

A. I. Nº - 178891.3008/11-0
AUTUADO - REDE NOVA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 19/09/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0195-03/12

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartão de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Entretanto, a falta de entrega ao contribuinte do Relatório Diário de Operações TEF, configura cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Auto de infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2011, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$54.208,00, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito, acrescido da multa de 70% e 100%, relativo ao período de agosto a outubro de 2009 e setembro de 2010.

O autuado impugna o lançamento tributário, fls. 38/39, dizendo que a fiscalização analisou os dados constantes da redução Z, por ele disponibilizada confrontando-os com as informações das administradoras de cartões de crédito/débito imputando-lhe prática irregular de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com o consequente recolhimento a menos do ICMS sobre as operações realizadas com vendas de cartões.

Afirma que em decorrência do curto prazo para apresentação das notas fiscais de entradas para o preenchimento da planilha de proporcionalidade não apresentadas em tempo hábil, o valor do imposto cobrado resultou elevado.

Diz que apresenta planilha contendo os mencionados dados em mídia eletrônica (CD), fl.45, notas fiscais de entradas, para a aplicação do cálculo de proporcionalidade, prevista na Instrução Normativa nº56/2007, para análise do agente fiscalizador.

Em informação fiscal, fl. 47, o auditor diz que o contribuinte, em sua defesa, declara que não apresentou as notas fiscais de aquisição de mercadorias, bem como, a planilha de informação em CD, por não conseguir atender o prazo.

Salienta que o contribuinte recebeu uma cópia em branco da citada planilha, a fim de facilitar o seu preenchimento, recibo à página 12. No entanto, só na defesa o contribuinte anexa planilha em CD, mas sem estar acompanhado das notas fiscais, o que inviabiliza a conferência dos dados

apresentados. Diz que o contribuinte não pode alegar desconhecimento e seu questionamento é descabido. Mantém integralmente o teor e os valores do auto de infração.

Tendo em vista que não se encontrava nos autos o relatório TEF-diário, seja em meio impresso ou magnético, nem prova de que esse relatório tivesse sido entregue ao contribuinte, para precaver-se da possibilidade de uma decretação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, a 3ª JJF decidiu converter o processo em diligência ao autuante, para que entregasse ao contribuinte o relatório TEF-diário que fundamentou a autuação e cópia da informação fiscal, reabrindo o prazo de defesa por trinta (30) dias.

Em nova informação fiscal, fl.55, o autuante afirma que sobre a diligência solicitada tem a informar:

- a) que o contribuinte alterou seu endereço e que foi pessoalmente à rua indicada no intuito de intimar o autuado, porém não logrou êxito;
- b) em seguida, enviou intimações através de A.R. (Aviso de Recebimento) via correios, conforme comprovantes que anexa fls.74/79, para o endereço da empresa, do contador e dos sócios cadastrados, fls.57/64, e só localizou o endereço do contador, sendo as demais intimações devolvidas por não localização ou endereços inconsistentes;
- c) que todo o processo de intimação e localização do contribuinte e seus representantes foi dificultado por deficiência da administração da DAT Metro, no que tange a tramitação de ARs e devolução ao auditor interessado;
- d) que cancelou a inscrição estadual da autuada através de FLC (Ficha de Localização do Contribuinte), fl.56;
- e) que é impossível atender à diligência solicitada, dado que toda ela dependeria de efetiva intimação do contribuinte, o que se revelou impossível.

À fl. 83 o autuante volta a se manifestar solicitando seja apensado a este PAF documentos fl.84, visando reforçar a caracterização da não localização do contribuinte no novo endereço, conforme já mencionado em sua informação.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência da 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 cartões.

Em fase instrutória verifiquei a ausência de instrumento imprescindível para consubstanciar a infração imputada ao contribuinte. Isto porque não consta dos autos o relatório diário TEF, nem consta que o autuado tenha tomado ciência das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito ou débito, o que cerceou o direito de defesa do contribuinte. A ação fiscal foi realizada sem observância das rotinas e roteiros próprios de fiscalização para a ação fiscal desenvolvida. Vejo que o procedimento fiscal contém vício que o macula de nulidade, conforme passo a descrever.

O art. 46 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, diz que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, serão fornecidas ao contribuinte cópias de todos os termos, demonstrativo e levantamentos elaborados pelo autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que o contribuinte não disponha.

Portanto, tratando-se essa infração de presunção de omissão de saída de mercadorias tributável 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, o

procedimento fiscal resulta da confrontação das informações das vendas pagas com cartões que a legislação obriga a administradora fornecer ao fisco (Relatórios TEF), com os respectivos registros nos livros e documentos fiscais do contribuinte em fiscalização.

Pois bem, para exercer de forma plena o direito de defesa inserto no art. 123 do mesmo regulamento citado, indispensável se faz que ao contribuinte seja entregue o referido relatório, pois ele registra, analiticamente, as suas operações de venda de mercadorias cujo pagamento seus clientes efetuaram via cartão de débito e/ou crédito e, nos autos, não há comprovação de que o Relatório TEF diário, em meio eletrônico ou impresso, foi entregue ao autuado para que ele tivesse plena condição de exercer seu direito de ampla defesa e perfeito contraditório.

Na tentativa de sanear o processo, este Órgão Julgador converteu este PAF em diligência a fim de que o autuante providenciasse a entrega dos mencionados relatórios ao autuado. Entretanto, o autuante declara ser impossível cumprir a diligência solicitada, dado que toda ela dependeria de efetiva intimação do contribuinte, o que se revelou impossível.

Deste modo, a falta de entrega dos relatórios diários de TEF analítico configura cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, o que denota a existência de uma ilegalidade que implica em uma nulidade de natureza absoluta, que impede a apreciação de mérito da autuação. Assim, com base no art. 18, inciso II do RPAF/99, declaro nulo o auto de infração, ao tempo que sob amparo do art. 21 do supracitado regulamento, recomendo à autoridade competente, verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, visando a exigência de eventual crédito fiscal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **178891.3008/11-0**, lavrado contra **REDE NOVA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, com a recomendação de renovação do procedimento fiscal.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR