

PROCESSO - A. I. 299167.0002/12-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDOS - D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº - 0007-02/14
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 09/07/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0170-11/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. FALTA DE ENTREGA AO CONTRIBUINTE DO RELATÓRIO TEF – OPERAÇÕES DIÁRIAS. INFRAÇÃO

1. Reformada a decisão de primeira instância que concluiu pela nulidade do procedimento (infração 1), em virtude de vício da autuação. Neste caso, as eventuais incorreções ou omissões não acarretam a nulidade do Auto, pois são passíveis de saneamento na fase instrutória. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para determinar a entrega ao autuado dos relatórios TEF diário e reabertura do prazo de defesa, com novo julgamento. Recurso de Ofício **PROVIDO** para declarar nula a Decisão recorrida. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 28/09/2012, exigindo ICMS no valor de R\$10.380,42, em razão das seguintes infrações:

1. 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 fornecido por instituição financeira e de cartão de crédito - R\$3.004,64.
2. Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos pela legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet mediante programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), omissão de entrega do arquivo, sendo aplicada multa - R\$1.380,00.
3. Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s) exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada multa - R\$5.995,78.

No tocante a estas infrações, a 2ª JJF na decisão proferida (fls. 83/89) fundamentou que o sujeito passivo reconheceu a procedência da infração 2, inexistindo lide, a mesma restou caracterizada.

Com relação à infração 1, observou que a autuante não acostou aos autos o Relatório TEF-Diário, nem consta nos autos comprovação de que o mesmo fora entregue ao sujeito passivo.

Refutou o argumento defensivo de que os valores constantes da DME são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, fundamentando que a jurisprudência consolidada nesse Conselho de Fazenda, a exemplo do Acórdão nº 0207-11/08, a comparação deve ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito com as informadas pelas administradoras de cartões. E que as vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

Em seguida, ressaltou que a infração 1, foi embasada em uma presunção legal, que admite prova contrária por parte do contribuinte, cabendo a ele indicar “quais as operações foram pagas com cartão” que foram indicadas nos cupons fiscais (ou notas fiscais) como se fossem em dinheiro.

Salientou que não tendo sido entregue o Relatório Diário Operações TEF ao sujeito passivo, ocorreu cerceamento do direito de defesa do contribuinte, a exemplo da decisão contida no Acórdão CJF 0143-11/12, cuja ementa transcreveu (fl. 87), ressaltando o disposto no art. 142, do CTN acerca da constituição do crédito tributário pelo lançamento e art. 41 do RPAF/BA, que prevê acompanhamento de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente, dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Concluiu que devido à ausência nos autos da comprovação de que o autuado recebeu cópia do Relatório TEF – Diário, indispensável e essencial para que o autuado pudesse exercer a contento o contraditório, julgou nula a infração 1, com amparo no inciso II do art. 18 do RPAF/BA, ressaltando que no caso a lide não se subsume à disposição do §1º do art. 18 do mencionado Regulamento, representando à autoridade competente para que determinasse a renovação da ação fiscal, a salvo de equívocos.

No tocante à infração 3, não acolheu o argumento defensivo de que entregou os arquivos solicitados, visto que os mesmos só foram enviados após a lavratura do Auto de Infração.

Não acolheu o pedido de redução ou cancelamento da multa (§ 7º do art. 42 da Lei 7014/96), por entender que o art. 158 do RPAF/BA, estabelece como condição a prova de que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, e que no presente caso, restou comprovado o cometimento de irregularidades, bem como a não entrega ou a sua entrega de arquivos inconsistentes impedem a realização do roteiro de auditorias, para efeito de homologação do imposto recolhido pendente de verificação, e a apuração da existência ou não de débitos perante o Fisco.

Decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, julgando Nula a infração 1 e Procedentes as infrações 2 e 3, totalizando R\$7.375,78.

A Coordenação da Administração do CONSEF exarou despacho à fl. 94, no qual considerou que o resultado do julgamento *“configura decisão manifestamente contrária ao entendimento manifestado em reiterados julgamentos”* e interpôs Recurso de Ofício (art. 169, §2º do RPAF/BA) para reexame da matéria, o qual foi deferido pelo Presidente deste Conselho.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 104/110), inicialmente comenta as infrações, decisão da 2ª JJF, Recurso de Ofício interposto, manifestando que foi acertada a decisão proferida quanto à Nulidade da infração 1 e possibilidade da redução da multa da infração 3.

Com relação à infração 1 argumenta que a acusação foi baseada em presunção legal e a inexistência do Relatório TEF culmina em violação do seu direito de defesa.

Ressalta que as vendas nem sempre são registradas no ECF, mas também emite notas fiscais manuscritas, nas hipóteses permitidas, o que possivelmente originou a omissão presuntiva.

Transcreve a ementa do Acórdão CJF 367-12/09 e CJF 357-11/06, nos quais foram decididos que o processo deveria *“retornar à origem, a fim de que o autuante acoste aos autos os documentos necessários ao exercício da ampla defesa”* sendo que a segunda decisão trata do Relatório TEF.

Conclui que o livro RSM demonstra que foram contabilizados valores superiores aos informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito e mesmo que tenha sido promovido retificação que reduziu o débito, conclui que foi acertada a decisão da 2ª JJF (nulidade).

Relativamente à infração 3, afirma que os julgadores fundamentaram que a redução ou cancelamento da multa aplicada estão submetidas à discricionariedade, porém, os arquivos entregues fora do prazo não causou qualquer prejuízo aos cofres públicos, nem impediram a

realização da fiscalização, senão a autuação não existiria, a menos que eivado de inconsistências.

Clama pela aplicação da proporcionalidade, analisando a relação direta entre a infração praticada e os seus efeitos reais, inexistindo prejuízo ao Fisco Estadual, motivo pelo qual requer o cancelamento ou redução da multa aplicada nesta infração.

A PGE/PROFIS foi dispensada de emitir parecer em conformidade com o disposto no art. 136, “b” item 3 do RPAF/BA (valores inferior a R\$100.000,00).

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto para reexame da matéria com relação à decisão proferida pela 2ª JJF, relativo à infração 1, nos termos do art. 169, §2º do RPAF/BA.

Com relação à esta infração, o Relator observou que a autuante não acostou aos autos o Relatório TEF-Diário, nem consta nos autos comprovação de que o mesmo fora entregue ao sujeito passivo, tendo então proferido a decisão pela Nulidade da infração, fundamentando que a mesma foi embasada em presunção legal, mas que a não entrega ao sujeito passivo do Relatório Diário Operações TEF, ocorreu cerceamento do direito de defesa.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- a) O demonstrativo à fl. 10 indica os valores informados por mês, pelas empresas administradoras de cartão de crédito, que foram contrapostos aos da Redução Z;
- b) Na defesa (fl. 23), o sujeito passivo alegou que as vendas informadas pelas administradoras de cartão eram inferiores que as constantes da Redução Z, cujas cópias foram juntadas às fls. 28 a 31. Afirmou inexistir a infração.
- c) Na informação fiscal (fl. 36), a autuante acatou parte da alegação e reformulou a planilha à fl. 37/38, reduzindo do débito de R\$3.004,64 para R\$2.702,01. Juntou demonstrativo às fls. 39/40, de apuração da redução Z, por dia.
- d) Na manifestação às fls. 47/48, o sujeito passivo argumentou que ao reconhecer inconsistências na infração 1, a fiscalização confirmou que os valores informados pelas administradoras de cartão são inferiores às registradas nos livros RSM e RAICMS.
- e) Na segunda informação fiscal (fls. 54/55), a autuante refez novamente os demonstrativos, acatando o pedido de aplicação da proporcionalidade, o que reduziu o débito de R\$2.702,01 para R\$2.458,83 da infração 1.
- f) A empresa na sua manifestação (fl. 63) argumentou que mesmo tendo reduzido o débito com aplicação da proporcionalidade, a presunção da omissão inexiste visto que as vendas informadas pelas administradoras de cartão são inferiores às registradas.

Pelo exposto, constata-se que o contribuinte apresentou alegações que foram acolhidas em parte pela fiscalização. E apesar de o contribuinte não ter invocado qualquer cerceamento do direito de defesa, a 2ª JJF, de ofício, julgou a Nula a infração fundamentando que a falta de entrega do Relatório TEF causou impedimento ao exercício do contraditório.

Observo que em alguns processos que acusam omissão de saída de mercadorias a título de presunção em razão da informação de valores pelas empresas administradoras de cartão em valor superior aos valores de recebimentos registrados na Redução Z (débito/ crédito), foram declarados nulos em julgamentos no CONSEF, a exemplo da decisão citada do Acórdão JJF nº 0204-04/11, cujo Recurso de Ofício Não foi Provido, conforme Acórdão CJF nº 0143-11/12.

Entretanto, a leitura da decisão contida no Acórdão JJF nº 0204-04/11 indica que (i) o Relatório Diário TEF não foi entregue ao contribuinte, e também (ii), “que o procedimento fiscal foi desenvolvido de forma inadequada, uma vez que desprezando os valores constantes dos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte – inclusive as Reduções Z - para o confronto

com os valores informados pelas Administradoras de Cartões, o autuante aproveitou o valor das vendas informadas na DME”, o que justifica o Não Provimento do recurso no Acórdão CJF nº 0143-11/12.

Portanto, a citação do mencionado Acórdão que decidiu pela nulidade deste lançamento apresentava dois vícios concomitantes o que conduziu a decisão pela Nulidade daquela infração.

Na situação presente, conforme anteriormente relatado o sujeito passivo entendeu e se defendeu da infração que foi acusado, tendo inclusive apresentado provas para tentar elidir a infração o que foi acatado em parte pela fiscalização. O próprio recorrente na manifestação acerca do Recurso de Ofício interposto transcreveu ementa dos Acórdãos CJF nº 0367-12/09 e CJF nº 0357-11/06, cuja decisão foi de Anular a decisão da primeira instância para que fosse promovido o saneamento do processo, com a entrega do Relatório TEF ao contribuinte e reaberto o prazo de defesa, procedimento que tem sido adotado em diversos julgados na primeira instância.

Pelo exposto, dou Provimento ao Recurso de Ofício, para declarar Nula a Decisão recorrida, para que os autos sejam devolvidos à 2ª JJF para determinar a entrega ao autuado do mencionado Relatório TEF e reabertura do prazo de defesa, com novo julgamento.

No tocante ao Recurso Voluntário interposto, fica Prejudicado a sua apreciação, face ao Provimento do Recurso de Ofício.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e declaro PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **299167.0002/12-9**, lavrado contra **D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo os autos retornar à primeira instância para determinar a entrega dos relatórios TEF diário ao recorrido, e reabertura do prazo de defesa, com novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS