

PROCESSO - A. I. Nº 233014.0172/11-6
RECORRENTE - LUCIMAR QUEIROZ DA SILVA
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão JJF nº 0133-04/12
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 26.11.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0034-13/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão amparada em resultado de diligência que não atendeu ao quanto solicitado pelo órgão julgador de primeira instância. Cerceamento ao direito de ampla defesa. Declarada, de ofício, a nulidade da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à 1ª instância para que, após o saneamento do feito, profira nova decisão. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado em 21/06/11, reduzindo o valor do imposto de R\$35.351,74 para R\$ 22.050,99. Não houve Recurso de Ofício e o Recurso Voluntário apresentado se limita às infrações 02, 03 e 04.

02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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. Valor: R\$ 11.868,70. Período: janeiro a maio, julho, agosto e outubro a dezembro 2009, janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto e setembro 2010. Multas: 70% e 100%;

03. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 21.616,63. Período: janeiro 2009 e dezembro 2010;

04. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 294,36. Período: dezembro 2010;

Na decisão de primeira instância, foi analisada e rejeitada a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, alegada pelo contribuinte, que aduziu que não foram entregues os Relatórios TEF da infração 02 nem a cópia das notas fiscais que compõem a infração 04, em razão dos seguintes fundamentos:

“Tendo em vista que a entrega de cópias desses documentos foi um dos objetos da diligência deferida (fls. 146/147) e que o recibo de fl. 626 atesta o cumprimento dessa demanda, na forma prevista no § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF foi sanado o vício alegado, não havendo mais falar em cerceamento ao direito à ampla defesa.”

“Considerando que: a) o procedimento fiscal atendeu às formalidades dos arts. 15, 16, 19, 22, 26, 28, 39, 41, 42, 44, 45 e 46 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo tributário, estando determinados no lançamento o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos; b) os demonstrativos e documentos que suportam a autuação constam dos autos, tendo o contribuinte recebido cópia dos papéis de trabalho que

suportam o lançamento tributário de ofício; c) o processo obedece ao princípio do devido processo legal e seus corolários de ampla defesa e contraditório, tendo o contribuinte demonstrado plena compreensão das infrações, delas se defendendo sem qualquer dificuldade imposta pela parte contrária, afastando as questões preliminares de nulidade suscitadas por não encontrar no PAF vício que se enquadre nas hipóteses do art. 18 do RPAF.”

Quanto ao mérito da infração 02, assim entendeu a primeira instância:

“O autuado protestou o mérito da infração 02 alegando carência de motivação, pois emitiu cupom fiscal para todas as operações, havendo apenas erro de registro na forma de pagamento, o que, segundo ele, poderia ser constatado pelo autuante analisando os valores registrados nos cupons fiscais X relatório TEF. Além disso, destaca que o autuante desconsiderou que grande parte das mercadorias comercializadas é sujeita à substituição tributária, isenta ou não tributável pelo ICMS, fato que lhe obriga a considerar da base de cálculo exigida tão somente o percentual de mercadorias sujeitas à tributação normal, segundo o princípio da proporcionalidade previsto na IN 56/07.

Nesse caso, se exige ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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/débito (presunção legal contida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96) processando-se auditoria mediante confronto entre os valores das autorizações das vendas pagas com cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras de cartões à SEFAZ e correspondentes registros em Reduções “Z” dos ECFs do autuado, onde indica os documentos fiscais emitidos por tais vendas, conforme demonstrativos originais de fls. 13 e 21, que por consequência da diligência fiscal pedida às fls. 146/7 (inclusive, por aplicação da IN 56/07) foram refeitos às fls. 990 e 992, ajustando o valor exigido de R\$ 11.868,70 para R\$ 3.872,68.

Nesse procedimento administrativo tributário em lide, o cotejo se sustenta na confrontação entre os valores dos Cupons Fiscais cujos pagamentos se deram por cartões de crédito/débito e foram registrados no equipamento Emissor de Cupom Fiscal do contribuinte, conforme identificação em Redução Z e os valores das operações de vendas com pagamento feito via cartões de crédito e/ou débito informadas pelas administradoras como constam sinteticamente indicados (operação por operação) no Relatório Diário das Operações TEF cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Obviamente, como a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é relativa, portanto, podendo ser elidida mediante provas documentais em caso de irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais, cabe ao contribuinte provar os possíveis equívocos. Aliás, é o que lhe indica o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal quando assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação. Portanto, cabe ao contribuinte o ônus probatório para que a presunção não se confirme.

Na defesa, o autuado, sem apresentar as provas pertinentes, alegou ter emitido todos os cupons fiscais correspondentes às vendas, tendo apenas ocorrido erro de registro na forma de pagamento.

A despeito de não ser indispensável, pois a prova da alegação defensiva deveria ter sido carreada aos autos por ocasião da defesa, por zelo ao caso e privilégio da verdade material na decisão da lide, por ocasião de diligência fiscal o autuado foi ainda intimado para tal fim (fl. 625) com a correta orientação sobre a forma mais prática e objetiva de elidir a

presunção legal, de modo a comprovar que suas operações de vendas pagas por cartões informadas pelas administradoras foram oferecidas à tributação com a emissão dos correspondentes documentos fiscais, sejam estes cupons através do ECF ou notas fiscais, mas, em resposta, conforme manifestação de fl. 775, tendo, por consequência, apenas pautado o pedido reverter-se em “prova impossível” sob alegação de que o “relatório TEF apresentado apenas informa diariamente o total das vendas da CIELO e REDECARD sem informar o valor de cada operação diária”, o que não é verdade, pois também recebeu cópia do Relatório TEF-Diário que, sinteticamente, registra operação por operação.

Considerando que não lhe é permitido receber pagamento de venda sem que tenha emitido o correspondente documento fiscal, do modo que agiu, o sujeito passivo autuado, depreciou a lei e desprezou a certa orientação da Intimação citada. Neste caso, embora tendo adicional oportunidade, o contribuinte exerceu seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo prova da não materialidade da infração e, por consequência, a presunção legal de saídas de mercadorias tributáveis omitidas resta confirmada uma vez que as mercadorias não tributáveis ou com fase de tributação encerrada foram excluídas do levantamento original mediante aplicação da proporcionalidade indicada na IN 56/07, ajustando-se o valor exigido pela infração conforme os demonstrativos refeitos por ocasião da diligência fiscal no valor já expresso linhas acima, que acolho por não reparar qualquer irregularidade nos cálculos, além do que, intimado para conhecer o ajuste procedido com recebimento de todos os papéis de trabalho e demonstrativos, o sujeito passivo, não apontando inconsistência no procedimento fiscal ajustado, manifesta tácito acordo com o ato administrativo fiscal ajustado. Portanto, a acusação fiscal resta consistente no valor ajustado (fls. 990 e 992).

Infração procedente em parte.”

Já no que se refere ao mérito da infração 03, o acórdão recorrido traz o seguinte:

“Para a infração 03, o impugnante diz que a nota fiscal 165999, no valor de R\$ 190.000,00, se refere à aquisição de um veículo para transportes de mercadorias e que não sendo destinado a revenda, mas para o ativo imobilizado, não poderia considerar como mercadoria tributável, até porque sujeita à substituição tributária e já fora recolhido o ICMS para o estado, não havendo prejuízo para o cofre público. Aduz que o erro de não escriturar a nota fiscal se deu em face de o DETRAN tê-la retido para emplacamento do veículo, reconhece a não escrituração das notas fiscais objeto da infração, pois protesta apenas quanto à penalidade incidente, por entender que, sendo bem do ativo imobilizado já tributado por antecipação na fonte pelo remetente na condição de sujeito passivo tributário por substituição, haveria que considerá-la passível de multa de 1% do seu valor como cobrada na infração 04 ao tratar de nota fiscal no valor de R\$26.166,30 referente à aquisição de um baú para transporte de carga.

Nesse caso, observo, em primeiro lugar, que o autuado confirma o cometimento da infração, pois apenas protesta quanto à penalidade incidente.

Não existe razão no argumento defensivo pelo seguinte: a uma, porque, como se vê na nota fiscal 165999 (fl. 111), embora admitindo seja aquisição de bem para incorporação ao ativo imobilizado do autuado, trata-se de mercadoria normalmente tributável, sem a antecipação tributária por substituição como alegada; a duas, porque o valor de R\$ 26.166,30 se refere a diversas notas fiscais normalmente tributáveis e relacionadas no demonstrativo de fl. 26. Portanto, a infração 03 é inteiramente subsistente e deve ser mantida.

Infração procedente.”

No pertinente ao mérito da infração 04, assim restou decidido:

“Com relação à infração 04 o impugnante apenas alegou cerceamento ao seu direito de ampla defesa, uma vez que não lhe foram entregues cópia das notas fiscais objeto da

autuação e nem sequer teve ciência dos relatórios de notas fiscais informadas no SINTEGRA ou CFAMT.

Considerando que, a exemplo do já visto linhas acima quando da apreciação da infração 02, o vício alegado foi sanado por ocasião da diligência fiscal conforme indicado no item “f” do pedido de diligência (fl. 147 e recibo de fl. 626) e que cientificado do resultado da diligência o autuado não mais se pronunciou, entendendo tal comportamento como tácita concordância com a acusação fiscal já caracterizada com a falta de registro das notas fiscais não tributáveis relacionadas no demonstrativo de fl. 26, no livro Registro de Apuração cuja cópia consta dos autos às fls. 36 a 89, pelo que resta caracterizada a infração 04.

Infração procedente.”

Inconformado, em seu Recurso Voluntário, o contribuinte volta a aduzir a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa no que se refere às infrações 02 e 04.

Alega, quanto à infração 02, que os relatórios TEF apresentados pelo autuante contêm informações que são impossíveis para se alegar que a empresa omitiu saídas, e que houve um arbitramento pelo autuante, haja vista que tais relatórios informam de forma diária a venda total de cada administradora de cartão de crédito e não informam as operações diárias de cada uma delas.

Sobre a infração 04 diz que esta é nula porque não há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Diz que não teve ciência dos relatórios de notas fiscais informadas no SINTEGRA ou CFAMT, antes do encerramento da verificação fiscal, e as cópias das Notas Fiscais objeto da Infração não lhe foram entregues, impossibilitando o exercício do seu direito de defesa.

Quanto ao mérito da infração 02, aduz que apresentou sim cópias de todos os cupons fiscais do período fiscalizado (FLS 01 a 167), apresentados na INFAP de Itaberaba.

No pertinente ao mérito da infração 03, sustenta que: “*não houve nenhum prejuízo para os cofres públicos do estado, por se tratar de um bem (veículos) que teve o seu imposto (ICMS) pago no ato aquisição do bem (substituição tributária), tendo o contribuinte deixado apenas de cumprir uma obrigação acessória.*”. Alega que não acha justa a aplicação de multa de 10% sobre um produto que teve seu imposto pago. Pugna pela aplicação da multa de 1%, prevista no art. 42, inc. XI da Lei 7.014/96, por se tratar de um bem que já teve o pagamento do ICMS no ato da aquisição.

VOTO

Verifico que a diligência requerida pela 4ª JF, fls. 146/147, não foi cumprida pelo Auditor Fiscal Autuante.

Veja-se que consta na solicitação de diligência expressamente que: “*Considerando que o Relatório TEF discrimina todas as operações de vendas por meio de cartão de forma individualizada, sendo esta informação a base das diferenças apuradas pela fiscalização e consubstanciada nos demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 13 a 15 e 21 a 23(...)*” (grifos no original). Diante disso, a diligência solicita ao Autuante: “*Juntar ao PAF o Relatório TEF-Diário e entregar ao contribuinte, mediante recibo, cópia do Relatório TEF-Diário que serviu de base para autuação*”.

Em atendimento à diligência, o Autuante apresentou os Relatórios TEF diários, mas, com as operações agrupadas por cada operadora de cartão. Ora, tais documentos não possibilitam ao contribuinte entender quais operações estão sendo reputadas como não tributadas pela autuação fiscal, o que, claramente, ofende o seu direito à ampla defesa.

Por conta disso, de ofício, declaro nula a decisão proferida pela ilustre 4ª JF, em razão do cerceamento de defesa. Observe-se que, somente com o cumprimento da diligência, seria possível

o contribuinte entender totalmente a infração que lhe está sendo imputada e exercer o seu direito à ampla defesa.

Ante o exposto, VOTO em considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário e declarar NULA a Decisão recorrida, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância para que seja cumprida a diligência solicitada às fls. 146/147, intimando-se o Autuante para apresentar o Relatório TEF-Diário com as operações individualizadas. Devendo-se, após o cumprimento da diligência ser reaberto o prazo de defesa para o contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar, **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário e declarar, de ofício, **NULA** a decisão proferida em primeira instância relativa ao Auto de Infração nº **233014.0172/11-6**, lavrado contra **LUCIMAR QUEIROZ DA SILVA**, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR DAPGE/PROFIS