

**PROCESSO** - A. I. Nº 108875.0007/05-1  
**RECORRENTE** - ITALIAN PIZZA EXPRESS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0425-04/05  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 02/05/2005

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0130-11/06

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela procedência do Auto de Infração. Comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não ter-lhe sido fornecido relatório diário analítico das informações TEF, possibilitando o cotejamento dos seus dados escriturais com os fornecidos pelas instituições financeiras e de cartões de créditos. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para saneamento do processo e posterior julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Declarada de ofício a Nulidade da Decisão recorrida. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0425-04/05, pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$17.057,09, em razão da 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, inerente ao período de fevereiro a dezembro de 2004.

A Decisão recorrida foi de que da análise dos elementos constantes nos autos, verifica que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39 do RPAF/99.

Foi ressaltado que 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 créditos e de débitos, consoante disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Salienta que o autuado alega que não há compatibilidade de programa do ECF para demonstrativo da forma de pagamento de cartão de crédito, todavia, o § 7º do art. 238 do RICMS determina que *“Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação”*.

Em seu Recurso Voluntário, o recorrente, inicialmente, sustenta que o Acórdão busca supedâneo para a manutenção do Auto de Infração em mera presunção, esta *juris tantum*, e que não pode ser mantida em face da efetiva comprovação em sentido contrário. Destaca que a obrigação tributária decorre da ocorrência de fato gerador, e não de mera presunção do mesmo.

Ressalta que a documentação acostada comprova que o recorrente cumpriu as determinações legais, efetuando o recolhimento das verbas referentes ao ICMS.

Defende absurdo se presumir, como fez o autuante, o fato de que se não havia a discriminação do *quantum* que foi pago sob a origem arrecadatória de cartão de crédito e débito, então não houve o pagamento do ICMS.

Aduz que se esqueceu o agente fiscal de presumir, e dessa forma em caráter *juris et de juris*, que na existência de dúvida se opera em favor do réu. Enfatiza que, conforme documentação anexa aos autos, sempre recolheu devidamente o valor referente ao ICMS, o que o faz através do SimBahia, levando em consideração a sua receita bruta, donde se comprova que o valor declarado como receita abrange as vendas com cartão de crédito e débito, o que se desincumbe do ônus probatório, requerendo, assim, a desconstituição / anulação do Auto de Infração.

Reitera seu argumento de que o sistema operacional utilizado pelo recorrente, homologado pela SEFAZ, não permite a discriminação da forma como a venda foi realizada.

Alega que sua renda bruta no ano de 2004 totalizou R\$683.707,92, valor superior ao obtido pelo autuante, pelo fato do faturamento anual bruto abranger todas as vendas efetuadas, inclusive as realizadas através de cartão de crédito (R\$217.256,06).

Defende que a Decisão recorrida busca fundamentação no art. 238, § 7º, do RICMS, para manter o Auto de Infração, ou seja, utiliza-se de uma obrigação acessória como fato gerador de uma obrigação principal, do que entende viciado o Auto de Infração, eis que fere o Princípio da Legalidade, motivo pelo qual deve ser desconstituído / anulado.

À fl. 91 dos autos, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr<sup>a</sup>. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, considera relevante a conversão do processo em diligência, a fim de que seja intimado o auditor fiscal responsável pelo lançamento em apreço, para que junte aos autos o relatório detalhado das operações realizadas durante todo o ano de 2004 pelo autuado, no qual minuciosamente demonstra-se a forma de pagamento de cada venda efetuada, devendo ser cientificado o contribuinte desse novo documento, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar.

Em Pauta Suplementar, em 16/02/2006, esta 1ª CJF decidiu pela desnecessidade da realização da diligência sugerida pela PGE/PROFIS, uma vez que por se tratar de uma documentação que venha a sanar o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, anteriormente ocorrido, visto que o Relatório de Informações TEF, mês a mês, não possibilitava ao sujeito passivo, por inteiro, o cotejamento dos seus dados escriturais com os fornecidos pelas instituições financeiras, fazia-se necessário que tal providência saneadora fosse ainda tomada antes do julgamento realizado, para que não haja supressão de uma das duas instâncias legalmente previstas no processo administrativo fiscal.

Em nova manifestação, a PGE/PROFIS, às fls. 95 a 99 dos autos, através do Dr. José Augusto Martins Júnior, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por ter o contribuinte, desde 01/01/2003, obrigação acessória de registrar as vendas através de cartão, separando-as das outras vendas por outros meios de pagamento, conforme previsto no § 7º do art. 238 do RICMS.

Defende que o recorrente esquivou-se sucessivamente de fazer a prova contrária à presunção legal, ora discorrendo sobre a legalidade da obrigação acessória instilada e, por derradeiro, desprezando o relatório minucioso das operações TEF e por administradoras de cartões de crédito dia a dia, devidamente compiladas.

## VOTO

Trata-se de lançamento de crédito tributário para exigir o ICMS 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 fevereiro a dezembro de 2004, 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.

O recorrente, em seu Recurso Voluntário, dentre outras alegações, sustenta que o sistema operacional por ele utilizado, homologado pela SEFAZ, não permite a discriminação da forma como a venda foi realizada. Defende que tal obrigação, prevista no art. 238, § 7º, do RICMS, é meramente acessória, não servindo como fato gerador de uma obrigação principal, do que entende viciado o Auto de Infração, por ferir o Princípio da Legalidade, motivo pelo qual deve ser desconstituído ou anulado.

A PGE/PROFIS, inicialmente, considera relevante que junte aos autos o Relatório de Informações TEF, no qual demonstre, analiticamente, a forma de pagamento de cada venda efetuada pelo autuado, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar.

Diante de tais considerações, observo que o contribuinte teve dificuldade para se defender da acusação fiscal, uma vez que deveria lhe ter sido entregue relatório analítico, discriminando as suas operações diárias por instituição financeira e por administradora de cartão de crédito, de forma que pudesse lhe oportunizar condições de comprovar que a operação, apesar de não consignada como pagamento em cartão de crédito, foi, efetivamente, registrada e recolhida a tributação, através de outra modalidade de pagamento, ensejando, apenas, um descumprimento de obrigação acessória.

Contudo, para restabelecer o direito de defesa do contribuinte, deveria o referido relatório ter sido fornecido ao sujeito passivo, para o cotejamento dos seus dados escriturais com os fornecidos pelas instituições financeiras, antes do julgamento da 1ª Instância realizado, para que não houvesse supressão de uma das duas instâncias legalmente previstas no processo administrativo fiscal, sob pena de se configurar violação à ampla defesa e ao contraditório.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, declaro a NULIDADE da Decisão recorrida, retornando-se os autos à Primeira Instância para que se providenciem as medidas saneadoras necessárias ao devido processo legal, ou seja, fornecimento ao contribuinte dos Relatórios Analítico de Informações TEF – Diárias e reabertura do prazo de defesa, para só após se realizar novo julgamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **108875.0007/05-1**, lavrado contra **ITALIAN PIZZA EXPRESS LTDA.**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento, após as providências saneadoras necessárias.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

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