

PROCESSO - A. I. Nº 170623.0065/10-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INBRANDS S.A. [ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO S.A.]
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0015-01/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. A autuação baseia-se no cotejo dos valores das vendas declarados pelo contribuinte, efetuadas com pagamentos mediante cartões de crédito e de débito, com os valores informados pelas administradoras de cartões, lançando-se o imposto sobre a diferença constatada. Demonstrada a inconsistência das informações prestadas por uma das operadoras de cartões, relativamente a dois estabelecimentos da empresa, sendo as operações de um informadas no CNPJ do outro. Frustrada a tentativa de solucionar o problema nestes autos. Incerteza quanto à existência de infração e aos valores porventura devidos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF e que julgou Nulo o Auto de Infração.

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2011, para exigir crédito tributário no montante de R\$51.952,56 em razão de uma única infração, cuja acusação fiscal é de omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Os membros da 1ª JJF, após análise das peças processuais e a partir do voto proferido pelo i. relator de Primeira Instância, decidiu à unanimidade, pela nulidade do lançamento, *in verbis*.

VOTO

(...)O lançamento em discussão diz respeito a ICMS devido por omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Foi suscitada em preliminar a nulidade do Auto de Infração, por se fundamentar apenas em decreto, implicando violação ao princípio da legalidade.

Quanto a esse aspecto, cumpre notar que o ICMS foi instituído neste Estado através da Lei nº 7.014/96. Essa lei descreve os fatos tributáveis, define as pessoas que estão sujeitas ao tributo e fixa os critérios a serem observados no cálculo e na determinação do local onde juridicamente se considera ocorrido o fato, contemplando assim os aspectos material, pessoal, quantitativo, espacial e operacional da norma jurídica. A norma jurídica não é uma lei, ou um artigo de lei. A norma jurídica pode estar contida numa lei ou defluir da conjunção de diversas leis ou artigos de leis, inclusive de atos regulamentares editados em função de lei. A norma jurídica de tributação é o resultado das prescrições positivas e negativas contidas no ordenamento jurídico relativamente a determinada situação.

A indicação no Auto de dispositivos do Regulamento do Imposto não significa que foi o Regulamento que instituiu a obrigação tributária. O Regulamento é o eco da Lei que ele regulamenta. Nos termos do art. 19 do RPAF, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja

correspondente.

Ultrapasso por essas razões a preliminar suscitada.

No mérito, foram suscitadas questões quanto à falta de certeza e liquidez do lançamento. Em face dos pontos levantados pela defesa, o processo foi baixado em diligência, e ao retornar veio adulterado, tendo sido renumeradas as suas folhas, a partir da fls. 40. Houve subtração de elementos, pois a defesa constituía as fls. 107/123, e passou a constituir as fls. 100/116. Quanto aos valores, ao retornar o processo da referida diligência, o débito relativo a 2009 se manteve inalterado, mas o imposto relativo a 2010, que antes totalizava R\$ 35.459,74, foi elevado para R\$ 65.211,58.

Este processo chegou a ser pautado para julgamento (fls. 616-v), mas na sessão de julgamento do dia 4.6.13 a Junta decidiu solicitar uma série de esclarecimentos à autoridade autuante (fls. 620/622), em especial para explicar a razão da renumeração das folhas, com supressão de elementos, sem que constasse nos autos qualquer termo ou despacho acerca do motivo da renumeração e da supressão de elementos, bem como para explicar por qual razão o imposto relativo a 2010 praticamente dobrou de valor, tendo apenas sido informado na revisão que a majoração do débito ocorreu com as “informações atualizadas pelas administradoras”. Foi solicitado que a auditora informasse a) em que consistiram as “atualizações” às quais ela se referiu, b) por que foi que as administradoras fizeram tais “atualizações”, e como foi que as atualizações foram feitas, c) se as “atualizações” foram feitas antes ou depois da efetivação do lançamento e d) de que forma a autuante tomou conhecimento das referidas “atualizações”.

A explicação quanto à numeração das folhas dos autos não é satisfatória, de que a pessoa que numerou o processo confundiu a sequência. Tal explicação seria aceitável se tivesse havido uma simples confusão na sequência numérica, pulando números ou repetindo números. Mas está claro que não houve confusão na sequência dos números, o que parece ter havido foi a retirada de peças do processo, pondo-se em seu lugar outras peças. Note-se que o Auto foi lavrado em 31.3.11. Ocorre que os Relatórios TEFs às fls. 18/39 (exercício de 2009) e às fls. 50/96 (exercício de 2010) têm como data de emissão 1.4.11 – data essa posterior à da lavratura do Auto de Infração –, o que indica que essas folhas foram enxertadas no processo em substituição a outras peças. As fls. 40 e 41 foram renumeradas riscando-se os números anteriores, e a partir da fl. 43 foi passado “corretivo branco” na numeração anterior e posta outra numeração. A partir da fl. 50 até a fl. 538 houve três numerações, tendo duas numerações sido cobertas por “corretivo”, pondo-se enfim uma terceira numeração. A própria folha do Saneamento do auto foi renumerada várias vezes: três números foram cobertos de “corretivo”, apondo-se por fim o nº 103.

Na aludida diligência foi solicitado que a auditora informasse em que consistiram as “atualizações” às quais ela se referiu; foi solicitado que informasse por que foi que as administradoras fizeram tais “atualizações”, e como foi que as atualizações foram feitas; foi solicitado que informasse se as “atualizações” foram feitas antes ou depois da efetivação do lançamento; e que informasse de que forma a autuante tomou conhecimento das referidas “atualizações”.

Esses esclarecimentos são necessários, haja vista a discrepância entre o Relatório TEF anual anexado à fl. 48 e o anexado à fl. 449. Ambos se referem a 2010. Os valores de um não têm nada a ver com os do outro. Como se justifica isso?

As indagações feitas pelo órgão julgador na diligência (fls. 620/622) não foram respondidas, limitando-se a autoridade fiscal a dizer que, tendo sido detectado um acréscimo nas informações prestadas no relatório à fl. 449, refez os cálculos, sem questionar (fls. 625/627), justificando assim o fato de o imposto de 2010 ter passado de R\$ 35.459,74 para R\$ 65.211,58, deixando de informar em que consistiram as tais atualizações, e por que e como foram feitas as mencionadas atualizações, bem como de que forma tomou conhecimento das referidas atualizações. Seja como for, o que fica evidente é que peças substanciais deste processo parecem ter sido substituídas por outras. Ainda nessa linha, foi dito na informação, à fl. 626, que os relatórios [os TEFs diários] “foram anexados como ilustrativos, caso fosse necessário uma consulta”. Quanto a esse aspecto, há que se convir que os Relatórios TEF Diários não são anexados apelas como “ilustrativos”. Eles constituem a prova do que se acusa nesse tipo de imputação, para demonstrar que foram declarados pelo autuado valores divergentes dos informados pelas administradoras de cartões. Provas não se suprimem dos autos, pondo-se outras em seu lugar. Tudo o que se acrescenta ao processo deve ser mediante termos adequados indicando sua juntada, e para retirar qualquer peça dos autos deve haver o indispensável termo de desentranhamento, devidamente fundamentado. Só por esse aspecto o Auto já seria nulo, por inobservância do devido procedimento legal.

Porém isso não é tudo. Antes da diligência assinalada, o contribuinte vinha alegando que as operadoras de cartões tinham prestado as informações de forma diversa da prevista no Manual de Orientação da Portaria 124/06. Depois da revisão do lançamento, com a majoração do débito do exercício de 2010, o autuado trouxe aos autos uma nova questão (fls. 555/557): alega que a empresa tem duas lojas distintas, a Ellus Jeans Deluxe, CNPJ 09.054.385/0044-84, IE 83.543.908, e a Ellus 2nd Floor, CNPJ 09.054.385/0045-65. IE 3.651.827, sendo que os CNPJs das duas lojas estão invertidos nos cadastros das administradoras, de modo que, quando se extrai o Relatório TEF no CNPJ 09.054.385/0045-65 da Ellus 2nd Floor, são enviados os extratos de vendas da Ellus

Jeans Deluxe, e vice-versa.

Ao se manifestar posteriormente a isso, a autuante sequer tocou nessa questão (fls. 583-584).

Inconformado, o contribuinte voltou a se pronunciar, insistindo em que os relatórios utilizados pela fiscalização se referem a outro estabelecimento da empresa, e reclamando que, em que pese isso ter sido questionado, o fiscal autuante não se deu o trabalho de analisar tais fatos (fls. 608/610).

Ao ter vista dos autos, a autuante mais uma vez sequer tocou no assunto, ou seja, informações de dados de uma loja no CNPJ da outra e vice versa (fls. 613-614).

Foi determinada diligência para que, dentre outros pontos, a auditora informasse se a majoração do débito de 2010 decorreu do fato de o levantamento fiscal originário ter sido efetuado com os dados de outro estabelecimento e na revisão do lançamento terem sido considerados os dados efetivamente pertencentes ao estabelecimento autuado (fls. 621-622).

A auditora falou de outras coisas, e terminou não respondendo ao que foi solicitado, limitando-se a sugerir que se mantenha o valor lançado originariamente, e “Oportunamente poderá ser submetido a nova ação fiscal” (fls. 625/627), dando a entender que se mantenha o valor originariamente lançado, ficando a diferença passível de autuação em futura ação fiscal. O contribuinte voltou a reclamar da inversão das informações nos CNPJs das duas lojas, frisando que mais uma vez essa questão não foi apreciada pela autuante (fls. 638/650). E a auditora, ao ter vista dos autos, omitiu-se mais uma vez quanto a essa questão, e conclui sugerindo que se mantenham os valores lançados, frisando que “Oportunamente poderá ser submetido a nova ação fiscal” (fls. 652/654).

De fato, não fossem as supressões de elementos constatadas nos autos, e se houvesse elementos que autorizassem a conclusão de que os valores lançados originariamente estariam corretos, seria o caso de se manter a autuação no valor lançado, ficando a diferença para ser apurada em nova ação fiscal.

Porém não existem elementos que dêem certeza e liquidez ao lançamento, desde o início. A renumeração das folhas deixa dúvidas quanto aos elementos que integravam os autos originariamente. Na última diligência foi solicitado que a auditora informasse se a majoração do débito de 2010 decorreu do fato de o levantamento fiscal originário ter sido efetuado com os dados de outro estabelecimento e na revisão do lançamento terem sido considerados os dados efetivamente pertencentes ao estabelecimento autuado (fls. 621-622), mas a auditora não respondeu a essa indagação (fls. 625/627).

O contribuinte anexou às fls. 151 e ss. os extratos da operadora Cielo/Visa com os valores das operações de setembro de 2010 que, de acordo com os extratos, seriam relativos ao CNPJ 009.054.385/0045-65, que é o CNPJ do estabelecimento autuado. De acordo com aqueles extratos, as vendas de setembro de 2010 totalizam R\$ 46.446,53 (fl. 155).

Observe-se que esse valor é apenas do cartão Visa.

Ocorre que, comparando-se esse valor com o total informado por todas as operadoras de cartões relativamente àquele mês, percebe-se que o total informado por todas as operadoras é inferior ao valor informado pela Cielo – de acordo com o relatório à fl. 449, o total informado por todas as operadoras em setembro de 2010 é de R\$ 30.359,00. Isso dá sustentação à alegação da defesa de que os dados informados pela referida operadora como sendo relativos ao CNPJ 009.054.385/0045-65 na verdade dizem respeito a outro CNPJ.

A auditora sugere que se mantenha o valor lançado originariamente, deixando-se a diferença para ser apurada em ação fiscal futura. Não há, contudo, como manter o valor originário, por falta de certeza quanto à existência de infração. Tomando-se como referência apenas o mês de setembro de 2010, observe-se que, de acordo com o extrato à fl. 48, o total informado por “todas” as operadoras de cartões para setembro de 2010 é zero. Zero é também o valor das vendas dos meses de agosto e dezembro de 2010 (fl. 48). Ora, no mês de dezembro as vendas estouram por causa das festas natalinas, de modo que não há como se admitir que uma empresa como essa, situada num shopping em área nobre desta capital, não fazer uma venda sequer em cartões. Por conseguinte, o lançamento é inseguro desde sua origem.

Não há dúvida que a fiscalização deverá ser refeita por completo, quando então se fará uma prévia verificação do conteúdo das informações prestadas pelas operadoras, checando-se os CNPJs cadastrados nas lojas da Ellus Jeans Deluxe e da Ellus 2nd Floor, para evitar que as vendas de uma loja sejam computadas no CNPJ da outra.

O lançamento é nulo, por falta de certeza e liquidez. A repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação da ação fiscal. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova fiscalização, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Em razão da sucumbência imposta à fazenda Pública, a 1ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal para reapreciação da Decisão proferida em primeiro grau de

julgamento administrativo.

Devidamente cientificados, atuada e atuante não se manifestaram.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 1ª JF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0015-01/14 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da declaração de improcedência da autuação.

Cinge-se ao Recurso de Ofício em análise da apenas à infração 1, e que acusa o Sujeito Passivo de omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A infração em apreço, como dito alhures, refere-se à apuração de omissão de saídas de mercadorias apurada por meio do confronto das vendas feitas com cartões de crédito/débito e as informações prestadas por administradoras de cartões de crédito/débito. Vê-se de plano que a higidez da imputação depende da apuração de eventual débito fiscal decorrente de elementos de fato e que determinarão o *quantum* deverá ser exigido do Sujeito Passivo na eventualidade de haver alguma irregularidade na referida apuração de fatos geradores do ICMS.

O fato é que para o caso dos autos, o nobre relator da instância de piso identificou falta de certeza e liquidez no lançamento, aí entendido que foram verificadas graves incongruências entre as informações e documentos trazidos aos autos e o valor que se pretende exigir do Sujeito Passivo. Nesse sentido, convém registrar que da análise dos valores informados pelas operadoras de cartões, percebe-se que o total informado para o mês de setembro de 2010 é inferior ao valor informado por uma única operadora (VISA), o que serve a corroborar a tese defensiva de que os dados informados por uma das operadoras dizem respeito a CNPJ que não é o do Sujeito Passivo.

Assim, verificadas as incongruências e estabelecida a incerteza da exigência fiscal, outra não poderia ser a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que julgou nulo o Auto de Infração com fundamento no art. 18, IV, “a”.

Voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício. A rigor do que determina o art. 21 do RPAF/BA, recomendo que a autoridade competente determine, caso possível, o refazimento da ação fiscal a salvo das falhas aqui apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **170623. 0065/10-3**, lavrado contra **INBRANDS S.A. [ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO S.A.]**. Recomenda-se que a autoridade competente determine, caso possível, o refazimento da ação fiscal a salvo das falhas aqui apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

