

A. I. Nº - 298921.0012/16-1
AUTUADO - BARRACA DO LORO LTDA.
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0082-05/18

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DECLARADAS EM MONTANTE INFERIOR AO FORNECIDO POR EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Contudo, na presente lide a Auditoria de Cartão de Crédito/Débito não foi corretamente aplicada, sequer consta nos autos o Relatório Diário de Operações – TEF, embora solicitado por meio de diligencia. Tais equívocos não dão margem à segurança necessária quanto ao cometimento da infração, sequer quanto à base de cálculo do imposto, o que leva à nulidade do lançamento. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 30/09/2016 para exigir ICMS no valor de R\$28.731,11 e multa de 100%, em decorrência 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, relativo aos meses de janeiro a abril de 2016.

O autuado ingressa com defesa, fls. 17 a 21 e inicialmente requer que as comunicações processuais sejam feitas somente em nome da sociedade LAPA GOES E GOES ADVOGADOS, e do seu sócio DANIEL MORENO CASTILLO, sob pena de nulidade dos atos praticados, sem a observância deste requerimento, consoante § 1º e 2º, do art. 272 do CPC/2015 e o entendimento dominante nos Tribunais Superiores,

Desataca a tempestividade da apresentação de sua peça defensiva e passa a relatar os fatos e o direito pertinentes à autuação, que compreende o período de janeiro a abril de 2016.

Aduz que as omissões teriam ocorrido em razão da análise realizada, ainda no procedimento fiscal e após prestadas as iniciais informações e documentos pela contabilidade externa da manifestante. A natureza das omissões estaria na divergência entre os relatórios apresentados pelas instituições financeiras, relativas às operações com cartões de crédito e débito e os relatórios de apenas uma das duas impressoras fiscais do bar e restaurante contribuinte.

Esclarece de início que no caso concreto não há nem jamais houve intenção de lesar o erário, pois que quando muito, verifica-se algum ruído entre a realidade tributária material dos fatos e os números levantados pela Administração Tributária. No caso concreto, verificadas as DMAs, reduções e relatórios gerenciais da impressora fiscal, ECF Número de Fábrica Vinculada à defendant EPO8121000000038857 (EPSON), além da única e outra exclusivamente considerada no lançamento DR0611BR000000270924 (DARUMA), não ficam dúvidas de que todo o tributo fora devidamente declarado e recolhido. Alerta que o DARUMA consta no Demonstrativo Xi, anexo ao auto, e o X2, referente à ECF EPSON. Assim, questiona, onde está na autuação?

Sustenta que não há omissão, mas uma evidente inconsistência ocorrida no ato de cruzamento de dados fiscais, pois que os dados íntegros que comprovam o registro e declaração de todas as saídas, bem como o recolhimento do tributo devido, estão e sempre estiveram à disposição da Fazenda Estadual, inclusive SINTEGRA.

Argumenta que não foram considerados os dados constantes da máquina ECF, EPSON, acima descrita e com o seu confronto a infração fica afastada.

Aduz que os DAEs e as DMAs de conhecimento do fisco e ora juntados, apontam para a integridade dos eventos declarados e valores recolhidos a tempo e modo, de acordo com as normas que regulam a tributação dos bares e restaurantes.

Deste modo, afirma que a composição dos dados da ECF faltante da análise do fisco, como aponta, inclusive o arquivo “TEf_Dem_X2” zerado e relativo à ECF EPSON, demonstrará a inexistência de omissões.

Pede a realização de diligência, visando as verificações contábeis e fiscais que a autoridade julgue necessárias.

Na mesma esteira pugna pelo cancelamento das multas por eventual erro no cumprimento das suas obrigações acessórias, por não haver dolo, má-fé, fraude e nem simulação no caso concreto. Quando muito, o que ocorre é mero erro escusável, fato corroborado pela ausência de autuações contra si, a despeito de sua duradoura existência.

Pugna pela improcedência da autuação, decisão mais consentânea com a verdade material dos fatos apontados neste Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 56 a 57 e antes de prestar os esclarecimentos necessários, discrimina os itens da contestação de fls. 17 a 53.

Sobre o processo em si tem a informar:

1. Após a análise da contestação (fls. 17 a 21), verificou que o programa não processou as MFDs da ECF EP0812100000000388857, por erro de recepção dos arquivos. Por este motivo, só processou os dados da ECF Daruma;
2. O demonstrativo X2 não é ECF Epson, e sim de saídas de NF-e, CT-e, NFC-e e Documentos Fiscais não eletrônicos;
3. Após as afirmações acima, verificou que houve um equívoco nesta apuração;
4. Somando os valores das saídas nas DMAs de janeiro a abril/2016, não encontrou diferenças de ICMS a serem exigidas nos meses de janeiro a abril de 2016.

Aduz que infelizmente cometeu falhas.

O PAF foi diligenciado à inspetoria de origem, fl. 62, para que o autuante adotasse as seguintes providências:

1. Colacionasse aos autos o Relatório TEF Diário de Operações, emitido pelas Operadoras de Cartões de Crédito/Débito e que deve ser entregue ao contribuinte para que possa apresentar a sua impugnação.
2. Com base no Relatório TEF, juntar os demonstrativos que embasaram a autuação fiscal e nesse momento com a inclusão das duas máquinas de ECF que o defensor diz que utiliza, tais como EPO 38857 (Epson) e a BR 270924 (DARUMA).
3. Entregar ao contribuinte o Relatório TEF e os demonstrativos da autuação.
4. Reabrir o prazo de defesa de 60 (sessenta) dias e após a apresentação da impugnação do contribuinte, prestar nova informação fiscal.

Após realizar a diligência fiscal, o autuante às fls. 67/68, informa “COMPUTANDO AS MFDS DAS 02 (DUAS) ECFs-IF DO CONTRIBUINTE (MARCA E MODELO/NÚMERO DE FÁBRICA: DARUMA – FS700M/DR0611BR000000270924 E EPSON – TM-T81 FBIII/EP08121000000038857), OBTIVE:

INFRAÇÃO 01 - 05.08.01 - DEMONSTRATIVO FINAL DE ICMS A RECOLHER - EXERCÍCIO DE 2016				
	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL
OMISSÃO DE SAÍDAS (R\$)	195,51	88,73	728,65	1,24
FATOR DE PROPORÇÃO %	66,65	61,91	64,66	66,80
BASE DE CÁLCULO (R\$)	130,31	54,93	471,15	0,83
ALÍQUOTA (4%)				
ICMS DEVIDO (R\$)	5,21	2,20	18,85	0,03

Nesta DF também cumprimos os 04 itens da 5^a Junta de Julgamento Fiscal:

1. Relatório TEF DIÁRIO (CD anexo);
2. Demonstrativos que embasaram a autuação fiscal 9 (CD anexo);
3. Realizamos uma cópia em CD de todos os demonstrativos para serem entregues ao contribuinte;
4. Abertura de novo prazo de defesa de 60 (sessenta) dias.

Anexo a esta diligência fiscal temos: *“Demonstrativo final índice de proporcionalidade e CD com todos os demonstrativos inclusive o TEF DIÁRIO.”*

O sujeito passivo manifesta-se após a científica da diligencia, fls. 79 a 80, e inicialmente declara que não recorrerá dos valores ajustados pela autuação.

Informa que o SIGAT não está com o valor atualizado (remanescente) do auto de infração, após o cumprimento da diligencia por parte do autuante. Assim, não tem como proceder com a impressão e recolhimento do DAE referente ao saldo residual da autuação, pós diligência. Traz uma tela em que o SIGAT ainda faz constar o valor originário da autuação e pugna para que a SEFAZ proceda com a atualização dos valores da autuação, de acordo com as reduções apontadas pela fiscalização, para que seja emitido o DAE.

VOTO

Inicialmente verifico que o lançamento tributário, em termos formais, estaria apto para a sua validade, tal como previsto nos arts. 39 a 47, que constituem o Capítulo III, “DO AUTO DE INFRAÇÃO”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). O sujeito passivo foi intimado e teve ciência de todos os atos processuais que ocorreram na presente lide e pode se manifestar nos prazos legais que lhe foram concedidos, tudo em conformidade com a legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Contudo, apesar de em seu aspecto formal e de o lançamento ter atendido aos requisitos de validade do ato administrativo, verifico que o mesmo padece de vícios de outra ordem que o maculam. É que está sendo exigido ICMS em decorrência de Auditoria de Cartões de Crédito/Débito, da qual resultou omissão de saídas de mercadorias tributadas, como consta na acusação.

Este tipo de Auditoria consiste em cotejar os valores pagos pelas Administradoras de Cartões aos seus usuários, com os cupons fiscais emitidos pela sociedade empresária nas suas vendas, que devem ser especificados nos cupons fiscais, tais como “vendas por meio de cartões de crédito/débito”. Para este desiderato as empresas disponibilizam o Relatório TEF Diário para a Secretaria de Fazenda, em razão de compromisso firmado com o Governo do Estado que obrigou, nos termos do art. 35-A da Lei nº 7.014/96, que “As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares”.

Isto também decorre do disposto no art. 35 do mesmo diploma legal, em que *“O regulamento poderá atribuir ao contribuinte ou a terceiros o cumprimento de obrigações no interesse da administração tributária, inclusive quanto a obrigatoriedade do uso de equipamentos de controle das operações e/ou prestações.”*

Portanto, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões, autoriza a presunção de

omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tudo conforme o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Na presente lide, por não ter o autuante procedido à juntada do Relatório TEF Diário, o PAF foi diligenciado à inspetoria fiscal para que este fosse anexado aos autos. Não obstante o autuante ter informado que o fez e que estaria no CD anexo, neste não se encontra. Por este motivo, o lançamento encontra-se viciado e não há como se verificar que a infração ocorreu da forma em que foi posta, ou seja, não há segurança quanto à sua ocorrência, nem quanto à base de cálculo do imposto que está sendo exigido.

Portanto, constato que o procedimento da auditoria fiscal não foi seguido na forma em que deveria ter sido, tampouco o resultado trazido nos autos nos dá a certeza de que o sujeito passivo teria cometido a infração nos valores originariamente exigidos, muito menos nos valores retificados, que praticamente zerariam o Auto de Infração.

Assim, amparado na legislação aplicável à espécie, art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96, concluo que as diferenças apontadas no Auto de Infração não estão demonstradas entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito/débito, constantes nas reduções Z do contribuinte e o valor informado pelas administradoras de cartões, e dessa forma não há como inferir que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente, nem em que montante teria ocorrido a omissão de saídas de mercadorias. A base de cálculo do ICMS é apurada a partir da diferença encontrada nos valores de vendas realizadas, quer seja o consumidor final quer seja a pessoa jurídica, inferiores aos informados por instituições financeiras ou operadoras de cartões de crédito e débito.

Desse modo, a comparação das vendas deve ser feita entre as vendas declaradas pelo contribuinte pagas por meio de cartão de crédito/débito, com as transações eletrônicas que também foram pagas por meio de cartão de crédito/débito, informadas pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

Nenhuma dessas informações consta nos autos, o que traz insegurança jurídica quanto ao lançamento do crédito tributário ora exigido. Outrossim, desde o seu nascedouro, o roteiro aplicado não condiz com a Auditoria de Cartões de Crédito/Débito, o que trouxe prejuízo ao contribuinte, inclusive quanto à formulação de sua peça de defesa, no que atenta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Deste modo, voto pela nulidade do Auto de Infração e represento à autoridade fazendária, a teor do art. 21 do RPAF/99, que o lançamento seja refeito a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298921.0012/16-1**, lavrado **BARRACA DO LORO LTDA**. Representa-se à autoridade fazendária, a teor do art. 21 do RPAF/99, que o lançamento seja refeito a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 abril de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR