

PROCESSO - A. I. Nº 110085.0006/12-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AMMA CONFECÇÕES E ARTIGOS DE MODA LTDA. (OSKLEN)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JF nº 0018-05/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0123-12/15

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Este conselho de Fazenda tem primado pela obediência ao princípio da verdade material. Os fatos aqui esquadrinhados, nos diz que não houve qualquer condição de se apurar com firmeza e segurança quaisquer valores de imposto decorrente de vendas efetuadas por cartão de débito/crédito, visto a comprovação de que os relatórios TEF estão contaminados pela soma dos dados relativos a duas inscrições diferentes. Assim, diante da incerteza, acolho a preliminar de nulidade. Infração 1 nula. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM OS REGISTROS TIPO 54. Acolho a preliminar de nulidade, visto se tratar de vício insanável neste processo, por ter cerceado a defesa do impugnante, pela falta de clareza da imputação, assim como da intimação, e também não apresentou demonstrativo de débito, não sendo possível sequer se distinguir que exercícios teriam sido autuados, e em que meses, já que se o autuante tivesse a intenção de propor a multa do inciso XIII-A, alínea "j", teria de apresentar lançamento da multa com a demonstração das saídas ou entradas de todo o período, não tendo demonstrado como chegou ao valor lançado, e se foi esta a intenção, indicou de forma equivocada, o inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, além do que, descreveu como referência infracional o exercício de 2007 e a intimação diz respeito ao período 2008/2010, trazendo incerteza jurídica ao lançamento de ofício. Infração 2 nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão proferida pela 5ª JF – Junta de Julgamento Fiscal em 27/01/2015 que julgou, por unanimidade, Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2012, com o objetivo de exigir do ora recorrido crédito tributário, no valor histórico de R\$

256.770,37 (cento e trinta e seis mil e oitocentos reais), em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações.

Infração 01. – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de débito ou de crédito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo exigido o imposto no valor de R\$249.137,29 acrescido da multa de 70%;

Infração 02. – Deixou de apresentar os arquivos magnéticos de forma completa, por não apresentar os registros 54 de todos os meses do ano base de 2007, conforme intimado, sendo lançado o valor de R\$7.633,08 nos termos do art. 42, XX, da Lei 7.014/96.

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 141/151), alegando preliminares de nulidade, bem como atacando o mérito das infrações e solicitando diligência.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls.212/214), e apontou para a necessidade de realização de diligência.

Em seguida houveram conversões em diligência, bem como, ocorreram novas manifestações das partes envolvidas no processo.

Por fim, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, nulo o Auto de Infração nº 110085.0006/12-2, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

A infração 1 decorreu da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de débito ou de crédito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Em preliminar de nulidade, o impugnante alegou que os dados fornecidos pela CIELO estavam conjugados com a inscrição de uma outra filial situado em outro estado da Federação e que portanto, não havia qualquer condição material objetiva de apuração dos fatos referentes exclusivamente à inscrição estadual que foi aqui autuada. Tal fato não é contestado pelo autuante, e pelo contrário, desde o lançamento, na descrição dos fatos, colocou a situação que foi reivindicada pelo impugnante em sua defesa.

Todos os esforços no sentido de esclarecer os valores do relatório TEF, exclusivamente quanto às vendas efetuadas pela impugnante foram feitos, inclusive com o envio do processo à GEAFI, para que intimasse a CIELO a fornecer os relatórios em separado, nos moldes convencionais, o que não foi possível, conforme Parecer da GEAFI (fls. 289/90). No entanto, a CIELO forneceu o que seriam as operações exclusivas de venda a débito e a crédito, em relatório "excel" e em arquivo "pdf".

O autuante por sua vez, quando provocado mediante diligência, para apurar os fatos a partir de relatório excel e pdf, emitidos pela CIELO, pontuou que em 2008 o valor dos lançamentos tanto no relatório TEF quanto no relatório fornecido após a diligência estão com o mesmo valor anual, de R\$1.399.976,37, demonstrando que em nada foi alterado, aparentemente mantendo os lançamentos conjugados das duas inscrições. Destaca ainda, que ao que tudo indica, somente as vendas a débito foram informadas, e a parte de venda a crédito não foi informada.

Já no outro exercício, apareceu diferença a maior de R\$262.086,50, em comparação com o relatório TEF original, demonstrando de forma esdrúxula, que os valores de apenas uma inscrição estão superiores às de duas inscrições conjugadas, o que não é factível.

Este conselho de Fazenda tem primado pela obediência ao princípio da verdade material. Os fatos aqui esquadrihados, nos diz que não houve qualquer condição de se apurar com firmeza e segurança quaisquer valores de imposto decorrente de vendas efetuadas por cartão de débito/crédito, visto a comprovação de que os relatórios TEF estão contaminados pela soma dos dados relativos a duas inscrições diferentes. Assim, diante da incerteza, acolho a preliminar de nulidade. Infração 1 nula

Na infração 2, foi lançada a multa por descumprimento de obrigação acessória, em virtude de deixar de apresentar os arquivos magnéticos de forma completa (ausência dos registros 54 de todos os meses do ano base de 2007), conforme intimado, fls. sendo lançado o valor de R\$7.633,08.

O impugnante pede nulidade, porque o autuante teria esquecido que o art. 708-B, parágrafo 3º do RICMS/2012, exige listagem de diagnósticos indicando as supostas falhas, e que o contribuinte teria o prazo de 30 dias para corrigir eventuais falhas e assim, cerceou a sua defesa.

Quanto a isto discordo, pois a listagem deve ser feita quando houver inconsistências entre os registros dos arquivos, como quando por exemplo, o somatório do registro 54 é diferente do que aponta o registro 50, já que o 54 aponta os valores de cada item da nota fiscal, e a soma dos itens deve corresponder ao total da nota (registro 50). Nesse caso, é fundamental apontar quais notas fiscais apontam tais divergências. Se é acusação é da falta total de um registro, é dispensada obviamente a listagem de diagnóstico, pois o nesse caso, torna-se inócuo demonstrar que não existe o registro no arquivo, não podendo se alegar que houve cerceamento de defesa.

No entanto, inicialmente constato que a tipificação da multa está equivocada, pois o art. 42, inciso XX, se reporta a valores incompatíveis com o que foi lançado, conforme podemos verificar em sua transcrição literal:

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

- a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;*
- b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;*
- c) R\$ 1.380,00 (mil e trezentos e oitenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes;*

A multa lançada foi de R\$7.633,08, e não condiz com nenhum dos valores acima listados. Por outro lado, ainda que o autuante tivesse a intenção de lançar multa prevista em outra alínea ou qualquer outro inciso do art. 42 da Lei 7.014/96, a exemplo da alínea "j" do inciso XIII-A, deveria ter anexado o demonstrativo de cálculo da multa, vez que não é possível certificar de que modo o autuante chegou ao montante de R\$7.633,08, pois a intimação consta ausência de registro de períodos referente a 03 exercícios (foi feita intimação à fl. 9/10 em que se pede a entrega dos arquivos com os registros ausentes, dos exercícios de 18/11/2008 a 31/12/2010). Deixa de ser compreensível como uma intimação referente a um período que vai no período acima citado, resulta em multa cujo ano base é 2007.

Assim, também acolho a preliminar de nulidade, visto se tratar de vício insanável neste processo, por ter cerceado a defesa do impugnante, pela falta de clareza da imputação, assim como da intimação, e também não apresentou demonstrativo de débito, não sendo possível sequer se distinguir que exercícios teriam sido autuados, e em que meses, já que se o autuante tivesse a intenção de propor a multa do inciso XIII-A, alínea "j", teria de apresentar lançamento da multa com a demonstração das saídas ou entradas de todo o período, não tendo demonstrado como chegou ao valor lançado, e se foi esta a intenção, indicou de forma equivocada, o inciso XX do art. 42 da Lei 7.014/96, além do que, descreveu como referência infracional o exercício de 2007 e a intimação diz respeito ao período 2008/2010, trazendo incerteza jurídica ao lançamento de ofício. Infração 2 nula.

Pelo exposto, julgo NULO o Auto de Infração aqui em lide. Quanto ao pedido para que seja intimado no endereço fornecido na impugnação, embora a administração possa vir a atender tal pedido, em verdade, para efeitos legais, basta se cumprir o que determina o art. 109 do RPAF:

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente

Em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrida:

- a) Acolhendo inicialmente a preliminar de nulidade da infração 1, por entender que não teria tido qualquer condição de se apurar com firmeza e segurança os valores do imposto decorrente de vendas efetuadas por catão de débito/crédito, devido aos relatórios TEF estarem contaminados pela soma de dados relacionados a duas inscrições distintas, bem como diante da falta de cooperação da operadora de cartão de crédito em retificar as informações;
- b) Em relação à alegação de que teria havido cerceamento de defesa na infração 2, entendeu

inicialmente que a listagem prevista no §3º, do art. 708-B, do RICMS/2012, somente deve ser feita quando houver inconsistências entre os registros dos arquivos; e não quando a acusação versar sobre a falta total de um registro, como aconteceria no caso em tela;

- c) No entanto, observou que a tipificação da multa estaria equivocada, com o argumento de que o art. 42, XX, não se reportaria a valores compatíveis com o do lançamento, bem como, verificou a ausência do demonstrativo de cálculo da multa; o que tornaria impossível a verificação de como o autuante teria encontrado o valor destacado no lançamento. Ademais, o detalhamento da infração reporta à data de ocorrência e vencimento de 31/12/2007, em que pese a intimação tenha ocorrido no ano de 2012 e relativa a arquivos dos anos de 2008 e 2010. Sendo assim, acolheu a preliminar de nulidade, por considerar esse, um vício insanável, que teria acarretado o cerceamento de defesa;
- d) Em relação ao pedido para que as intimações fossem dirigidas ao endereço fornecido na impugnação, observou que, embora a administração possa atender tal requisição; para efeitos legais bastaria o cumprimento do disposto no art. 109 do RPAF.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão proferida pela 5ª JF – Junta de Julgamento Fiscal em 27/01/2015 que julgou, por unanimidade, Nulo o Auto de Infração em epígrafe, no valor histórico de R\$ 256.770,37 (cento e trinta e seis mil e oitocentos reais), em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações.

As infrações imputadas se referem respectivamente a: i) omissão de saída apurada por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira, e; ii) deixou de apresentar arquivos magnéticos com os registros 54 de todos os meses do ano de 2007, nos termos do art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96.

Após análise do presente PAF entendo que a Decisão de piso não deve ser reformada.

No que se refere à Infração 1, verifico que a própria descrição dos fatos relatados pelo autuante no Auto de Infração esclarece que o levantamento foi realizado com base em informações apresentadas pela CIELO, informações essas que estariam viciadas, devendo esta empresa proceder à posterior retificação, senão vejamos: *Como os valores foram apurados por esta fiscalização, mês a mês, é preciso que a empresa CIELO S.A, apresente a AMMA CONFECÇÕES, loja com CNPJ 04.571.349/0005-68 e inscrição estadual 67.783.085, sem os valores de outros estabelecimentos lançado por engano na conta TEF desta empresa, e se for o caso, como alegam, retificar as informações TEF já relatadas, no sistema SEFAZ, conforme geração deste tipo de informação, se ainda não fez.*

E continua em sua descrição de fatos: *Enfim, para melhor esclarecimento, vale repetir: o presente Auto de Infração foi lavrado desta forma, devido ao fato de a empresa não ter obtido até a presente data, as informações TEF mensais, com as devidas retificações por enganos cometidos, por lançamentos de créditos ou débitos de outros estabelecimento por vendas de outro CNPJ e de outra empresa, que foram debitados ou creditados na conta TEF deste estabelecimento, por engano da empresa Administradora TEF.*

Constato ainda que, às fls. 161 a 164 o contribuinte junta Instrumento Particular de Confissão de Dívida com a CIELO, em que o contribuinte se compromete a devolver à Cielo o montante de R\$ 1.619.013,48 creditado indevidamente na conta do contribuinte no período de 2008 a 2010.

Constam ainda nos autos (fls. 244 a 287) declaração emitida pela própria CIELO S.A informando os equívocos cometidos quanto ao crédito indevido de valores na conta do contribuinte e, juntando, extrato de movimentação financeira atualizado. Informou ainda que por questões sistêmicas, não consegue fazer a retificação nos arquivos remetidos à SEFAZ.

Como bem asseverado pela JJF:

Todos os esforços no sentido de esclarecer os valores do relatório TEF, exclusivamente quanto às vendas efetuadas pela impugnante foram feitos, inclusive com o envio do processo à GEAFI, para que intimasse a CIELO a fornecer os relatórios em separado, nos moldes convencionais, o que não foi possível, conforme Parecer da GEAFI (fls. 289/90). No entanto, a CIELO forneceu o que seriam as operações exclusivas de venda a débito e a crédito, em relatório "excel" e em arquivo "pdf".

Ora, a meu ver não restam dúvidas de que a base de dados utilizada para se apurar a suposta Infração 1, qual seja, informações prestadas pela operadora CIELO S.A é completamente viciada e inservível para se constatar, com segurança, a ocorrência da infração.

O próprio agente autuante aduz isso em sua descrição fática, mas imputa ao contribuinte a responsabilidade pela obtenção de informações que deveriam ser prestadas por terceiro.

Assim, entendo restar acertada a Decisão de piso que julgou Nula a referida infração nos termos do art. 18, IV, a do RPAF, em razão da insegurança e falta de certeza quanto à ocorrência da Infração.

Igualmente não merece reforma a Decisão de piso quanto à Infração 2.

Da análise da mesma, verifico que o autuante exige do Recorrido o montante de R\$ 7.633,08, cuja data de ocorrência e vencimento são 31/12/2007, em razão da falta de entrega dos registros 54 de todos os meses do ano de 2007, conforme intimação. Verifico ainda que o autuante fundamentou a infração no art. 42, inciso XX, se reporta a valores incompatíveis com o que foi lançado, conforme podemos verificar em sua transcrição literal:

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

- a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;*
- b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;*
- c) R\$ 1.380,00 (mil e trezentos e oitenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subseqüentes;*

Da análise das respectivas intimações, verifico que a primeira intimação (fl. 08) foi remetida para o fax da empresa em 16/04/2012, e solicitava em seu item 7 arquivos magnéticos para o período de 18/11/2008 a 31/12/2010.

Por sua vez, verifico que a segunda intimação (fls. 9 e 10) foi remetida para o e-mail ivanizebitencourt@hotmail.com em 23/05/2012, conferindo o prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentação dos registros 54 e 74 do período de 18/11/2008 a 31/12/2010, não entregues mediante intimação anterior.

Ora, de todos os fatos relatados não há como não se reconhecer a nulidade do respectivo lançamento.

Inicialmente, como bem asseverado pela JJF, a intimação para apresentação de arquivos magnéticos foi realizada entre os meses de abril e maio de 2012 para o período fiscalizado de 18/11/2008 a 31/12/2010.

Por sua vez, o fiscal autuante lançou infração em razão da falta de entrega de arquivos magnéticos, mediante intimação, em relação ao ano de 2007. Isso por si só já seria suficiente para inquirir de nulidade a infração por vício insanável.

Mas não bastasse isso, o e-mail para qual a segunda intimação (fls. 9 e 10) foi remetido não consta do cadastro da empresa, conforme se observa à fl. 230.

Outrossim, ao final do e-mail, no campo de ciência do contribuinte ou preposto, verifico que dada a semelhança das assinaturas apostas, bem como comparando-a à assinatura aposta na fl. 04

do presente lançamento, constato que foi o próprio fiscal autuante que assinou a ciência da empresa, tornando a intimação absolutamente Nula.

Ainda, não há qualquer explicação para o valor lançado pelo autuante na Infração 2, tampouco compatibilidade com as multas indicadas no dispositivo legal tido como infringido.

Desta feita, entendo que merece ser mantida a Decisão de piso, razão pela qual entendo ser Nula a Infração 2.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 110085.0006/12-2, lavrado contra **AMMA CONFECÇÕES E ARTIGOS DE MODA LTDA. (OSKLEN)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS