

PROCESSO	- A. I. Nº 232953.0042/05-1
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DALI COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (SALVADOR DALI)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0479-02/05
ORIGEM	- INFAZ IGUATEMI
INTERNET	- 06.06.06

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0183-11/06

**EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. 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 parcial 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 **PREJUDICADO**. Declarada, de ofício, a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0479-02/05, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$92.215,77, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada 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, inerente aos exercícios de 2003 e 2004.

A Decisão recorrida, após sustentar que o autuado tivera a oportunidade de mitigar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas que lhe fora imputada, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$11.324,05, por entender que no período que antecede à vigência do Decreto nº 8.882 de 21/01/2004, que estatuiu a exigência da indicação no cupom fiscal do meio de pagamento, a presunção, em questão, só poderá ocorrer se as vendas no período forem inferiores às informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito. Assim, por constatar que no período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004, em todos os meses, os totais das saídas foram superiores ao montante de vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito, entendeu a JJF que neste período não cabe a exigência fiscal, reduzindo o débito de R\$24.753,40, corrigido na informação fiscal após considerar a “alíquota” de 5%, para R\$11.324,05, relativo ao período de abril a dezembro de 2004, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

À fl. 279 do PAF o contribuinte foi cientificado que seu Recurso Voluntário foi apresentado intempestivo. Já às fls. 285 a 289 dos autos, constam que o sujeito passivo optou pelo parcelamento do débito consignado na Decisão recorrida.

## 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 aos exercícios de 2003 e 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.

A Decisão recorrida foi de que antes da vigência do Decreto nº 8.882, de 21/01/2004, que estatuiu a exigência da indicação do meio de pagamento no cupom fiscal, a presunção só poderia ocorrer se as vendas fossem inferiores às informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, uma vez que a Alteração nº 38, de 30/12/2002, que introduziu a referida presunção através do art. 2º, § 3º, VI, do RICMS/97, é clara quando determina que “*presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar... valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito*”.

Entendo equivocada a interpretação realizada pela JJF, pois não seria lógica a comparação das várias modalidades de vendas, a exemplo de: em espécie, em cheque, em ticket, etc., com a modalidade de cartão de crédito ou de débito fornecida pelas instituições e administradoras, uma vez que só podemos comparar coisas iguais, logo é cristalino que “*os valores de vendas*” a que a legislação se refere são relativos às vendas com cartão de crédito ou de débito, os quais serão confrontados com “*os valores de vendas*” de igual espécie, ou seja, os informados pelas financeiras.

Contudo, apesar de considerar equivocada tal interpretação, se faz necessário, sob pena de nulidade do Auto de Infração, que seja obedecido o devido processo legal, oportunizando ao contribuinte o direito a ampla defesa e ao contraditório, pois observo que os demonstrativos intitulados de “*Planilha Comparativa de Vendas Por Meio de Cartão de Crédito/Débito*” (fls. 8 a 10), os quais alicerçaram a acusação fiscal, são insuficientes ao pleno exercício do seu direito de defesa.

Assim, considero relevante que se forneçam ao sujeito passivo, como também se juntam aos autos, os Relatórios Analíticos de Informações TEF, nos quais discriminem as suas operações diárias por instituição financeira e por administradora de cartão de crédito, de forma que lhe possa oportunizar condições de comprovar que a operação, apesar de não consignada como pagamento em cartão de crédito, foi, efetivamente, registrada e oferecida à tributação, através de outra modalidade de pagamento, ensejando, apenas, um descumprimento de obrigação acessória.

Devo ressaltar que a própria Decisão recorrida faz alusão a uma nota fiscal, apresentada pelo autuado, a título de exemplo, visando comprovar que a operação foi oferecida à tributação (fl. 38), como também consigna, em seu relatório, a alegação de defesa da existência de “*vendas albergadas pelo pagamento por cartão de crédito ou de débito que não foram registradas sob este título no ECF, a despeito de efetivamente haverem sido registradas no ECF, fato este constatável tendo em vista que o seu faturamento mensal ultrapassa os montantes mensais informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito*”.

Diante de tais considerações, observo que o contribuinte teve dificuldade para se defender da acusação fiscal, uma vez que lhe deveria ter sido entregue o citado relatório analítico.

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 de 1ª Instância realizado, para que

não houvesse supressão de uma das duas instâncias legalmente previstas no processo administrativo fiscal, sob pena de se configurar em nova violação ao seu direito de defesa.

Diante do exposto, considerado PREJUDICADO o Recurso de Ofício interposto e, de ofício, declaro NULA a Decisão recorrida, retornando-se os autos à Primeira Instância para que se providencie 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 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, declarar NULA a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 232953.0042/05-1, lavrado contra **DALI COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (SALVADOR DALI)**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento, após as providências saneadoras necessárias.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS