

PROCESSO - A. I. Nº 094858.0016/10-4
RECORRENTE - K. F. FIÚZA (OK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0402-01/10
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 18/11/2011

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0345-12/11

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 lhe ter sido fornecido relatório diário analítico das informações de pagamentos por meio de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF, nem cópia dos demonstrativos do levantamento fiscal e do demonstrativo analítico de cálculo para aplicação do critério da proporcionalidade, o que possibilitaria ao sujeito passivo o cotejamento entre os dados dos seus documentos fiscais, os dados fornecidos pelas instituições financeiras administradoras de cartões de créditos e de débitos, e os demonstrativos da apuração realizada pelo Fisco. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para saneamento do processo e posterior julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 24/05/2010 para exigir ICMS no valor de R\$26.436,00, acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão nos meses de janeiro a agosto e de outubro a dezembro de 2007.

O autuante acosta documento intitulado “Índice do Processo Administrativo Fiscal” à fl. 06; demonstrativo do levantamento fiscal realizado à fl. 07, denominado “Apuração Mensal”; demonstrativo intitulado “Notas Fiscais de Vendas” às fls. 12 a 25; Relatório de Informações TEF – Anual à fl. 08, contendo dados relativos a parte das Operações com pagamento por meio de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF no exercício de 2007; duas páginas relativas ao Relatório Diário Operações TEF às fls. 09 e 10; demonstrativo intitulado “Notas Fiscais de Venda” às fls. 12 a 25; cópia do livro Registro de Saídas do contribuinte às fls. 26 a 67; mídia CD contendo planilha de programa aplicativo de informática Excel com cálculo da proporcionalidade com base em dados de entradas no exercício de 2007 e planilha contendo os dados do Relatório Diário por Operações TEF do período de janeiro a dezembro do exercício de 2007, em ambas as planilhas citado, em cabeçalho, o nome da empresa autuada, à fl. 69; formulário padrão de recibo de entrega de planilhas ao sujeito passivo contendo a assinatura do autuante, e sem a assinatura do contribuinte, à fl. 70.

O sujeito passivo impugna o lançamento de ofício às fls. 72 a 83. Discorre sobre o direito à ampla defesa e ao contraditório, tece considerações sobre os requisitos de formalização do lançamento

tributário, aduz que para salvaguardar o seu direito de defesa ele, contribuinte, tem que saber a base de cálculo da imputação, as alíquotas utilizadas e o embasamento jurídico, que deverão ser expressamente formalizados no Auto de Infração.

Afirma que o Auto de Infração não permite o pleno exercício do direito de defesa, pois não há provas das “vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito”. Requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração por inobservância das formalidades legais e por falta de prova capaz de legitimar o lançamento de ofício e sustenta que o Auto de Infração é também nulo porque o seu sigilo bancário foi quebrado sem o atendimento dos requisitos necessários, copiando dispositivos constitucionais, doutrina e jurisprudência. Conclui requerendo o julgamento pela nulidade e, sucessivamente, pela improcedência.

Na informação fiscal à fl. 92 o autuante cita que o CONSEF tem julgado procedentes os Autos de Infração que tratam de levantamento de vendas pagas por meio de cartão de crédito, bem como não tem acolhido o argumento de que houve quebra de sigilo bancário.

Menciona que o autuado não questionou os dados apurados na auditoria fiscal.

Diz que em atendimento ao previsto na Instrução Normativa nº 56/07 apurou o imposto proporcionalmente às operações tributadas. Aduz que não concedeu o crédito presumido tendo em vista que o autuado apura o ICMS por meio de conta corrente fiscal. Mantém integralmente a autuação.

Em Primeira Instância o julgamento pela Procedência do Auto de Infração utilizou os seguintes argumentos, resumidamente: inicialmente afastando as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo ao fundamento de que o PAF está revestido das formalidades legais, determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, além de consignar que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que permitem a apuração da infração e do montante devido. O ilustre Relator afirma que o direito à ampla defesa e ao contraditório teria sido exercido sem qualquer restrição e, dessa forma, afastou essa primeira preliminar de nulidade.

Quanto à preliminar de nulidade referente à quebra de sigilo bancário, salientou que a exigência fiscal encontra-se prevista no artigo 35 da Lei nº 7.014/96, e não a acolheu.

No mérito, observou que o demonstrativo elaborado pelo autuante relaciona os documentos fiscais que lhes serviram de base à apuração do imposto lançado, indicando todos os dados pertinentes. Que esse demonstrativo está baseado no confronto entre documentos fiscais fornecidos pelo próprio contribuinte com dados informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras. Que, tendo em vista o resultado desse confronto, o Fisco apurou a ocorrência de operações de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e/ou débito. Que esse fato, de acordo com o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza o Fisco a presumir a ocorrência de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, ressalvando ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção legal. Que o autuante, atendendo ao disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, aplicou o critério da proporcionalidade relativa “às saídas tributáveis” aos valores correspondentes às omissões verificadas em cada período autuado, para então indicar os valores exigíveis em cada ocorrência. Que uma vez que o autuado, em sua defesa, não comprovava a improcedência da presunção legal, a infração subsistiria integralmente. Ressaltou que essa auditoria fiscal seria realizada mediante o confronto das vendas pagas a cartão constantes nas “reduções z” com as vendas informadas pelas administradoras de cartão mas que, no caso em tela, o autuante confrontara as vendas registradas em notas fiscais emitidas pelo autuado com os dados fornecidos pelas administradoras de cartão. Que, apesar de não ser procedimento rotineiramente usado pela Fiscalização, a metodologia aplicada pelo autuante comprovava a ocorrência da omissão apurada. Opina no sentido de que a repartição fazendária competente verifique se a ação fiscal, da forma como foi executada, deixou

de abranger algum valor devido e, sendo o caso, providencie a lavratura de Auto de Infração complementar.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 108 a 115 requerendo a reforma da Decisão recorrida argüindo, em preliminar, a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de direito de defesa.

Fala sobre o princípio da verdade material, produção de prova em qualquer fase do processo, deveres do contencioso administrativo tendo como objetivo principal rever os próprios atos para que se enquadrem dentro do princípio da estrita legalidade, com a obrigatoriedade de retificar vícios e lacunas contidos no lançamento tributário de ofício.

Discorre acerca do princípio do informalismo e da tempestividade de defesa. Diz que o lançamento deve ser embasado em norma legal específica, sob pena de invalidade. Copia texto de jurista sobre verdade material.

O contribuinte passa a pronunciar-se sobre o mérito da autuação copiando o teor da imputação e expondo que teria havido quebra de seu sigilo bancário. Transcreve dispositivos da Constituição da República, texto de jurista e parte de Decisão judicial a respeito. Afirma que a obtenção dos dados junto às instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e de débito durante o procedimento fiscalizatório, sem autorização judicial e demais requisitos, seria contrária ao disposto no ordenamento jurídico, o que viciaria o ato administrativo por afronta a disposição constitucional. Cita Decisão de Conselho de Contribuintes de outra Unidade Federativa. Aduz serem inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

O contribuinte conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, juntada posterior de documentos, inclusive notas fiscais, lançamentos contábeis e outros elementos probantes, requerendo o julgamento pela nulidade e afirmando a improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fl. 122, pronuncia-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ressaltando que não merece guarida a preliminar de nulidade do procedimento fiscal, pois a autuação teria sido acompanhada de entrega, ao contribuinte, dos relatórios diários TEF, com os quais o contribuinte teria a possibilidade de comprovar eventuais irregularidades no levantamento fiscal, o que não teria acontecido.

Cita a presunção legal do parágrafo 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 e argüi que, em relação ao sigilo financeiro, a Lei Complementar nº 105/2001 autoriza as instituições financeiras a repassarem informações ao Fisco, o que ocorreu na forma prevista pelo artigo 35-A da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração imputada.

Compulsando os autos, em especial os documentos que embasam a exigência fiscal, acostados pelo autuante à fl. 07 - demonstrativo do levantamento fiscal realizado, denominado “Apuração Mensal”; às fls. 12 a 25 - demonstrativo intitulado “Notas Fiscais de Vendas”; à fl. 08 - Relatório de Informações TEF – Anual, contendo dados relativos a parte das Operações com pagamento por meio de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF no exercício de 2007; às fls. 09 e 10 - duas páginas relativas ao Relatório Diário Operações TEF; às fls. 12 a 25 - demonstrativo intitulado “Notas Fiscais de Venda”; à fl. 69 - mídia CD contendo planilha de programa aplicativo de informática Excel com cálculo da proporcionalidade com base em dados de entradas no exercício de 2007 e planilha contendo os dados do Relatório Diário por Operações TEF do período de janeiro a dezembro do exercício de 2007, em ambas as planilhas citado, em cabeçalho, o nome da empresa autuada e, finalmente, à fl. 70, formulário padrão de recibo de entrega de planilhas ao

sujeito passivo contendo a assinatura do autuante, e sem a assinatura do contribuinte, constato que nos documentos que compõem os autos deste processo o Fisco não comprova a entrega, ao sujeito passivo, de qualquer das peças basilares do Auto de Infração.

Assim, o documento que seria o recibo de entrega dos demonstrativos ao contribuinte, citado pelo Fisco como constante à fl. 70, apenas contém a assinatura do autuante, estando em branco o campo destinado à assinatura do sujeito passivo. De igual maneira, nos demonstrativos fiscais acostados ao processo está apostila apenas a assinatura do preposto fiscal, e não há qualquer indício, ou prova, de que estes demonstrativos do levantamento fiscal tenham sido entregues ao contribuinte.

Pelo exposto, com a devida vênia ao quanto expressado no julgamento de primeira instância, e no Parecer da PGE/PROFIS, inexiste prova, nos autos, de que o contribuinte recebera qualquer documento além da cópia do Auto de Infração, para efeito de sua impugnação ao lançamento de ofício.

Assinalo que, na situação em lide, o fato de o contribuinte não ter discutido os dados do levantamento fiscal quando de sua impugnação ao lançamento de ofício e por ocasião da interposição de Recurso Voluntário apenas endossaria, em tese, a situação de não ter, destes, conhecimento. Não haveria como, sem o conhecimento dos dados utilizados pelo Fisco, o contribuinte elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal, nem se contrapor, com segurança, à autuação.

Sem a entrega dos demonstrativos do levantamento fiscal e do Relatório das Operações com pagamento por meio de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF ao contribuinte, está comprovado o cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo e, exatamente conforme alegado pelo sujeito passivo, é imprescindível que ao contribuinte sejam claramente informados a forma de apuração da base de cálculo do imposto lançado, e demais fatores concernentes ao levantamento fiscal que tenham dado origem à autuação.

Por oportuno, assinalo que a auditoria de cartão de crédito/débito é realizada tomando-se por base a comparação entre dados de pagamentos realizados por meio de Transferência Eletrônica de Fundos e os dados dos documentos fiscais de saídas de mercadorias por vendas realizadas pelo sujeito passivo, sendo rotineiro e devido que o Fisco use os dados de todos os documentos fiscais emitidos por ocasião das vendas realizadas com pagamento por meio de Transferência Eletrônica de Fundos com o uso de cartões de débito e de crédito, seja por meio da análise, pelos prepostos fiscais, das reduções Z, que contêm os dados dos cupons fiscais emitidos, seja por meio de análise dos dados dos demais documentos fiscais de venda. Assinalo também, apenas para clareza dos dados do processo, que conforme consta na planilha gravada na mídia CD de fl. 69 dos autos, acostada pelo autuante, o cálculo da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 foi realizado pelo Fisco com base nas operações de entradas do contribuinte, e não nas operações de saídas.

Observo que não se encontra comprovada, neste processo, a alegação do recorrente quanto à quebra de seu sigilo bancário, uma vez que houve, na ação fiscal em foco, a verificação de dados enviados a esta SEFAZ pelas administradoras de cartões de crédito e de débito com as quais opera o contribuinte, e esta análise fiscal deu-se a partir do quanto previsto na Lei Complementar nº 105/2001, em especial em seu artigo 6º, bem como nas disposições do artigo 35-A da Lei Estadual nº 7.014/96.

Porém, quanto à alegação de cerceamento de defesa, uma vez inexistente, nos autos, comprovação de que o sujeito passivo tenha recebido, quando da abertura de seu prazo de impugnação ao lançamento de ofício, os documentos e demonstrativos relativos à ação fiscal desenvolvida, resta acatar a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa suscitada pelo recorrente, passível esta de argüição a qualquer tempo, pelo que voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar a NULIDADE da Decisão recorrida, retornando-se os autos à Primeira Instância para que sejam fornecidos ao sujeito passivo o demonstrativo do

levantamento fiscal realizado à fl. 07, denominado “Apuração Mensal”; demonstrativo intitulado “Notas Fiscais de Vendas” às fls. 12 a 25; Relatório de Informações TEF – Anual à fl. 08, contendo dados relativos a parte das Operações com pagamento por meio de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF no exercício de 2007; duas páginas relativas ao Relatório Diário Operações TEF às fls. 09 e 10; demonstrativo intitulado “Notas Fiscais de Venda” às fls. 12 a 25; mídia CD contendo planilha de programa aplicativo de informática Excel com cálculo da proporcionalidade com base em dados de entradas no exercício de 2007 e planilha contendo os dados do Relatório Diário por Operações TEF do período de janeiro a dezembro do exercício de 2007, em ambas as planilhas citado, em cabeçalho, o nome da empresa autuado, à fl. 69, reabrindo-se o prazo de defesa de 30 dias e dando-se, a partir de então, regular seguimento ao feito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **094858.0016/10-4**, lavrado contra **K. F. FIÚZA(OK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para serem adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÍNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS