebra do ECF, o fato é anterior ao período fiscalizado, e mesmo assim, caberia ao autuado promover, pelos meios disponíveis, a solicitação de conserto e suspensão da utilização do equipamento. Os valores correspondentes à prestação de serviços foram expurgados. Quanto à alegação do caráter confiscatório da multa aplicada, este Conselho de Fazenda não tem competência para se manifestar ou deliberar sobre o assunto.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida inalterada.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade)

Peço *venia* ao nobre Conselheiro relator para dele discordar no que concerne à alegação de suposta nulidade da decisão de primeira instância, em razão de não ter sido aberta vista ao ora recorrente acerca da informação fiscal, apresentada pelo autuante.

Inexiste qualquer preliminar de nulidade no caso vertente. Senão, vejamos.

Compulsando os autos, verificamos que, na informação fiscal, o fiscal autuante não colacionou aos autos qualquer “*novo demonstrativo ou levantamentos*”, à luz do § 7.º, do art. 127, do RPAF, mas, tão somente, um simples quadro elucidativo, o qual manteve exatamente o valor constante, *ab initio*, do Auto de Infração.

Inexistiram fatos, documentos ou valores novos no bojo da informação fiscal que compelissem a primeira instância a conceder vista ao ora recorrente, ou seja, inocorreu qualquer violação à citada norma regulamentar e, conseqüentemente, ao direito à ampla defesa e ao contraditório, como alude o recorrente.

Pari passu, insta observar que o próprio recorrente ingressou no âmbito meritório da presente autuação, defendendo-se naquela seara, não lhe tendo sido, como já dito, causado qualquer cerceamento do direito de defesa.

Ex positis, em face das razões supra expendidas, votamos no sentido de REJEITAR a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, devendo, pois, ser apreciado o *meritum causae* da presente autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto a matéria enfrentada em preliminar e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 118973.0085/05-1, lavrado contra **TRINCO PRESENTES E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.590,45**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade): Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa Nova, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade): Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS