

PROCESSO - A. I. 178891.6008/13-8
RECORRENTE - VINHAS E CAZAES RESTAURANTE LTDA. (SENTOLLAS RESTAURANTE) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0039-05/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/11/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0222-11/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Demonstrativos e descrição dos fatos evidenciam a ocorrência de infrações à legislação tributária. Providências saneadoras na fase de instrução processual para cientificar o estabelecimento autuado do Relatório TEF individualizado por operações não foram cumpridas. Existência de preterição de direito de defesa. De ofício, declarada a nulidade da Decisão e retorno dos autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. **Prejudicada** a análise do mérito. Recurso Voluntário **PROVIDO**. 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 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/09/13, exigindo ICMS no valor de R\$458.357,01 em razão da: *"Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito"*, acrescido das multas de 70% e 100%.

Na Decisão proferida (fls. 315 a 328), a 5ª JJF inicialmente afastou a preliminar de nulidade sob o argumento de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, fundamentando que a descrição dos fatos e capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável e que foi obedecido o devido processo legal, possibilitando o exercício da defesa e do contraditório, tendo destacado que:

A alegação do autuado de cerceamento do direito a ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que não foram demonstrados de forma clara e inequívoca os valores apurados, não tem acolhimento, pois os demonstrativos foram apresentados ao autuado consignando as receitas das vendas através dos cartões de créditos/débitos fornecidos pelas Administradoras de Cartões, bem como os registros que o autuado efetuou de suas vendas através do aludido meio de pagamento.

Assim, os TEFs e demonstrativos apresentados pelo autuante, às fls. 20 a 31 dos autos, contemplam as aludidas informações, ou seja, as vendas informadas pelas administradoras que deduzidos dos registros efetuados pelo autuado de vendas através do aludido meio de pagamento, resultam nas diferenças ora exigidas, com base na presunção de omissão de saída prevista no já citado dispositivo legal, cabendo observar que uma vez intimado o autuado não apresenta as fitas de redução Z, notas fiscais de venda ao consumidor, razão pela qual não foram consideradas nas aludidas planilhas os valores registrados com meio de pagamento através de cartões.

No tocante a aplicação da proporcionalidade de saídas tributadas, considerando a comercialização de bebidas, salientou que não foi feito em razão de que:

“... o autuado se recusou a oferecer os elementos para a aludida providência, conforme intimações efetuadas pelo autuante, obtendo resposta do autuado de que só dispunha do livro de ocorrência. Não permitindo, assim, o cálculo previsto na IN 56/98.

Consta, conforme relatado, às fls. 124/125, solicitação de diligência à INFAZ de origem para apuração da proporcionalidade, negada mais uma vez pelo autuante sob o argumento de que o sujeito passivo não

apresentou os documentos necessários para o cálculo.

Diante desse fato, foi designada nova diligência, à fl. 262, dessa ASTEC/CONSEF, para que fosse realizada a aludida diligência com intimação do autuado para apresentação da documentação necessária para o cálculo da proporcionalidade, conforme da IN nº 56/97.

Destacou o que foi consignado no Parecer da ASTEC/CONSEF, pelo resultado de diligência, informando que *o autuado foi intimado a apresentar os demonstrativos e documentos necessários aos cálculos das proporcionalidades (fls. 268/269), mas nenhum demonstrativo foi apresentado (DOC. FLS. 293/295).*

Também, que na consulta ao sistema de Informações do Contribuinte (INC) da SEFAZ, não consta nenhum dado da DMA, referente ao período fiscalizado (2008 a 2013).

Apreciou outras alegações, a exemplo de gorjetas, que não há qualquer documento apresentado pelo impugnante que demonstre o seu valor.

E ainda, quanto à alegação de que não autorizou as Administradoras de cartões a fornecer os dados à SEFAZ, obrigação das administradoras está prevista no art. 935 do RICMS/97.

Por fim, fundamentou que a exigência fiscal tem amparo no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, cuja ocorrência do fato gerador do imposto, atribuindo por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto é ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção. E que não tendo apresentado as provas para elidir a presunção legal, bem como para apurar a proporcionalidade das operações de saídas de mercadorias tributáveis, prevista na Instrução Normativa nº 56/07, julgou procedente a exigência fiscal.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, apreciou que a mesma é prevista na Lei nº 7.014/96 e em se tratando de descumprimento de obrigação tributária principal, não cabe competência a Junta de Julgamento Fiscal apreciar o pedido de redução ou cancelamento, nos termos dos artigos 159 e 169 do RPAF/BA. Da mesma forma, não cabia, também a apreciação quanto à inconstitucionalidade da legislação tributária, em conformidade com o art. 167 do citado diploma legal.

Finalizou, decidindo pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto (fls. 340/367), o recorrente argumentou que na apuração dos valores exigidos foi confrontado os valores consignados nos seus documentos fiscais (ECF e NF) com o montante do *Relatório TEF Anual*, com apuração mensal, fornecido pelas empresas administradoras de Cartão de Crédito/Débito, o que não possibilitou exercer o exercício do contraditório.

Constato que esta alegação foi formulada na defesa apresentada (*.... Junta apenas ‘Relatórios de Informações TEF – Anual’*, com os valores identificados por mês ...).

A 5ª JJF determinou a realização de diligência fiscal (fl.262), no sentido de intimar o autuado para apresentar documentos fiscais para apurar a proporcionalidade de operações tributadas e não tributadas (IN 56/97) e também a Entrega ao autuado do **Relatório TEF individualizado por operação**, com o devido recibo e reabertura do prazo de defesa.

A diligência foi cumprida em parte (fls. 265 a 268), cujo Parecer da ASTEC informa que não foi efetivado o cálculo da proporcionalidade em razão de o sujeito passivo não ter fornecido os documentos necessários, em atendimento a intimação.

Na intimação relativa à cientificação do resultado da diligência fiscal (fls. 299/300), foram entregues os documentos acostados às fls. 262 a 295, porém *não foi providenciada a entrega do Relatório TEF individualizado por operação.*

Após a manifestação do autuado (fls. 301/309), o processo foi pautado e julgado pela 5ª JJF.

Pelo exposto, considerando que a 5ª JJF determinou a realização de diligência fiscal, no sentido de fazer entrega do *Relatório TEF individualizado por operação* e este procedimento é essencial, para proporcionar o confronto das operações individualizadas informadas pelas empresas administradoras de cartão (crédito/débito) com as operações mercantis praticadas pelo sujeito passivo, com emissão de documentos fiscais (cupons/ECF e notas fiscais), entendo que o suprimento deste procedimento saneador configura cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

Assim sendo, voto pela NULIDADE da Decisão, devendo os autos retornar a 1ª Instância para adotar providências no sentido promover a realização de diligência fiscal (fl. 262), fazendo entrega ao contribuinte do Relatório TEF individualizado por operações, reabrindo o prazo de defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 178891.6008/13-8, lavrado contra **VINHAS E CAZAES RESTAURANTE LTDA. (SENTOLLAS RESTAURANTE) - ME**, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS