

PROCESSO - A. I. Nº 210402.0003/15-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - HIPER CANAL COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0151-04/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0101-11/17

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão de a Junta de Julgamento Fiscal decidido pela Nulidade do Auto de Infração, lavrado em 11/06/15, o qual exige 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%.

Após devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Nulidade nos seguintes termos:

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 defendente 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 começou 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 grandezas (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 transcrito:

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.

Em conformidade com o art. 169, I, "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, a referida Junta recorreu, de ofício, da própria Decisão.

VOTO

Visa o presente Recurso de Ofício a reapreciação da Decisão de piso que entendeu pela Nulidade do referido Auto de Infração.

Ocorre que não merece qualquer modificação a Decisão proferida, conforme veremos adiante.

Compulsando os autos do PAF, verifico que o mesmo restou prejudicado por inconsistências na realização do procedimento fiscal.

Após recebimento do Auto de Infração, a recorrida apresentou impugnação inicial apontando equívocos nos anos apurados (2013 a 2014).

A título de amostragem confrontou os meses de dezembro de 2012; agosto/2013 e abril/2014, demonstrando que 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" valores menores do que os apresentados nos documentos fiscais emitidos com título de vendas com cartão, sendo que as administradoras apresentaram valores menores, o que acarretou numa diferença a maior (e não a menor como apurou equivocadamente o autuante). Explica que a diferença se deu a maior porque foram considerados pela recorrida as vendas através de vales refeições e tickets alimentação que o mesmo utiliza na mesma tecla da máquina ECF para recebimentos com cartões.

Ademais, apresentou a recorrida "MAPA DIÁRIO" dos períodos autuados, de forma detalhada, demonstrando os equívocos cometidos.

Em informação fiscal, o autuante utiliza o mês de abril como parâmetro para análise e, após a mesma (momento em que apresentou demonstrativo analítico contendo as divergências), identificou, dentre outros pontos, 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*".

Assim, comungo do entendimento da Junta de Julgamento Fiscal de que houve confronto com a legislação vigente, vez que 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 grandezas (documentos fiscais versus informações das administradoras).

Deste modo, assiste razão a recorrida quando diz que houve cerceamento de defesa, posicionamento este defendido pela julgadora de primeira instância, o qual motivou a nulidade do Auto de Infração em comento, já que: “*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*”.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo inalterada a Decisão de piso que julgou NULO o Auto de Infração, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, recomendando à autoridade fiscalizadora que verifique a possibilidade de repetir a ação fiscal a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida para julgar NULO o Auto de Infração nº **210402.0003/15-3**, lavrado contra **HIPER CANAL COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, Recomenda-se à autoridade competente que verifique a possibilidade de repetir a ação fiscal a salvo de falhas.

Sala de sessões do CONSEF, 12 de Abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS