

PROCESSO - A. I. Nº 277830.0022/05-2
RECORRENTE - BARRAVENTO TURISMO LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0012-02/06
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 08.06.06

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0197-11/06

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 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 da Decisão da 2ª JJF, que concluiu pela integral Procedência do Auto de Infração em comento, mantendo o valor nele consignado, cobrado em razão da omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas realizadas com cartões de crédito e débito constantes da Redução “Z” do ECF.

A Decisão recorrida, em apertada síntese, asseverou:

1. Foram claramente explicitados, nos demonstrativos elaborados durante a ação fiscal, os valores mensais das vendas realizadas por meio de cartões de crédito e de débito, constantes da Redução “z”, e aqueles informados pelas respectivas administradoras, por meio dos Relatórios TEF;
2. A presunção de omissão de saídas está prevista no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, que passou a produzir efeitos a partir de 28/12/2002;
3. É do contribuinte o ônus de comprovar a improcedência da presunção legal;
4. No que concerne a alegação de que nos meses de novembro de 2004 e fevereiro de 2005 as vendas registradas no ECF superam os valores informados pelas administradoras, tal alegação não é acolhida, pois *“as vendas devem ser comparadas mensalmente”*;
5. Relativamente à afirmação de que teria ocorrido operações de prestações de serviços, sujeitas ao ISSQN, para acatamento de tal assertiva necessário seria juntar-se cópias das notas fiscais de serviços devidamente acompanhadas dos boletos de vendas por meio de cartões, o que não foi feito;
6. Não tendo sido elidida a presunção, mantém-se intacta a autuação.

Em suas razões de Recurso Voluntário, o recorrente pugna pela Improcedência do Auto de Infração, ou, alternativamente, realização de perícia técnica, ou, por fim, aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Eis, em resumo, as alegações expendidas em sede de Recurso Voluntário:

1. Inicialmente, pugna, o recorrente, pela busca da verdade real, conforme previsto no art. 2º, do RPAF;

2. Como preliminares de nulidade, o recorrente alega:
 - a) ter havido erro na aferição da base de cálculo, relativamente aos meses de dezembro de 2004 e janeiro de 2005, o que se constituiria em óbice para o exercício do seu direito de defesa;
 - b) erro no procedimento levado a efeito pelo agente fiscal, que não teria verificado a contabilidade do Recorrente.
3. A diferença apurada na ação fiscal refere-se a “*prestações de serviços compreendidos como de competência tributária municipal*”;
4. O fato de a JJF ter apreciado as preliminares de defesa conjuntamente com o mérito feriu a “*logicidade processual*”, mais um argumento a ensejar a nulidade da autuação;
5. Aponta a existência de meses em que o valor constante da Redução “z”, a título de transações realizadas por meio de cartões de crédito e débito, supera aquele informado pelas administradoras de cartões, gerando, numa análise anual, saldo registrado no ECF superior àquele constante do relatório TEF. Esta diferença confirma o fato de tratarem-se de transações que se referem a prestações de serviços, sujeitas ao ISSQN;
6. Afirma que o recorrente é um restaurante tradicional, que sempre promove comemorações de final de ano. A locação de suas mesas é tributada pela Prefeitura Municipal de Salvador, “através de estimativa (DAM)”. Linhas após esclarece: “*Assim é como procedemos, e os pagamentos dos seus clientes tanto por cartões de crédito ou em espécie, são todos registrados através do sistema ECF, sendo que quando os pagamentos são através cartões de crédito, é utilizado o TEF*”.
7. Quanto às operações de prestações de serviço, não existe obrigatoriedade de emissão de notas fiscais por talonário;
8. Colaciona à sua peça de Recurso Voluntário DAM’s comprobatórios do pagamento do imposto devido ao Município de Salvador e, bem assim, suposta autorização para uso do ECF nas operações com ISSQN.

Em seu Parecer opinativo, a PGE/PROFIS pugna pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pois: a irresignação com relação à base de cálculo do imposto não merece guarda, eis que a diferença dos valores deve ser apurada mês a mês; e a utilização do ECF, com a consequente emissão de documentos fiscais, é obrigação acessória, cujas hipóteses de afastamento não se materializaram no caso em exame.

VOTO

O imposto é exigido em virtude de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo recorrente e o valor informado pelas administradoras de cartões de créditos e de débito, nos meses de dezembro de 2004 e janeiro de 2005.

Quanto às preliminares argüidas em Recurso Voluntário, não merecem prosperar, senão veja-se. A alegação de equívoco na base de cálculo utilizada para aferição do imposto, trata-se de matéria concernente ao mérito do PAF, razão pela qual não pode ser apreciada neste tópico. No que tange ao fato de o agente fiscal não ter fiscalizado a contabilidade do recorrente, observa-se que, durante a ação fiscal e no decorrer de todo o presente processo, o recorrente tivera inúmeras oportunidades de expor os documentos contábeis capazes de comprovar a regularidade de seus procedimentos, não tendo, todavia, logrado êxito algum neste intento. Não se pode apontar nenhuma violação aos preceitos aplicáveis à ação fiscal em comento, donde emerge sua plena regularidade.

Quanto à quebra de uma inovadora “*logicidade processual*”, com a devida licença, impõe asseverar que, não é o fato de o contribuinte, em sua peça de defesa ou de recursos, intitular determinada alegação como preliminar, que torna a matéria suscitada, de fato, uma preliminar. É a natureza daquilo que é argüido, frente às consequências processuais que seu acolhimento

ocasiona, que a classificam como preliminar. Assim sendo, verificada a atecnia, é dever do órgão julgador, inclusive para atender aos princípios instrumentais do processo, concentrar a apreciação de toda a matéria de mérito, de uma só vez. Nenhum prejuízo trouxe, ao recorrente, o entendimento adotado pela JJF, que pudesse inquinar de nulidade o julgado, e, muito menos, o Auto de Infração.

Acerca da alegação do recorrente, quanto à necessidade de realização de Diligência e/ou Perícia Técnica, algumas considerações devem ser efetivadas. Apesar do recorrente não especificar sobre qual ponto entende necessária a realização de tais expedientes (cumulados ou em caráter alternativo), verifico, de ofício, que o procedimento fiscal não se desenvolveu validamente, por não ter observado, de maneira rigorosa, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A presente lide administrativa visa à cobrança de imposto por presunção de omissão de saídas, em razão de diferenças apuradas entre os valores consignados na Redução “z” e no Relatório TEF, analisados mês a mês (veja-se que a análise não pode ser efetuada anualmente, para evitar o convalecimento de irregularidades e a conseqüente sonegação fiscal, além do estímulo ao descumprimento de obrigações acessórias).

Trata-se, como é por todos sabido, de presunção relativa, cabendo ao contribuinte o dever de demonstrar a inocorrência de tais omissões. Como se trata de uma presunção e, mais, baseada em documentos produzidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito, é necessário que seja entregue ao contribuinte e, também, seja juntado ao presente PAF, o relatório TEF analítico, no qual reste consignado todo o volume de vendas diárias, devidamente especificadas (**discriminação das operações por instituição financeira e administradora de cartão de crédito**), o que não ocorreu no presente PAF. Somente assim, ter-se-á assegurado o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, eis que lhe terá sido oportunizado ter vistas sobre os documentos essenciais à autuação e, ainda, sobre eles se manifestar, comprovando, porventura, 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*”, como vem entendendo este Conselho de Fazenda em processos semelhantes (voto proferido pelo Conselheiro Fernando Antônio de Brito Araújo, quando do julgamento do Recurso Voluntário interposto da Decisão que julgou o Auto de Infração nº 232953.0042/05-1).

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e declaro, de ofício, a NULIDADE da Decisão recorrida, retornando-se os autos à Primeira Instância, para que sejam fornecidos ao Contribuinte os Relatórios Analíticos de Informações TEF – Diárias, conforme acima especificado, reabrindo-se o prazo de defesa e dando-se, a partir de então, regular seguimento ao feito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Voluntário apresentado, e, de ofício, declarar NULA a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 277830.0022/05-2, lavrado contra BARRAVENTO TURISMO LTDA., devendo os autos retornar à Primeira Instância para ser adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS