

PROCESSO - A. I. N° 232115.0020/15-8
RECORRENTE - SOL E TON MODA SURF LTDA. (TRIBUS) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0235-01/16
ORIGEM - INFRAZ VITORIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0242-12/17

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. **a)** PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INSEGURANÇA DO PROCEDIMENTO AUTUADO. Ausência nos autos de elementos suficientes para determinar as infrações imputadas, com segurança. Nulas as imputações conforme os termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Acolhida a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração *Nulo*. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª JJF, proferida através do Acórdão n° 0235-01/16, que julgou o Auto de Infração Procedente, no valor de R\$94.997,17, mais multa de 75%.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/08/2015, formaliza a exigência de ICMS pelo cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 (17.03.16): omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, ocorrido nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, acrescido de multa de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

INFRAÇÃO 2 (17.02.01): efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Simples Nacional, implicando em não recolhimento da parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, ocorrido nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, acrescido de multa de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

A 1º JJF julgou o Auto de Infração Procedente, após tecer dos seguintes comentários:

VOTO

“A apuração do imposto devido na infração 1 decorreu da diferença encontrada nos anos de 2012 a 2014 entre os totais mensais de vendas ocorridas mediante pagamento com cartão, cujas informações foram prestadas pelas administradoras, e os totais encontrados nas vendas declaradas pelo autuado em cupons fiscais e notas fiscais como tendo ocorrida por meio de cartão de crédito ou débito. Na infração 2, foi recalculado o imposto devido em razão da alteração da alíquota aplicável sobre o faturamento já que foi somado ao faturamento declarado pelo autuado o valor encontrado como omissão de saídas na infração 1 nos anos de 2012 a 2014.

Não acato o pedido de nulidade da infração 1 sob a argumentação de quebra de sigilo fiscal, direito previsto nos incisos X e XII do texto Constitucional. já que o autuado entendia que as informações não poderiam ser obtidas das instituições financeiras antes de iniciado o processo administrativo. A prestação das informações obedece ao disposto no art. 35-A da Lei nº 7.014/96 que exige a entrega das informações e remete ao regulamento a definição do prazo e da forma de sua apresentação. A Portaria nº 124/2006 estabeleceu que as administradoras de cartão de crédito deveriam entregar à SEFAZ até o décimo quinto dia de cada mês, arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito e de débito efetuadas no mês anterior por contribuintes do ICMS deste Estado. Ademais, o art. 167 do RPAF estabelece que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

De acordo com o § 3º do art. 1º da Portaria 124/06, as informações das administradoras de cartão deverão ser entregues validados pelo programa Validador TEF e transmitidos, via Internet, com uso do Programa de Transmissão Eletrônica de Documentos (TED), disponíveis no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br do Sistema Integrado de Informações (SINTEGRA). Portanto, estas informações são prestadas por meio de

programas que atestam a validade e autenticidade da sua origem. O autuado tem acesso às informações diretamente com as administradoras de cartão. O questionamento da autenticidade da documentação apresentada se revela inócuo se não vem acompanhada dos relatórios que reconheça como autênticos.

O método utilizado pelo autuante para apuração do imposto devido na infração 1 está baseado em hipótese legal de presunção, contida no inciso VII do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, conforme texto da descrição da infração, que autorizava a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto quando a escrituração indicasse a ocorrência de vendas declaradas pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras. Portanto, não procede a reclamação do autuado de falta de compreensão de qual dos incisos do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 o autuante balizou a presunção aplicada.

As informações prestadas pelas administradoras de cartões, referentes aos valores de cada operação realizada de 2012 a 2014, constam no processo em CD à fl. 40, junto a documento que comprova o recebimento pelo autuado, em arquivo denominado “anexo 7”, na pasta relativa ao anexo de cada ano. Portanto, não subsiste a alegação de cerceamento de defesa pois os relatórios apresentados pelas administradoras de cartão foram entregues ao autuado com concessão de prazo para apresentação do contraditório.

Diante da argumentação da defesa de que não houve cotejamento dos valores dos documentos emitidos com os valores informados pelas administradoras de cartão, o processo foi remetido em diligência para que o autuado fornecesse planilha associando o valor do documento fiscal emitido com o valor informado pela administradora em cada operação. Entretanto, apesar de regularmente intimado, não se manifestou.

No anexo 7, existente em cada pasta relativa ao ano da fiscalização, conforme CD à fl. 40, o autuante indica todos os valores dos documentos fiscais emitidos pelo autuado que continham a indicação do meio de pagamento como sendo em cartão e que foram abatidos do total informado pelas administradoras. Na busca pela verdade material e garantindo o amplo direito de defesa, foi dada a oportunidade ao autuado para que ele apresentasse outros documentos fiscais emitidos, cujos valores e datas de emissão coincidisse com os informados pelas administradoras.

O autuado não fez um levantamento individualizado que pudesse vincular o valor das vendas via cartão com os cupons fiscais emitidos. A acusação é de fato uma presunção prevista em lei, cabendo ao autuado apresentar esta vinculação para que se pudesse afastá-la, haja vista que o relatório da administradora de cartão informa as vendas via cartão por cada operação realizada. Vinculação esta que não foi efetivamente realizada pelo autuado.

A falta de apresentação de documentação capaz de afastar a presunção da ocorrência de vendas sem emissão de documentos fiscais, com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartão, conduz à serena conclusão de que a infração 1 é procedente.

Em relação à infração 2, concluo que, diante da confirmação da procedência da infração 1, foi correta a ação fiscal em refazer o cálculo do faturamento da empresa visando a revisão do percentual da alíquota que deveria ter sido aplicado em cada período de apuração, em razão da acumulação do valor do faturamento nos doze meses imediatamente anteriores ao da apuração do imposto devido. Concluo pela procedência da infração 2.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.”

A Recorrente repetiu em seu pedido recursal as mesmas teses lançadas em sede de impugnação, a saber:

- Sigilo Bancário - “Certo é que, considerando que as informações transmitidas e fornecidas pelas Operadoras de Cartão de Crédito e Débito são, por definição legal, informações financeiras, deverão estar inseridas no rol de informações protegidas pelo sigilo bancário, até porque as instituições que a fornecem, também, por definição legal, são instituições financeiras, nos termos da Lei Complementar n.105/2001, logo, sujeitas aos limites constitucionais supramencionados.”
- Utilização de Prova Documental Apócrifa - “Resta evidente que os extratos fiscais enviados por mídia magnética ao contribuinte e utilizados como fundamento à Lavratura do Auto de Infração aqui hostilizado não possuem subscrição válida, ou seja, não há nos autos informação que comprove a origem e a autenticidade dos documentos/extratos utilizados na apuração do quantum debeatur. Os extratos, ditos fornecidos por operadoras de Cartão de Crédito e Débito, na verdade, foram confeccionados pelo próprio preposto fazendário, sem qualquer comprovação de sua validade, ou veracidade de suas informações. Prova disto é que os demonstrativos constantes nos autos não possuem informações quanto à origem, sendo certo que, conforme o próprio documento atesta.”

No mérito aduz que a Receita Bruta, apurada a partir das vendas globais, conforme documentos fiscais impressos pela ECF, engloba todo e qualquer tipo de operação de circulação de mercadoria, seja resolvida mediante pagamento em espécie, ou débito, ou crédito.

Alega que duas seriam as formas de se valer de informações fornecidas por instituições financeiras operadoras de cartão de crédito/débito: i) mediante comparação, Receita informada ao fisco x valores informados pelas instituições administradoras de cartão de crédito/débito; ii) comparação de valores de vendas com cartão de crédito e débito informados pelo contribuinte x valores informados pelas instituições financeiras, relativamente à venda de cartão de crédito/débito, afirmando que não houve informação clara de qual método foi empenhado na lavratura do Auto de Infração, entendendo portanto que houve cerceamento do direito de defesa.

Aduz que não seria pertinente a cobrança de imposto sob a égide da presunção da omissão de saída, considerando que a Recorrente declarou nos anos respectivos calendários receitas superiores àquelas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito.

De logo, considerando entender que a INFRAÇÃO 1 é improcedente, inevitavelmente, a Infração 2 por conseguinte perde sua legalidade, visto que as supostas omissões detectadas pelo autuante foram somadas aos valores declarados, repercutindo na alíquota do ICMS aplicado pela faixa de receita bruta acumulada do anexo I, do Regime do Simples Nacional.

Entendeu que a JJF ao apreciar as razões de defesa não trouxe informações relevantes que justificasse ou mesmo fundamentasse o descumprimento de previsões legais relativas às formalidades procedimentais, restando evidente que o Julgamento deixou de apreciar matéria arguida pela Recorrente, reiterando o cerceamento de defesa e o descumprimento do devido processo legal.

Alega que, pela falta do cumprimento dos critérios legais de apuração da base de cálculo, sua defesa foi prejudicada, tendo sido sonegado o direito de ter o seu auto de infração submetido à diligência. Pede improcedência do Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

De logo, sinalizo para ausência nos autos do Relatório Diário por Operação TEF, peça indispensável para o desenvolvimento a contento da peça de defesa da Recorrente.

Entendo, portanto, que a Recorrente foi cerceada do seu direito de defesa, notadamente porque a falta deste documento representa vício que impede o devido processo legal.

Vejo que, sem o referido documento, a Recorrente jamais poderia realizar de forma confiável a devida confrontação dos valores obtidos nas reduções “Z” e documentos fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, ficando claro o cerceamento de defesa.

Por tudo o quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado e julgo NULO o Auto de Infração, em razão de não estarem presentes nos autos elementos suficientes para se determinar a infração com segurança, nos termos do art. 18, II, combinado com o inciso IV, “a”, do RPAF/99.

VOTO DIVERGENTE

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento da ilustre Relatora, quanto à sua decisão de julgar nulo o Auto de Infração, pois vislumbro que deveria ser anulada a Decisão da JJF, exarada através do Acórdão JJF nº 0235-01/16, na qual, por unanimidade, julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, atropelando a diligência determinada pelo próprio colegiado, à fl. 108 dos autos, no sentido de proceder medida saneadora no processo administrativo fiscal.

Tal medida saneadora determinava que fosse anexado aos autos o relatório de informações TEF diário, referente à infração 1, e depois remetidos os autos para:

- i) o autuado apresentar no prazo de 60 dias planilha que vinculasse documento fiscal emitido

com o valor de receita informado pela administradora de cartão de crédito nas respectiva data; ii) o autuante, após cumprido o item anterior, excluísse do levantamento fiscal os valores eventualmente comprovados.

Contudo, consoante se pode observar às folhas seguintes à determinação da diligência, em que pese à efetiva intimação ao procurador do sujeito passivo, a mesma foi realizada no sentido de *“Fica o contribuinte intimado a comparecer à Inspetoria Fazendária de sua Circunscrição Fiscal, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data do recebimento desta intimação, para que possa se manifestar, caso queira.”*, consoante se verifica às fls. 121 a 122 dos autos.

Portanto, há de se convir que *não se cumpriu* a determinação da diligência fiscal de anexar aos autos o relatório de informações TEF diário e muito menos a intimação ao sujeito passivo nos termos consignados, ou seja, *apresentar planilha vinculando documento fiscal à receita de cartão*.

Contudo, apesar de tal falha processual, a qual deve ser saneada conforme foi determinada, a JJF submeteu o PAF a julgamento e concluiu pela procedência do lançamento de ofício.

Diante de tais considerações, vislumbro que há precariedade na forma que foi efetivado o julgamento de piso, ensejando cerceamento ao direito de defesa pela ausência do relatório de informações TEF diário, documento que serve de lastro à acusação fiscal, o qual deverá ser anexado aos autos e reaberto o prazo de defesa ao contribuinte, como inicialmente determinado pela JJF, retomando o devido processo legal a partir destas medias saneadoras.

Eis as razões de divergir do voto da ilustre relatora, pois entendo que não se trata de nulidade do Auto de Infração, o qual poderá ser saneado com a anexação do relatório TEF, mas, sim, da nulidade da Decisão recorrida exarada com preterição do direito de defesa, essa sim irreparável e fulminada pela nulidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232115.0020/15-8, lavrado contra **SOL E TON MODA SURF LTDA. (TRIBUS) - EPP**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Denise Mara Andrade Barbosa, José Carlos Barros Rodeiro e Paulo Sérgio Sena Dantas.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Ildemar José Landin e Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS