

PROCESSO - A. I. Nº 203459.0014/08-6
RECORRENTE - GERSON & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 2ª JJF nº 0272-02/08
ORIGEM - INFAZ VEREJO
INTERNET - 07/04/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0057-12/11

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. A ação fiscal foi efetuada com base nas informações do relatório TEF da filial da empresa autuada, pessoa jurídica distinta que não se confunde com a matriz do contribuinte. A autuação como posta, impede o sujeito passivo de exercer o direito da ampla defesa. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que confirmou o lançamento fiscal, condenando o autuado no valor de R\$18.799,71, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 16/06/2008 decorre de uma única infração, qual seja:

***Infração** - omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao do valor informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.*

A 2ª JJF decidiu pela total Procedência do Auto de Infração lavrado contra o recorrente, com a seguinte fundamentação, *in verbis*.

“(…)

O contribuinte alega que a diferença apurada resulta de equívoco, porque as administradoras consideraram valores de algumas vendas ocorridas no final de um mês em meses subsequentes ao da efetiva venda. Não provou isso. A planilha e os extratos de faturamento anexos à defesa constituem elementos de que o autuado poderia valer-se para demonstrar eventuais erros do lançamento, porém de nada adianta sua simples juntada, sem indicação precisa e objetiva dos aspectos que porventura deveriam ser analisados.

De acordo com o recibo à fl. 8, foram entregues ao contribuinte os arquivos magnéticos com especificação dos TEFs diários (TEF – transferência eletrônica de fundos), ou seja, dos relatórios analíticos diários com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, por instituição financeira, operação por operação. Diante dos relatórios de informações TEFs diários, o autuado teve condições de efetuar a conferência da natureza das operações no que concerne ao modo de pagamento de cada uma, podendo fazer o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF, de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal. Se não o fez, é porque, certamente, não há erros nas informações prestadas pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

Aplica-se, por conseguinte, a presunção de que cuida o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Observe que a apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor devido o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte do SimBahia.

Indefiro o pleito de diligência feito pela defesa para obtenção de novos extratos de faturamento, haja vista a inutilidade demonstrada pelos demais que foram acostados aos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, fl. 123/125, insurge-se o recorrente contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, aduzindo, em apertada síntese, que a autuação incluiu vendas realizadas através de cartões de crédito promovidas pela matriz, quando foram efetivamente realizadas pela sua filial. Aduz ainda, que se a JJF tivesse determinado a diligência por ele, recorrente, solicitada, ficaria patente que o valor das vendas realizadas com cartão de crédito foi de R\$367.904,35 contra os R\$409.322,91 indicados pelo autuante que adicionou o valor das vendas de dezembro de 2005 no levantamento do ano de 2006.

Pede que o Recurso Voluntário seja recebido e provido para que seja declarada a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fl. 223, sugere, diante dos argumentos e elementos trazidos aos autos pelo recorrente, que o PAF seja convertido em diligência à ASTEC com o fim de que sejam apurados os fatos alegados.

A 2ª CJF acata a sugestão da ilustre Procuradora e converte o PAF em diligência à ASTEC para que fosse verificada a veracidade e a correlação dos documentos apresentados, excluindo do Auto de Infração os valores efetivamente comprovados, e que, caso necessário, fosse elaborado novo demonstrativo de débito para a infração.

Do Parecer da auditora fiscal que realizou a diligência, a conclusão informa que os dados da planilha comparativa de vendas de cartões de crédito/débito fl. 5, referentes aos dados da planilha do relatório de informações TEF, fl. 6, referem-se aos dados de outra empresa da Gerson & Cia Ltda., com inscrição estadual e inscrição no CNPJ diferentes daquelas inscrições do autuado. Afirma, por fim, não ser possível proceder às exclusões em razão da ASTEC não ter acesso às informações do relatório TEF para apurar as operações com cartões de crédito/débito do autuado.

Cumprida a diligência, autuado e autuante são cientificados e vêm aos autos. O primeiro, colocando-se à disposição do fisco. O segundo, reconhece que o relatório TEF utilizado na autuação era, efetivamente de outro estabelecimento do próprio contribuinte, e com a intenção de “sanar o problema”, junta TEF do estabelecimento 12.199.279 e planilha comparativa com as diferenças.

De volta à PGE/PROFIS, a Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, à fl. 577, exara Parecer, no qual afirma que em razão de a autuação não estar consubstanciada nos relatórios TEF do autuado, estariam ausentes elementos essenciais à comprovação das diferenças apontadas e do próprio exercício do direito de defesa.

Recomenda a decretação da nulidade da Decisão recorrida e a intimação do autuado, para que lhe sejam entregues os documentos que lhe dizem respeito, reabrindo o prazo de defesa.

A procuradora assistente, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, ilustre procuradora assistente do Núcleo de Consultoria e Assessoramento, em razão do despacho de fl. 580, vem aos autos, às fls. 581/582, para acolher o opinativo exarado pela ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, corroborar o entendimento pela decretação da nulidade da Decisão recorrida.

Na assentada de julgamento desta 2ª CJF a ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Rosana Maciel Bitencourt Passos se manifestou divergindo do Parecer exarado à fls. 580, entendendo que os elementos trazidos aos autos demonstram que nulo é o Auto de Infração, vez que restou demonstrado que o lançamento foi feito com fundamento em elementos colhidos de outro estabelecimento da próprio autuado.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento de ICMS em razão da omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de

crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Ainda que a questão levantada pelo contribuinte de que havia equívoco na autuação, sobretudo no que se referia à inclusão de vendas realizadas através de cartões de crédito promovidas pela matriz, quando tais vendas foram efetivamente realizadas pela sua filial, o Auto de Infração foi julgado procedente.

A ASTEC, chamada a cumprir diligência determinada pela 2ª CJF, verificou a veracidade do quanto alegado pelo contribuinte e concluiu que, efetivamente, os dados da planilha comparativa de vendas de cartões de crédito/débito, fl. 5, referentes aos dados da planilha do relatório de informações TEF, fl. 6, faziam referência aos dados de outro estabelecimento do contribuinte.

Diante dos fatos, o pronunciamento da PGE/Profis, corroborado pela ilustre procuradora assistente, é no sentido de anular a Decisão da 2ª JF, devolvendo-se ao contribuinte os documentos que lhe dizem respeito e, reabrindo o prazo de defesa.

É absolutamente flagrante a nulidade apontada, entretanto, discordando do Parecer exarado pela representante da PGE/PROFIS, fl. 580, entendo que o Auto de Infração é nulo. O que de fato se verifica é que toda a construção do demonstrativo de débito alicerçou-se em informações do relatório TEF da filial da empresa autuada, pessoa jurídica distinta que não se confunde com a matriz do contribuinte.

Ora, se os documentos colhidos não dizem respeito ao sujeito passivo, o que se pode verificar dos autos, resta claro que aquele elemento essencial à determinação do quanto pode ser exigido pelo fisco passa a ser elemento indeterminável, assim como a comprovação das diferenças apontadas na autuação, como quer o Parecer à fl. 580. Nessa esteira, entendo absolutamente correto o entendimento manifestado na assentada de julgamento pela i. procuradora Dra. Rosana Maciel Bitencourt Passos.

Por tudo isso, entendo que a autuação como posta, impede ao contribuinte exercer o seu indisponível direito de defesa.

Isto posto, por estar eivado de nulidades insanáveis que impedem a sua apreciação, conheço do Recurso Voluntário interposto, e voto pelo seu PROVIMENTO para reformar a Decisão recorrida e tornar nulo o Auto de Infração.

A rigor do art. 21 do RPAF-Ba, recomendo, verificadas as possibilidades e respeitado o prazo decadencial, seja refeita a fiscalização a salvo das falhas apontadas, de modo, sobretudo, que seja respeitado o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 203459.0014/08-6, lavrado contra **GERSON & CIA. LTDA.** Recomenda-se nova ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, de modo, que seja respeitado o direito do contribuinte à ampla defesa e ao contraditório.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS