

A. I. Nº - 210402.0003/15-3
AUTUADO - HIPER CANAL COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ROBERTO GALRÃO LEAL
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01.09.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0151-04/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O autuante, apesar de informar que apurou a receita das vendas sem emissão de cupom fiscal, por meio do confronto entre as operações de vendas em cartão de crédito ou débito, registradas na memória da fita detalhe (MFD) dos ECFs utilizados pelo contribuinte e nas notas fiscais emitidas, com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, não cuidou de apresentar as planilhas comprobatórias desse alegado confronto. Existência de cerceamento ao direito de defesa do autuado, que não pôde ter acesso a tais informações para verificação do trabalho fiscal, além da falta de provas das acusações fiscais apontadas neste auto de infração. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 11/06/15, para exigir ICMS no valor total de R\$103.496,33, com as seguintes imputações:

Infração 1 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor (janeiro de 2012 a dezembro de 2014). Valor exigido: R\$78.778,44. Multa de 75%;

Infração 2 – omitiu saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões - sem dolo (janeiro de 2012 a dezembro de 2014). Valor exigido: R\$24.717,89. Multa de 75%.

Na petição de defesa o sujeito passivo informa que possuía, de janeiro de 2012 a abril de 2014, duas máquinas ECF, devidamente homologadas no sistema da SEFAZ (ECF 03 e ECF 04), e, a partir de maio de 2014, adquiriu mais um equipamento ECF, o qual foi registrado como ECF 05, ficando, assim, com três unidades em pleno funcionamento.

Alega que o somatório das operações de vendas pagas com cartão de débito/crédito que o autuante apurou é muito inferior ao total expresso nos documentos fiscais emitidos, o que teria causado a suposta diferença na comparação com as informações emitidas pelas administradoras de cartão de débito/crédito.

Exemplifica dizendo o seguinte:

1. “no mês de Dezembro de 2012 (separado por amostragem por apresentar maior diferença de imposto apurado do exercício), o autuante lançou na sua planilha “Apuração Mensal Da Omissão De Saídas Das Vendas Com Cartão De Débito/Crédito (Tef)” na coluna “Vendas com cartão com emissão de documentos fiscais”, o total de R\$85.005,85, entretanto, naquele mesmo mês, após proceder a leitura correta dos documentos fiscais

emitidos com título de vendas com cartão, o valor correto seria R\$191.828,68, notadamente, as administradoras de cartão de débito e crédito informaram naquele mês o montante de R\$118.576,93, assim, a diferença a maior (e não a menor como pseudamente apurou o preposto fiscal) emitida pelo recorrente é decorrente de vendas através de vales refeições e tickets alimentação que o recorrente utiliza e mesma tecla da máquina ECF para recebimentos com cartões". Observa que tal situação ocorreu em todos os demais meses do exercício, não havendo, portanto, nenhuma diferença.

2. *"no mês de Agosto de 2013 (separado por amostragem por apresentar maior diferença de imposto apurado do exercício) o autuante lançou na sua planilha "Apuração Mensal Da Omissão De Saídas Das Vendas Com Cartão De Débito/Crédito (Tef)" na coluna "Vendas com cartão com emissão de documentos fiscais" o total de R\$106.298,37, entretanto, naquele mesmo mês, após proceder a leitura correta dos documentos fiscais emitidos com título de vendas com cartão, o valor correto seria R\$213.986,99 , notadamente, as administradoras de cartão de débito e crédito informaram naquele mês o montante de R\$134.385,07, assim, a diferença a maior (e não a menor como pseudamente apurou o preposto fiscal) emitida pelo recorrente é decorrente de vendas através de vales refeições e tickets alimentação que o recorrente utiliza a mesma tecla da máquina ECF para recebimentos com cartões". Afirma que situação ocorreu em todos os demais meses do exercício, não havendo, portanto, nenhuma diferença.*
3. *"no mês de Abril de 2014 (separado por amostragem por apresentar maior diferença de imposto apurado do exercício) o autuante lançou na sua planilha "Apuração Mensal Da Omissão De Saídas Das Vendas Com Cartão De Débito/Crédito (Tef)" na coluna "Vendas com cartão com emissão de documentos fiscais" o total de R\$23.722,83, entretanto, naquele mesmo mês, após proceder a leitura correta dos documentos fiscais emitidos com título de vendas com cartão, o valor correto seria R\$207.055,94 , notadamente, as administradoras de cartão de débito e crédito informaram naquele mês o montante de R\$127.888,86, assim, a diferença a maior (e não a menor como pseudamente apurou o preposto fiscal) emitida pelo recorrente é decorrente de vendas através de vales refeições e tickets alimentação que o recorrente utiliza a mesma tecla da máquina ECF para recebimentos com cartões". Afirma que situação ocorreu em todos os demais meses do exercício, não havendo, portanto, nenhuma diferença.*

Acrescenta que, *"com a correção dos valores das vendas com cartão de débito/credito em todos os meses do exercício auditado, considerando de Janeiro/2012 a Dezembro/2014, cujo valores de omissões ou diferenças a menor estará zerado, não haverá base de calculo para a aplicação das infrações 01 e 02 alegadas pelo autuante". (sic)*

Apresenta relatório denominado *"MAPA DIARIO"*, *"alusivo aos meses DEZEMBRO/2012, AGOSTO/2013 e ABRIL/2014, pedagogicamente apresentados, de forma detalhada e cronológica, demonstrando os equívocos cometidos pelo autuante ao realizar erradamente a menor a soma das vendas com cartão de débito/crédito auferida pelo recorrente, cujo documentos fiscais foram corretamente emitidos, nos termos da legislação em vigor, não tendo sido alvo de impugnações, anulações ou glosas por parte do autuante". (sic)*

Conclui que o lançamento é improcedente, *"porque é consubstanciado unicamente no lapso cometido pelo preposto fiscal quando do levantamento do relatório APURAÇÃO DA DIVERGENCIA DAS VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO (TEF) em especial na coluna "DOCUMENTOS EMITIDOS COM VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO" inserindo em todos os meses auditados, considerando de JANEIRO/2012 a DEZEMBRO/2014, valores a menor dos efetivamente praticados pelo recorrente, através de emissão documentos fiscais regularmente emitidos, nos termos da legislação em vigor, não tendo sido alvo de impugnações, anulações ou glosas por parte do autuante. gerando, assim, uma pseuda omissão de receita". (sic)*

Pede a retificação do trabalho fiscal e a improcedência do auto de infração.

O autuante, em sua informação fiscal, explica o procedimento adotado na autuação, relativamente apenas ao mês de abril de 2014, da seguinte forma:

1. ressalta que, embora o autuado tenha informado que vendeu por meio de cartão de crédito e débito, no valor de R\$207.055,94, ele (autuante) consignou somente o montante de R\$23.722,83 no relatório que elaborou e denominado “Apuração Mensal da Omissão de Saídas das Vendas com Cartão de Débito/Crédito (TEF)”, na coluna “Vendas com Cartão com Emissão de Documentos Fiscais” (fl. 72);
2. diz que apurou a receita omitida das vendas pagas por meio de cartão, por meio do confronto entre os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito e as operações de vendas pagas por meio de cartão (crédito/débito) constantes nas notas fiscais emitidas e na memória da fita detalhe (MFD) dos ECFs utilizados pelo contribuinte;
3. observa que, naquele mês, as administradoras de cartões de crédito/débito informaram as vendas realizadas pelo contribuinte no valor de R\$127.888,86;
4. cada operação de venda informada pelas administradoras foi relacionada ao cupom fiscal correspondente em função da data e valor, conforme planilha anexa (fls. 252 a 275), na qual se pode identificar também o ECF que emitiu o documento fiscal;
5. após o cruzamento das informações, concluiu que:
 - a) *“as administradoras não informaram todas as vendas em cartão realizadas pelo Contribuinte”;*
 - b) *“do valor de R\$127.888,86, informado pelas Administradoras, encontramos R\$23.722,83 de vendas com emissão de cupom fiscal”;*
 - c) *“esse valor foi apropriado no relatório de “Apuração Mensal da Omissão de Saídas das Vendas com Cartão de Débito/Crédito (TEF), na coluna “Vendas com Cartão com Emissão de Documentos Fiscais”, fls.72, como vendas em cartão com emissão de documentos fiscais encontradas no montante informado pelas Administradoras”;*
 - d) *“o valor resultante da diferença entre o valor informado de R\$127.888,86 e o valor dos cupons fiscais encontrados, R\$23.722,83, é de R\$104.166,03, considerado venda sem emissão de cupom fiscal, omisão apurada no levantamento fiscal”;*
 - e) *“do valor total encontrado nos documentos fiscais, R\$207.055,94, apenas foi informado pelas Administradoras o valor de R\$23.722,83, consequentemente, não foi informado o valor de R\$183.333,10, que não representam irregularidades, vez que, foram emitidos os cupons fiscais”;*
 - f) *“por fim, concluímos que, apesar de o Contribuinte ter certa regularidade na emissão de documento fiscal nas operações de saídas com pagamento em cartão, ainda foi constatado vendas sem emissão de cupom fiscal/nota fiscal, cuja infração determinou a cobrança de diferença de ICMS”.*

Acrescenta que *“a partir dessa verificação detalhada do mês de abril/2014 na planilha anexa podemos utilizar o mesmo raciocínio lógico para todo o exercício fiscalizado, de forma que, o alegado pela Autuada não procede”*.

Mantém o auto de infração e afirma que está anexando uma *“planilha explicativa para entendimento do procedimento fiscal adotado no levantamento das vendas informadas pelas Administradoras sem emissão de documento fiscal”*.

Notificado da informação fiscal, o autuado novamente se manifestou aduzindo que a autuação merece reparos, tendo em vista a existência de erros, pois *“o autuante tomou valores a menor quando fez a soma das vendas realizadas pelo contribuinte com emissão de cartão de crédito/debito, originando, assim, pseuda omissão de vendas, objeto da lavratura do combatido auto de infração”*, sendo suficiente para constatar os equívocos, em seu entendimento, *“tão*

somente a leitura do item MEIOS DE PAGAMENTO, sub item CARTÃO, disposto nas REDUÇÕES Z". (sic)

Alega que o preposto fiscal não contradisse sua argumentação, “esquivando-se de esclarecer exatamente qual a origem da omissão de vendas por ele apurada, já que em todos os meses, em verdade, o valor de vendas á cartão informada pelas administradoras estão bem a menor daquelas emitidas pelo recorrente”, situação que não configura omissão de receitas.

Acrescenta que “o autuante deveria, então, trazer aos autos os valores corretos das vendas informadas pela administradoras de cartões sob pena de cerceamento de defesa” e aduz que “o conceito de omissão de receita, tomado pelo autuante está redondamente equivocado”.

Observa que “apresentou planilha sinótica e detalhada acerca das vendas efetuadas com recebimento em cartões, por amostragem, neste feita, e para efeitos de melhor elucidação dos argumentos, agora apresenta de forma integral e trás aos autos cópia das REDUÇÕES Z, emitida DIARIAMENTE, durante o período fiscalizado, onde claramente estão disposto as vendas á CARTÃO em campo próprio” e que, “após a finalização das planilhas detalhadas (em anexo) a consolidação mensal, tomando como parâmetro de confronto VENDAS INFORMADAS PELA ADMINISTRADORAS X VENDAS A CARTÃO COM EMISSÃO DE NOTAS PELO CONTRIBUINTE”. (sic)

Requer a correção do “relatório APURAÇÃO DA DIVERGÊNCIA DAS VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO (TEF) em especial na coluna “DOCUMENTOS EMITIDOS COM VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO” que o autuante inseriu em todos os meses auditados, considerando de JANEIRO/2012 a DEZEMBRO/2014, valores a menor dos efetivamente praticados pelo recorrente, através de emissão documentos fiscais regularmente emitidos, nos termos da legislação em vigor, não tendo sido alvo de impugnações, anulações ou glosas por parte do autuante, gerando, assim, uma pseuda omissão de receita, posto que, aqueles valores inseridos pelo preposto fiscal são totalmente estranhos aos constantes do acervo fiscal do recorrente”. (sic)

Por fim, pede a improcedência do auto de infração.

Em nova informação fiscal, o autuante afirma que, em seu pronunciamento anterior expôs “todos os argumentos que comprovam que a lavratura do respectivo Auto de Infração seguiu rigorosamente as recomendações legais aplicáveis para o procedimento fiscal”, nada tendo a acrescentar, uma vez que o contribuinte apresentou as mesmas alegações contidas na peça defensiva.

VOTO

O presente processo é composto de duas infrações constatadas em estabelecimento de contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional: a primeira imputação versa sobre a exigência de ICMS apurado no âmbito do Simples Nacional e a segunda foi lançada para exigir o tributo sob a acusação de omissão de operações e saídas de mercadorias constatadas pelo confronto entre os documentos fiscais emitidos e as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.

O defensor contestou ambas as infrações, alegando, em suma, que emitiu documentos fiscais em valor superior àquele informado pelas administradoras de cartões de crédito e débito e, portanto, não haveria diferença de imposto a recolher.

Ressalto que consta neste processo administrativo fiscal, impressos e gravados no *compact disk* apensado à fl. 81-A, os documentos a seguir elencados, **apresentados em listagens isoladas e sem nenhuma vinculação entre si**, não servindo, portanto, para a comprovação da existência das divergências apontadas (relativas a 2012, 2013 e 2014):

1. Relatório de Informações TEF – Anual;
2. Extrato do Simples Nacional;

3. Demonstrativo **sintético mensal** de Apuração de Divergências com Cartão de Crédito (TEF), com o somatório por mês das supostas divergências (AUDIG);
4. Relação de DANFEs;
5. Relação de notas fiscais emitidas pelo contribuinte;
6. Relação de cupons fiscais emitidos pelo autuado;
7. Relatório Diário Operações TEF.

O autuante, apesar de informar que apurou a receita omitida das vendas pagas por meio de cartão, pelo confronto entre os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito e as operações de vendas pagas por meio de cartão (crédito/débito) constantes nas notas fiscais emitidas e na memória da fita detalhe (MFD) dos ECFs utilizados pelo contribuinte, não trouxe aos autos o demonstrativo que comprovaria esse confronto e as divergências apontadas.

Verifico que, apenas na informação fiscal, é que a autoridade lançadora elaborou e anexou um demonstrativo analítico de tal confronto, **referente apenas ao mês de abril de 2014**, com a comparação entre todas as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito e os cupons fiscais emitidos pela empresa com o pagamento realizado por aqueles meios, para tentar demonstrar as operações em que supostamente não houve a emissão do respectivo cupom ou nota fiscal (fls. 250 a 275).

Saliento, todavia, que, mesmo esse demonstrativo comparativo entre os documentos fiscais emitidos e as informações das administradoras, apresenta dados incongruentes, como a seguir explicitado:

1. na primeira parte do demonstrativo, na coluna “Vendas em cartão realizadas pelo contribuinte”, foram indicados somente três números para todos os dias do mês (BE091010100010036108, BE091010100010038220 e EP0811310000000056847), no que parecia ser a autorização para venda em cartão de crédito,
2. o autuante apurou: (i) o valor de R\$23.722,84 a título de “vendas em cartão realizadas pelo contribuinte”; (ii) o montante de R\$127.888,87 como “vendas em cartão informadas pelas administradoras”; (iii) concluiu que havia uma divergência de R\$104.166,03 e exigiu o ICMS sobre essa suposta omissão;
3. na segunda parte do demonstrativo, o preposto fiscal recomeçou do dia primeiro de abril, indicou os mesmos números acima mencionados (BE091010100010036108, BE091010100010038220 e EP0811310000000056847) e foi relacionando os números de cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, com os respectivos valores, mas que não tinham correspondência no relatório enviado pelas administradoras;
4. concluiu que havia um somatório de R\$183.333,10 referente a receitas de vendas realizadas por meio de cupons fiscais emitidos pelo contribuinte autuado e pagos mediante cartões de crédito e/ou débito, mas que, segundo ele, se referia a “*venda não informada*” pelas administradoras;
5. em resumo, o autuante apurou, no mês de abril de 2014, os seguintes valores:
 - a) receita de vendas feitas por meio de cupons fiscais e pagas com cartão de crédito/débito => R\$23.722,84 + R\$183.333,10 = R\$207.055,94;
 - b) total informado pelas administradoras de cartões de crédito/débito = R\$127.888,87 (ou seja, inferior àquele relativo aos cupons fiscais);
 - c) apurou uma “divergência” de R\$104.166,03.

Vale ressaltar que o próprio autuante afirmou, quanto ao mês de abril de 2014, que “*as administradoras não informaram todas as vendas em cartão realizadas pelo Contribuinte*” e

que, “*do valor total encontrado nos documentos fiscais, R\$207.055,94, apenas foi informado pelas Administradoras o valor de R\$23.722,83, consequentemente, não foi informado o valor de R\$183.333,10, que não representam irregularidades, vez que, foram emitidos os cupons fiscais*”, o que, sem dúvida, lança mais dúvidas a respeito da higidez deste lançamento de ofício.

Em conclusão, pela análise do trabalho fiscal e pelas explicações dadas na informação fiscal (concernentes ao mês de abril de 2014), tudo leva a crer que, na verdade, o autuante está exigindo tributo em relação à **diferença a maior** existente entre os valores constantes nos documentos fiscais de saídas de mercadorias, em contraposição às informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, o que, obviamente, estaria em absoluta dissonância com a legislação regente, que prevê a cobrança do ICMS **nas diferenças a menor** entre as duas grandes (documentos fiscais *versus* informações das administradoras).

Entretanto, como o demonstrativo analítico somente foi elaborado, pelo autuante, para o mês de abril de 2014, não há nenhuma certeza quanto ao procedimento fiscal adotado para os exercícios de 2012, 2013 e 2014, restando evidente a existência de cerceamento ao direito de defesa do autuado, que não pôde ter acesso a tais informações para verificação do trabalho fiscal, além da falta de provas das acusações fiscais apontadas neste auto de infração.

Em consequência, não resta outra alternativa a não ser a declaração de nulidade do lançamento, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, a seguir transcrita:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Saliento, por fim, que, como a infração 1 é decorrente da infração 2, ambas foram atingidas pelo o vício apontado neste voto.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando à autoridade competente que verifique a possibilidade de repetir a ação fiscal a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210402.0003/15-3, lavrado contra **HIPER CANAL COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, recomendando à autoridade competente que verifique a possibilidade de repetir a ação fiscal a salvo de falhas.

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

Sala de sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA