

PROCESSO - A. I. N° 207093.0029/04-8
RECORRENT - TB ALIMENTOS BAHIA LTDA. (RESTAURANTE YEMANJÁ)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0481-02/04
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 02/12/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0333-11/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE DO COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE, FRENTE À INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DO TEF COM OS VALORES ANALÍTICOS GERADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. Modificada a Decisão recorrida. A falta de entrega dos relatórios TEF diários, impediu que o recorrente exercesse o amplo direito de defesa. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário no enfrentamento à Decisão, relativa ao Auto de Infração lavrado em 30/09/2004, para exigência de ICMS no valor de R\$ 14.958,33, sob acusação de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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, nos meses de março a julho, setembro a novembro de 2003, conforme demonstrativos às fls. 06 a 07.

O julgamento efetuado pela ilustre JJF, ao início observa se encontrarem devidamente indicados em cada coluna os valores mensais das vendas com cartão de crédito constantes da Redução Z, e as vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras, dados esses extraídos das Reduções Z da ECF, e do Relatório de Informações TEF – Anual constantes no INC – Informações do Contribuinte.

Substanciam o feito, indicando o § 4º do artigo 4º, da Lei n° 7.014/96, alterada pela Lei n° 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*: “... a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção”.

Assim, seguem narrando, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao mesmo comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Comentam que o autuado no afã de elidir a presunção legal, de que as diferenças apuradas na Planilha Comparativa de Vendas Por Meio de Cartão de Crédito/Débito constante à fl. 06, não se tratavam de receitas tributáveis omitidas, apresentou apenas um demonstrativo comparando em cada mês compreendido na autuação, o total da Receita Bruta, o Valor Fiscal Tributável, Imposto Pago, e Vendas com Cartão de Crédito apurado pelo autuante (doc. fl. 16), o qual por si só não elide os valores apurados na autuação, pois na Receita Bruta e nos Valores Fiscais estão

incluídos valores referentes a operações realizadas através de outras formas de pagamentos diversas de cartões de crédito.

Destacam, com relação à alegação de erros na sincronia da informação prestada pelas administradoras de cartões de créditos, que competiria ao autuado provar essa circunstância, de conformidade ao artigo 123 do RPAF/99, o qual prevê que é assegurado ao sujeito passivo o direito de impugnar por escrito o lançamento tributário acompanhado das provas que tiver referentes às suas alegações.

Concluem os ilustres julgadores que frente aos números não elididos pelo autuado, constantes na “PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO” (doc. fl. 06), restar a infração devidamente caracterizada nos autos, do que resulta legítima a presunção legal prevista no citado dispositivo legal.

Julgam pela Procedência do Auto de Infração em análise.

A preliminar primeira apresentada no Recurso Voluntário em comento, diz respeito ao total silêncio da Decisão, quanto à prova pericial requerida, implicando a desatenção à mesma em nulidade do acórdão proferido. Assim, o recorrente espera o provimento da presente Preliminar para anular a Decisão da ilustre JJF, baixando o processo em retorno à Primeira Instância, a fim de realizar a prova pericial.

Adentrando ao mérito, dizem estar sendo penalizado o recorrente com uma ilegal bitributação, pois que meros lançamentos do auditor fiscal, por unilaterais, são carentes de sustentabilidade, sendo perfeitamente legal e cabível a utilização de todos os meios de prova requeridos, pois com estes se poderá provar o equívoco cometido.

Diz do seu demonstrativo colocado na defesa inicial, revelar de modo incontestável o recolhimento a mais do ICMS devido, com números superiores aos valores relativos às vendas com cartões de débito/crédito. Aduz não ter o agente fiscal se desincumbido de provar que os valores de vendas denunciados pelas administradoras de cartões, são efetivamente referentes às vendas de seus produtos, o que só se saberia por intermédio de levantamento pericial.

Assegura o recorrente que todas as operações de comercializações são registradas, qualquer que seja a forma de pagamento das mesmas, e assevera que o Auto de Infração em análise contém equívocos no que se refere à numeração das notas fiscais, valores das bases de cálculo e montante relacionados, em particular com as comandas (notas) relativas aos pagamentos através de cartões.

Comentando acerca do procedimento de presunção adotado, diz que presunção é conjectura, meio de prova indireto, por isso merecedor de contradita que seria dada pela perícia requerida nos autos.

Outro silêncio que observa o recorrente no Acórdão, é quanto ao enquadramento legal que autoriza o acolhimento do presente Recurso Voluntário.

Alude o recorrente à multa excessiva, impondo-se a sua redução, por ser demais elevada, e aponta o disposto no art. 45 da Lei nº 7014/96 dentro da consideração de ser infratora primária.

Requer acatamento do presente apelo, esperando pela determinação de baixar-se o presente PAF e retornando o mesmo à instância de origem para novo julgamento, com completa apreciação de todos quesitos aduzidos na defesa inicial, e efetuada a competente Perícia, assegurado ao recorrente manifestar-se a respeito.

O opinativo exarado pela ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Ana Carolina Moreira, revela seu entendimento pela necessidade de diligência fiscal para apurar-se divergências aprioristicamente verificadas, por inexistir nos autos qualquer documento comprobatório das próprias administradoras de cartões, impossibilitando sejam comparados os valores acusados pelo fisco.

Verifica, ainda, a ilustre procuradora, ter a autuação militado em erro, pois a primeira e única intimação para apresentação de livros e documentos, foi enviada à empresa distinta do autuado, e que, como esta última não possui qualquer relação, ou seja, a intimação foi dirigida a outra empresa que não o autuado

Tendo por norte a prevalência da supremacia do princípio da verdade material, e não perdendo de vista a irregularidade havida na intimação fiscal, que pode vir a ensejar futura alegação de nulidade do processo legal na via judicial, assim como a ausência de sincronia das informações prestadas pelas ad ministradoras de cartões, que permitissem comparativos com as reduções Z, sugere a ilustre procuradora a realização da perícia requerida em sede de Recurso Voluntário, dessa forma, descaracterizando o cerceamento ao exercício do seu direito de defesa, à luz do inciso II do art. 18 do RPAF/99.

Em Pauta Suplementar decidiu-se pelo indeferimento da diligência, sob a consideração de que o autuado não fundamentou e deixou de comprovar os lançamentos através de seus livros fiscais, ocasião na qual foram os autos devolvidos à PGE/PROFIS para fins de emissão de Parecer conclusivo.

Retornando o PAF à PGE/PROFIS, o ilustre procurador Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho o enviou ao Auditor fiscal Ricardo Rego, apresentando Parecer sugerindo a realização de diligência suscitada pelo recorrente, para que o autuante juntasse os TEFs e os passasse ao contribuinte, permitindo assim o exercício do amplo poder de defesa ao mesmo.

Os autos seguiram para a ilustre procuradora Dra. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, que, em despacho, os encaminhou ao Auditor Fiscal Ricardo Rego, para que fosse cumprida a diligência em questão, e anexado ao PAF o TEF das Administradoras de Cartões, a entrega do mesmo ao autuado, com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias.

O autuante se manifestou (fl. 72), informando que o sistema da SEFAZ não mais continha as informações relativas ao exercício de 2003.

Em novo Parecer, a ilustre procuradora diz que, em se tratando de divergências, como no caso em espécie, apuradas no comparativo das reduções Z com as informações das administradoras, impõe-se a presença dos Relatórios TEFs Diários apresentados por essas empresas administradoras dos cartões de débito e de crédito, pois, que essenciais à comprovação do fato gerador imputado ao autuado, à sua defesa e ao cálculo do débito, para o fiel cumprimento do que determina o inciso I, artigo 41 do RPAF/99.

Completa seu parecer, dizendo que o lançamento deve atender ao princípio da ampla defesa, permitindo ao contribuinte acessar os elementos que conduziram à exação a ele dirigida, possibilitando a contestação dos fatos.

Comenta que a ausência dos Relatórios TEFs Diários implica em violação, não só ao Princípio da Motivação do ato administrativo, assim como ao da ampla defesa e ao do contraditório, e é imprescindível ao cotejamento analítico desses valores com os das reduções Z.

Não havendo como deixar de se reconhecer que o Auto de Infração em comento se encontra desacompanhado dos elementos necessários à demonstração do ilícito e à defesa do autuado, o que implica na improcedência do lançamento, a ilustre procuradora opina pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A análise dos autos revela que o recorrente, a partir de sua defesa inicial, constante às fls. 15 a 19, preliminarmente impugnou o Auto de Infração com base na alegação de que houve equívocos na determinação da base de cálculo, pois não teriam sido atendidas pelo agente fiscal as exigências legalmente estabelecidas, suscitando a competente prova pericial nos seus livros e documentos fiscais para comprovar que as informações contidas no ECF – Emissor de Cupom Fiscal são coincidentes com os registros contábeis.

Ao final de seu Recurso Voluntário, requereu que fosse deferida a perícia aventada, e alegando que por não ter agido com dolo, ou má-fé, e por ser sua primeira infração, se for mantida a autuação, requereu também a dispensa dos encargos relativos a acréscimos moratórios e à multa por descumprimento de obrigação principal.

Vejo que o recorrente impugnou os lançamentos elaborados pelo agente fiscal, a título de Bases de Cálculos constantes das Planilhas Identificação do Contribuinte, às fls. 06 e 07 dos autos, em virtude de que, por falta de dados não lhe foi permitido conferir as acusadas discrepâncias, o que ocasionou insistente requerimento de prova pericial.

Citadas Planilhas Comparativas de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito, totalizam mensalmente de janeiro a dezembro de 2003, os valores de “Vendas Com Cartão Informado pelas Administradoras”. E nos autos não foram apensados pela autuação, nem indicado que tenham sido fornecidos ao contribuinte autuado os relatórios TEFs ou outro demonstrativo diário que contivessem os valores individuais das operações de vendas a cartões por administradora, propiciando o comparativo analítico desses valores com os das reduções Z.

A este respeito, reproduzo citações da ilustre procuradora “*RPAF/99, Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar: II- dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante se houver, e das provas necessárias a demonstração do fato argüido*”.

O procedimento de auditoria fiscal tendo sido incompleto, originou uma situação na qual o recorrente não estava seguro do que estava sendo acusado, e a falha ocorrida não pode ser saneada, conforme salientou a assessoria Técnica da PGE/PROFIS, já que o agente autuante declarou não mais possuir os elementos que detalhavam a acusação.

Vejo a incontestável realidade, do não fornecimento ao autuado do relatório TEF gerado pelas administradoras de cartões de débito e de crédito, inclusive ratificada por expediente às fls. 69 e 72, o que gerou cerceamento ao seu direito de defesa.

Assim, nos termos dos itens do art. 18 do RPAF/99, conforme cediço neste CONSEF, para a situação em apreço, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para declarar NULO o Auto de Infração em comento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 207093.0029/04-8, lavrado contra **TB ALIMENTOS BAHIA LTDA. (RESTAURANTE YEMANJÁ)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS