

PROCESSO - A. I. Nº 206935.0006/14-6
RECORRENTE - DLD COMÉRCIO VAREJISTA LTDA. (DADALTO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0136-01/16
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0190-12/16

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Restou comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, visto que o posicionamento da JJF suprimiu instância de julgamento, tendo em vista a ausência no processo, de provas indispensáveis ao exercício da ampla defesa e do cumprimento do devido processo legal, conduz à nulidade da Decisão. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Declarada a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 28/07/2016 (Acórdão de fls. 511/524) que julgou Procedente em Parte, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/07/2014, com o objetivo de exigir o lançamento de no valor histórico de R\$141.081,62 acrescido de multa, em decorrência da constatação da de 6 infrações, sendo que as infrações 2, 3 e 4 foram desconstituídas no julgamento de primeira instância por serem julgadas nulas tendo o Recurso se voltado às infrações remanescentes do lançamento - 1, 5 e 6:

***Infração 1** – Deixou de apresentar documento fiscal quando regularmente intimado. Multa de R\$920,00*

***Infração 5** – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito, sendo lançado o valor de R\$44.585,87, acrescido de multa de 100%.*

***Infração 6** – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares declarado nas DMA, no valor de R\$80.722,30 acrescido da multa de 50%.*

Após a apresentação da defesa e da correspondente informação fiscal, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que julgou Procedente em Parte, por unanimidade, o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos, em resumo :

VOTO:

Relativamente à infração 01, trata-se de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, decorrente da falta de apresentação e entrega de livros fiscais essenciais para a realização dos trabalhos de fiscalização. O autuado foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais. Tal intimação atende ao disposto no § 4º do artigo 28 do RPAF/99, o qual determina que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original.

As intimações foram feitas, estando acostadas aos autos e não tendo sido atendidas implicaram na aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, e não como quer crer o contribuinte, em cobrança de imposto, estando a previsão da mesma contida no artigo 42, inciso XX, inciso II da Lei 7.014/96.

Ao não atender à segunda intimação feita pelo autuante, o sujeito passivo sujeitou-se, inclusive, a ser enquadrado na alínea “a” do dispositivo legal acima mencionado, sujeitando-se a lhe ser imputada, mais uma multa de R\$ 460,00, da qual não se tem conhecimento nos autos.

Observo, ainda, que embora o autuado em algum momento de suas manifestações fale em presteza no atendimento das intimações, isso não ocorreu, à vista dos documentos constantes do processo, não tendo o prazo legal de quarenta e oito horas para atendimento da intimação sido obedecido, o que, por si só, seria justificativa para a imposição de multa. Assim, a infração é procedente.

Relativamente à infração 05, foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, o que se constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, na forma prevista no inciso VII do § 4º do artigo 4º da Lei 7.014/96.

A argumentação da defesa é a de que, a acusação é confusa, tema já abordado anteriormente quando da análise das questões preliminares, mas neste momento reiterada a inexistência de qualquer confusão presente na acusação fiscal, estando os fatos devidamente descritos, de acordo com as planilhas de fls. 30 a 46, tendo os relatórios TEF sido entregues em mídia ao contribuinte.

Os argumentos e planilhas apresentados pelo autuado, não podem ser aceitos, por não possuírem natureza fiscal e probante. Não se pode também, considerar no caso, o argumento defensivo de que as vendas totais foram maiores do que aquelas realizadas por cartão de crédito, para descaracterização da acusação, nem a de que modalidades de pagamento outras, como vendas a dinheiro (à vista), ou a emissão de duplicatas sejam suficientes para elidir a acusação, diante do fato de que o comparativo deve ser feito entre as vendas realizadas na modalidade cartão de crédito/débito, motivo pelo qual entendo que caberia ao sujeito passivo apontar as vendas nesta modalidade, o que não o fez.

No caso concreto, observo que na situação ora analisada foi constatada diferença entre os valores informados pelas empresas administradoras de cartão e o registrado na leitura “Z” do ECF do estabelecimento autuado para caracterizar o cometimento da infração apurada, sendo que a exigência de imposto poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe a este exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do artigo 123 do RPAFBA/99, não cabendo a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme artigo 143 do mencionado Regulamento. Desta forma, não tendo o sujeito passivo coligido aos autos qualquer elemento válido que viesse a desconstituir a presunção legal, a infração é subsistente.

Quanto à infração 06, foi lançado imposto correspondente à diferença entre os valores informados na DMA e aqueles efetivamente recolhidos, sendo a tese defensiva a de negativa da ocorrência de tais diferenças, ao argumento de que ao se estabelecer no Estado da Bahia, teve algumas dificuldades em se adaptar à sistemática de cobrança do imposto, o que lhe trouxe alguns problemas, inclusive aquele relativos ao preenchimento de DMA. Ao seu turno, o autuante reitera a existência de diferenças, embasado em documentos que apresenta.

A acusação fundamenta-se na planilha de fl. 51. A defesa, ao amparo de seu argumento, juntou cópias de notas fiscais (fls. 306 a 313), que ao seu entender, elidiriam a infração, não tendo, todavia, se desincumbido satisfatoriamente da produção de prova convincente que amparasse a sua argumentação de equívoco na emissão da DMA, a qual foi posta em suas diversas manifestações, ou seja, ela teve toda a possibilidade de coligir aos autos a necessária prova.

Da mesma forma, iniciada a ação fiscal, não poderia o autuado, de forma espontânea, promover qualquer alteração em seus registros no período objeto da auditoria, vez que a intimação ou instalação dos trabalhos fiscais inibe tal procedimento, a menos que autorizado pela autoridade fiscal, o que não se tem notícia nos autos.

Poderia, por exemplo, ter trazido o Livro Registro de Apuração de ICMS, o qual deve ser espelhado no momento da emissão da DMA, como meio de confirmar as suas afirmativas defensivas, todavia não o fez. Isso fragiliza a arguição defensiva, até pelo fato do mesmo ser emitido e estar de posse da empresa autuado. Por tais razões, mantenho a autuação.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente em parte.

Constata-se que a 1ª JJF se posicionou em não acolher os argumentos aduzidos pela então impugnante, nestas 3 infrações, mantendo parcialmente o lançamento. Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, onde suscita ausência de fundamentação da Decisão da Junta, resultando em prejuízo à defesa.

Que quanto à multa por descumprimento de obrigação acessória, em momento algum se absteve de exibir a documentação, aduzindo que 48 horas era um prazo exíguo para apresentação e que havia pedido dilação de prazo e que a penalidade foi aplicada de forma reincidente, de R\$ 460,00 foi duplicada para R\$920,00. E que a documentação foi entregue em 11/04.

Que na infração 5 não houve fundamentação que embasasse a Decisão; que a redução Z é facultativa e de forma alguma é o meio adequado para apuração e constatação das divergências

apontadas; que o total das vendas, incluindo as feitas em dinheiro, foi de R\$7.759.172,94 e que o total do Relatório TEF aponta valor inferior de R\$7.313.372,37 e que foi comprovado que as operações de vendas realizadas pela empresa superam as operações declaradas pelas administradoras.

Que quanto à infração 6, recolheu a parte referente às operações com substituição tributária onde não existia protocolo entre a Bahia e os demais estados, e que estaria retificando a DMA zerando a divergência apontada pelo fisco. Que não houve pagamento a menos, pois houve equívoco na geração da DMA e que isto pode ser regularizado. Junta notas fiscais do mês de maio de 2013, onde se constata mais uma vez que o fornecedor é substituto tributário e ele é quem deve recolher o ICMS destacado na nota fiscal. Assim, aduz que embora tenha errado ao elaborar a DMA, não pode ser compelido a pagar tributo indevido. Protesta ainda pela confiscatoriedade da multa aplicada

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte em razão de se inconformar com a Decisão da 1ª instância, arguindo tanto razões de direito, como de fato, quanto à sua pretensão de elidir os itens 1, 5 e 6 do auto em epígrafe.

Inicialmente, nos cabe analisar diretamente as questões prejudiciais de direito arguidas, notadamente quanto ao pedido de nulidade da infração 5. Embora discorde quanto à existência de erro na fundamentação deste lançamento, entendo que a entrega do relatório da transmissão eletrônica – TEF analítico, com operações dia a dia para o contribuinte autuado, é peça fundamental ao exercício da ampla defesa e indispensável ao devido processo legal. Assim, consultando as provas anexadas ao processo entre as folhas 31/48, vejo que há cópias de relatório TEF resumo mensal e anual, mas não as cópias do relatório analítico, com as respectivas operações diárias, e também constato a ausência de quaisquer relatórios em mídia no processo.

O Relatório TEF analítico é fundamental até para que o contribuinte possa verificar o quantitativo mensal se confere com os dados anuais e mensais apontados pelo sistema DARC-GEIEF, que embasaram o lançamento, como os apontados à fl. 35 e 26, assim como a conferência de quais itens estão comprovados com emissão de cupom ECF como também as eventuais faltas de emissão do documento fiscal correspondente.

Embora no julgamento *a quo*, o Relator tendo apreciado as provas desta infração, concluiu que os relatórios TEF foram entregues ao contribuinte (fl.521) devo discordar quanto ao fato de que haja comprovação de que o relatório TEF analítico tenha sido entregue, mas possivelmente apenas os relatórios constam no processo; assim, não há em absoluto, qualquer comprovação da entrega do relatório analítico, porquanto à fl. 81 haja recibo de entrega de mídia com documentação probatória do lançamento, consta apenas LEVANTAMENTO DAS INFORMAÇÕES TEF X ECF REDUÇÃO Z: PLANILHAS DE CÁLCULO E DEMONSTRATIVOS DE DÉBITO – APURAÇÃO MENSAL, fazendo crer que são cópias dos mesmos documentos anexados às fls. 31/48.

Além disso, o Recorrente apresentou relatório analítico do mês de fevereiro de 2013, emitido pelas administradoras (fls. 128/150), e este Relator ao somar as vendas totais apontadas por cada administradora, encontrou um valor inferior ao apontado no demonstrativo do Relatório TEF resumo mensal apresentado pelo autuante.

É possível que o Recorrente pode ter deixado de apresentar a relação completa das operações de todas as operadoras para este mês, mas a falta de uma comprovação de entrega do relatório TEF analítico assim como a ausência de mídia contendo tais relatórios no processo, impede inclusive este Julgador de analisar os dados informados pelo contribuinte em sua defesa, em cotejo com os dados informados pelas administradoras, o que leva a uma insegurança do lançamento, notadamente quanto à base de cálculo aplicada.

Assim, restou comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, visto que o

posicionamento da JJF suprimiu instância de julgamento, tendo em vista a ausência no processo, de provas indispensáveis ao exercício da ampla defesa e do cumprimento do devido processo legal, conduz à nulidade da Decisão.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para decretar a nulidade da Decisão recorrida e o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de falhas, devendo os autos serem remetidos à INFAZ de origem para que seja entregue relatório TEF analítico ao Recorrente, reabrindo-se o prazo de defesa, bem como anexar mídia ao processo, com o citado relatório.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206935.0006/14-6**, lavrado contra **DLD COMÉRCIO VAREJISTA LTDA. (DADALTO)**. Retorna-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de falhas, devendo os autos serem remetidos à INFAZ de origem para que seja entregue relatório TEF analítico ao Recorrente, reabrindo-se o prazo de defesa, bem como anexar mídia ao processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS