

A. I. Nº - 233048.0004/18-0
AUTUADO - RESTOQUE COMÉRCIO E CONFECÇÕES DE ROUPAS S/A
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/12/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0191-02/21-VD

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE O VALOR DAS VENDAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO INFORMADO PELO CONTRIBUINTE E O VALOR FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO. Acusação fiscal elidida mediante apresentação de elementos de prova na forma prevista no art. 123 do RPAF e expressa declaração da própria Autoridade Fiscal autora do feito, em face de diligências deferidas para saneamento de vícios materiais, necessárias à formação de convicção do órgão julgador administrativo. Deferida diligência solicitada e rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 18/06/2018, o Auto de Infração em lide exige ICMS no valor de R\$124.734,61, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da infração 05.08.01 (Omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira ou administradora de cartão de crédito) no período março a dezembro 2014, janeiro a junho, outubro a dezembro de 2015. Enquadramento legal: Art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei 7.014/96. Multa de 100%, tipificada no art. 42, III da citada lei.

A Impugnação de fls. 54-72, após reproduzir a infração e firmar sua tempestividade, no item “III.1 – DA NULIDADE DO AIIM QUANTO A COBRANÇA DE ICMS NAS SUPOSTAS OMISSÕES DE SAÍDA – VIOLAÇÃO DA VERDADE MATERIAL”, insta que a Autuante se baseou em equivocadas premissas para lavrar o AI, pois todas as informações fiscais e contábeis do contribuinte autuado constam registrados de forma eletrônica e que analisando o limitado demonstrativo apresentado se constata a fragilidade da apuração do suposto imposto devido, cujo valor resulta das seguintes informações: “ADM DE CARTÕES DE CRÉDITO” e “LEITURA Z”, conforme demonstrativo suporte plotado na peça defensiva.

Ocorre que os valores tidos como extraídos da “Leitura Z” dos terminais da loja autuada divergem do que realmente consta na “Leitura Z” dos dois terminais ali utilizados, pois confrontou as leituras Z dos dois terminais da sua loja, com base na íntegra da MFD (Memória de Fita Detalhe) de 2014 e 2015 e encontrou valores superiores ao apontado pela Fiscalização.

Aduz que, além disso, confrontou as Memórias Fiscais do período autuado com as informações declaradas no SPED-EFD, e atestou a conformidade de ambas informações, exceto quanto às deduções de ICMS ST no SPED FISCAL, que não integram a memória nos termos regulamentares, mas que são registradas no SPED FISCAL.

Informa que também fez outro confronto com base nas informações contidas em seu controle de faturamento e constatou que todos os pagamentos realizados via cartão de crédito/débito superam os valores apresentados pela Fiscalização, fato que demonstra em planilha para os meses maio,

julho, outubro 2014 e fevereiro 2015, uma vez que o Fisco não considerou os valores da Administradora AMEX, fato que demonstra atuação fiscal sem base na verdade material, princípio sobre o qual passa a argumentar.

Nessa toada, apresenta planilhas com dados da EFD-ICMS/IPI de 2014 e 2015 e da Memória Fiscal, constando também o relatório de vendas (faturamento) com pagamento por meio de cartão de crédito/débito (doc. 02), os quais usou para cruzar dados, de modo a comprovar não haver a omissão acusada e a fragilidade do trabalho da fiscalização.

No item “III.2 – TRABALHO DE AUDITORIA FISCAL DE FORMA SINTÉTICA – AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DAS CAUSAS DE DIVERGÊNCIAS – CRITÉRIO INSUFICIENTE PARA APURAR O FATO – INOBSERVÂNCIA DO ART. 142 DO CTN”, diz que a auditoria deveria ter adotado, ao menos dois procedimentos comuns em qualquer auditoria fiscal/contábil: Um cruzamento macro, representativo de confronto dos valores totais, como feito e o segundo, como ato consequente do primeiro, a partir de eventuais diferenças proceder à verificação/identificação da origem das diferenças mês a mês, validando ou invalidando, como teste qualitativo e substantivo, as diferenças apuradas, mas, no caso, realizou-se somente uma auditoria tecnicamente denominada de observação, pois analisando os documentos conciliados (SPED-EFD x arquivos xml's), mas carentes de comprovação de suas causas.

Após explanar e descrever as técnicas citadas, diz que a Autuante não prezou pela melhor técnica e auditoria e não apurou corretamente as omissões, pois não apresentou os documentos que ensejaram o AI, indicando apenas os valores parciais em seus demonstrativos, de modo que se tivesse considerado todos os relatórios das administradoras de cartões, bem como a totalidade das Leituras Z dos exercícios 2014 e 2015 e outras informações do sistema eletrônico da Impugnante, teria constatado a inexistência das omissões que apontou, conforme demonstra no comparativo que apresenta na Impugnação (fls. 68-69), indicando que os valores recebidos via cartões não são superiores ao faturamento registrado nas Leituras Z dos terminais da Impugnante.

Seguindo, esclarece que a diferença entre o valor informado pela Administradoras de cartões (R\$444.635,24 e o valor constante nos relatórios da Impugnante (R\$481.333,09), qual seja R\$36.697,85, corresponde ao valor das operações pagas com cartões AMEX, não considerados pela Autuante no procedimento fiscal, fato que provoca incerteza e insegurança no lançamento fiscal, até porque pode haver outras inconsistências, caso não se tenha considerado outros valores de outras operadoras de cartões, vez que os valores informados pelo fisco na coluna “ASM CARTÕES DE CRÉDITO” são inferiores aos apresentados pela Impugnante nos terminais ECF, conforme exemplo que aponta na fl. 70 dos autos, evidenciando a incompletude dos confrontos na ação fiscal, cujo resultado não pode prosperar, ao menos antes de fazer uma auditoria analítica, de modo a lançar eventual tributo como previsto pelo art. 142, do CTN.

No item “VI. RELEVANÇA OU REDUÇÃO DA MULTA APLICADA EM VIRTUDE DA COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE SAÍDA”, reproduzindo o art. 158 do REPAF, diz não haver motivo para manter a exigência fiscal e seus consectários legais, bem como de multa. Contudo, caso se entenda pelo provimento da autuação, requer ao menos a redução ou relevação da multa por considera-la excessiva.

Conclui informando a juntada de CD contendo a versão em Word da Impugnação, bem como planilhas que atestam a inexistência de omissão de saída de mercadorias com informações das memórias fiscais, SPED-EFD e controle de faturamento da Impugnante, pede: a) a improcedência do AI; b) realização de diligência/perícia, caso a improcedência não seja admitida; c) que as intimações e notificações sejam feitas em nome dos patronos da empresa autuada.

A Informação Fiscal (fls. 129-130), diz que a Impugnação se baseia na negação das informações das Administradoras de cartões e dos valores constantes das leituras Z diárias enviados pela

própria empresa para a fiscalização, razão pela qual não compreende como a patrona da empresa autuada pode a eles se referir como documentos inidôneos ou não aceitáveis.

Quanto à alegação de desconsideração de cartões AMEX, diz que fez o levantamento mês a mês com os dados enviados pelas Administradoras de cartões contendo todas as bandeiras utilizadas e que para dirimir dúvidas, anexa às fls. 131-662 os relatórios diários das operações TEF do período autuado, comprovando que a AMEX participa em vários meses e, apesar de não estar contida no mês de maio, outubro e novembro 2014, não prejudica a autuação, pois, se houvesse poderia aumentar a base de cálculo do AI e nunca diminuí-la.

Assim, diz, não procede a tabela anexada à fl. 59 pela Impugnante, e que os argumentos defensivos não colocam dúvida no levantamento fiscal.

Quanto à dúvida suscitada em relação à leitura Z, diz se tratar de documentos produzidos pela própria Autuada e entregues à Fiscalização atendendo Intimação Fiscal. As leituras são originais e para dirimir dúvidas às juntou às fls. 553 a 758.

Seguindo, diz que o Autuado possuía dois ECF's e que somou mês a mês os valores vendidos com cartões registrados nos equipamentos.

Quanto à multa, diz ser a prevista legalmente para a infração e reitera o AI.

No curso da instrução processual, conforme pedido de fl. 760, em 28/02/2019, o PAF foi baixado em diligência à Infaz de origem nos seguintes termos:

“A acusação fiscal é de cometimento da infração 05.08.01 – Omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras dos cartões em que, conforme demonstrativos sintéticos de fls. 17 e 32 se apurou ICMS a recolher decorrente do confronto entre os valores informados pelas administradoras e valores “Leitura Z”.

Oportunamente, em extensa e detalhada Impugnação (fls. 54-72) subsidiada em demonstrativos constantes dos arquivos magnéticos que apresenta no CD de fl. 126, o contribuinte se defende negando o cometimento da infração.

Por sua vez, na Informação Fiscal (fls. 129-130) a autuante afirma que: a) as “leituras Z” são documentos extraídos das máquinas da empresa, diariamente; b) os levantamentos são feitos mês a mês, com os dados enviados pelas Administradoras de cartões; c) visando dirimir dúvidas, anexou os Relatórios diários TEF (fls. 131-662) e as “leituras Z” originais (fls. 663-758), recebidas da empresa e utilizadas no procedimento fiscal que a levou a lavrar o Auto de Infração.

Considerando que: a) o procedimento fiscal para o caso decorre do confronto entre os valores informados nos Relatórios TEF versus valores registrados nas “leituras Z” como vendas com pagamentos por cartões; b) na lavratura do Auto de Infração há que se observar as disposições do artigo 28 do RPAF, especialmente as contidas no seu § 4º; c) nos autos, a exação fiscal apenas consta demonstrada sinteticamente (fls. 17 e 32), analisando o PAF em pauta suplementar, esta 2ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para as seguintes providências:

Autuante

- a) Aportar aos autos - inclusive em forma de arquivo magnético editável - demonstrativo analítico dos valores que formam o demonstrativo sintético de fls. 17 e 32;*
- b) Conforme informa, o demonstrativo analítico deve ter por base os documentos que aportou por ocasião da Informação Fiscal;*
- c) Produzir Informação Fiscal acerca da diligência.*

Concluída a diligência, mediante recibo e entrega de cópia da Informação Fiscal, bem como dos demonstrativos produzidos, o sujeito passivo deverá ser notificado com reabertura do prazo para defesa.

Caso o sujeito passivo se manifeste, o autuante deverá ser cientificado para produzir nova Informação Fiscal nos termos do art. 127, § 6º, do RPAF.

Após transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual”.

Por consequência, em 07/10/2019, reiterando os termos do AI, a Autuante prestou sintética informação dizendo aportar ao PAF arquivo magnético contendo as planilhas impressas de fls. 17 e 32, explicando como apurou os valores da exação fiscal:

COLUNA A – Valores das saídas com cartão de crédito do contribuinte, enviadas pelas administradoras de cartões, conforme fls. 31 e 36;

COLUNA B – Valores encontrados somando, diariamente, as vendas de mercadorias pagas com cartão registradas nas leituras Z entregues pelo contribuinte e acostadas ao PAF;

COLUNA C – Diferença entre os valores das administradoras de cartões e os valores declarados pelo contribuinte nas leituras Z;

COLUNA D – Baseada na DMA mensal informada pelo contribuinte (fls. 19 a 31) relativas ao exercício de 2014 e as relativas a 2015 (fls. 34 a 45), calculou os percentuais de mercadorias isentas e não tributadas (fls. 18 e 33);

COLUNA E – Multiplicou o percentual obtido através da DMA pelos valores da “Coluna C”, resultando na diferença apurada e obteve os valores de mercadorias isentas e não tributadas para retirá-los da base de cálculo;

COLUNA F – Os valores não tributados encontrados na “Coluna E” subtraídos da “Coluna C”, formam a base de cálculo;

COLUNA G – Sobre a base de cálculo encontrada na “Coluna F” incide a alíquota de 17%, apurando o ICMS devido lançado no AI.

Às fls. 779-800, ressaltando que a Autuante não atendeu o expresse pedido de diligência no sentido de demonstrar analiticamente os valores que formam o demonstrativo sintético de fls. 17 e 32, pois apenas juntou, novamente, as mesmas planilhas sintéticas originais, o sujeito passivo retorna aos autos. Após relatar os fatos processados até a Informação Fiscal da diligência, diz que não pode analisar os valores da autuação sem estarem em arquivos editáveis, pois é insano e impossível analisar os cerca de 700 documentos juntados pela Autuante transcrevendo informações para tentar entender a apuração realizada, razão pela qual se vê cerceado no seu direito de defesa e ratifica os argumentos defensivos expostos na Impugnação.

Conforme fl. 806, em 04/05/2020, ainda que atestando que o contribuinte juntou aos autos um CD, em excel, com os dados extraídos do MFD ou TDM e não em TXT para possibilitar novo levantamento baseado nos arquivos da empresa, a Autuante se manifestou mantendo a autuação, frisando ter efetuado a fiscalização cruzando as informações das Administradoras de cartões com as leituras Z entregues pelo contribuinte, as quais aportou aos autos, conforme sua anterior Informação Fiscal que teve por base esses documentos físicos.

Novamente analisando os autos em nova instrução processual, conforme pedido de fl. 809, essa 2ª JJF deferiu nova diligência fiscal nos seguintes termos:

“Considerando que, como está: a) o lançamento tributário conduzido neste PAF contém vício que, caso não sanado na forma prevista no § 1º, do art. 18, do RPAF poderá produzir sua nulidade nos termos do inciso IV, “a”, do citado artigo; b) a diligência requisitada às fls. 760-761 não foi cumprida, já que a Autoridade Fiscal autora do feito apenas repetiu os demonstrativos sintéticos de fls. 17 e 32, entendidos insuficientes para suportar a acusação fiscal, analisado em Pauta Suplementar e em benefício do devido processo legal, seus corolários da ampla defesa e contraditório, bem como da verdade material, essa 2ª JJF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

Inspetor:

Designar Autoridade Fiscal para cumprimento da presente diligência, podendo ser, a própria autora do feito (preferencialmente) ou outra estranha ao feito.

Autoridade Diligente:

Tendo em vista que a Autuante informa que os valores da “Coluna B” dos demonstrativos sintéticos 17 e 32 são “os valores encontrados somando-se, diariamente, as vendas de mercadorias com cartão de crédito nas leituras Z entregues pelo contribuinte e acostadas a este processo” (grifei), requisita-se:

- a) Elaboração de demonstrativo dos valores diários das “leituras Z”, como substrato dos valores mensais que fundamentam os valores a recolher (Coluna G) dos demonstrativos sintéticos, (item “a”, da diligência requerida às fls. 760-761);*
- b) Informação Fiscal acerca dessa diligência nos termos previstos pelo artigo 127, § 6º, do RPAF, incluindo apreciação da manifestação do Impugnante às fls. 779-800;*
- c) Fornecendo cópia da Informação Fiscal e do demonstrativo pedido no item “a”, intimar o sujeito passivo para, querendo, **manifestar-se a respeito no prazo regulamentar de 10 (dez) dias**;*
- d) Caso o demonstrativo pedido no item “a” apresente valores cujas somas mensais divirjam dos originais de fls. 17 e 32, consequentemente implicando na produção de novos demonstrativos sintéticos para eventual exigência de ICMS diferente do lançamento original, reabrir o prazo regulamentar de defesa, 60 (sessenta) dias.*

Caso o sujeito passivo se manifeste, em qualquer das duas situações (itens “c” ou “d”), a autuante deverá ser cientificado para produzir Informação Fiscal a respeito.

Lembrando que sempre que houver manifestação que altere o valor da exação ou contenha fatos ou argumentos desconhecidos da parte contrária, ela deverá ser cientificada, concluída a diligência o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual”.

Por consequência, à fl. 818 a Autuante informa que tendo em vista a diligência solicitada à fl. 809, conforme fl. 812 intimou o sujeito passivo solicitando a MFD em TXT, referente às ECFs discriminadas na Intimação e o contribuinte não a atendeu e como o PAF lhe foi mais uma vez encaminhado sem que o contribuinte tivesse atendido à Intimação, conforme documentos de fls. 819 e 820, produziu nova Intimação Fiscal com o mesmo objetivo, procedimento que resultou na Informação Fiscal de fl. 822, datada de 16/09/2021, abaixo reproduzida:

“ILMO SR PRESIDENTE DO CONSELHO DA FAZENDA ESTADUAL

AI – 2330400004/18-0

Atendendo à solicitação de diligência da Segunda Junta de Julgamento Fiscal às folhas 809 deste, intimamos o contribuinte conforme consta às folhas 812 e 819 deste, e, o mesmo encaminhou, conforme solicitado, arquivos em MFK, no formato TXT, referente ao período de 01/01/2014 a 31/12/2015.

Observamos que o primeiro levantamento foi feito pelas leituras Z, em papel, o que pode ter ocasionado o erro pelo método utilizado, estando os documentos em mau estado de conservação.

Feita a apuração dos arquivos enviados pelo contribuinte, utilizando os arquivos extraídos das máquinas, em TXT, restou provado NÃO HAVER DIFERENÇAS A COBRAR e que o mesmo não deve à Fazenda Estadual o ICMS referente ao período autuado, tendo em vista a Infração 1, (05.08.01), omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Anexamos a este, `s folhas 823, DVD constatando os levantamentos que resultaram na planilha que também anexamos às folhas 824 deste”.

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo, Dr. Franciele Carmo Moreira, OAB/SP 381.190, manifestou-se que ante a conclusão do relatório restou comprovado a insubsistência da infração, tendo em vista os elementos de prova apresentados e analisados no curso processual.

VOTO

Conforme relatado, o lançamento de ofício processado exige ICMS de R\$124.734,61 (em sua origem) sob a presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de

levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Examinando os autos constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento tributário resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Assim, considerando que: a) conforme recibos e documentos de fls. 02, 03, 05, 17, 18, 32, 33, 764, 772, 773, 774 e 779-800, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 03, 17-44, 131-767 e 824, CDs de fls. 768 e 823); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise, tendo em vista que, como veremos na apreciação de mérito, os vícios identificados no procedimento fiscal e motivadores das nulidades suscitadas pela Impugnante, foram sanados na forma prevista no art. 18, § 1º, do Regulamento do Processo Fiscal da Bahia – RPAF, em face de oportunas diligências fiscais deferidas, razão pela qual às rejeito.

Indo ao mérito do caso, de logo ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A acusação fiscal é de omissão de saída de mercadorias tributáveis presumida por levantamento fiscal resultante do confronto dos valores das vendas registradas em ECF's com pagamentos via cartões de crédito/débito em valor inferior aos informados pelas Administradoras desses cartões, cujo fundamento legal de regência no período autuado é:

Lei 7014/96

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito; (grifos meus)

Portanto, presunção que, por ser relativa, pode ser elidida pelo sujeito passivo.

Como suporte probatório da acusação fiscal a Autoridade Fiscal autuante juntou aos autos: a) demonstrativos sintéticos de fls. 17 e 32, contendo colunas em que registra valores globais de cada período de apuração de ICMS: a.1) Valores informados pelas Administradoras de cartões; a.2) Valores que disse extraídos das Leituras Z dos ECFs do contribuinte; a.3) Diferenças resultante do confronto entre os valores das anteriores colunas; a.4) Percentuais de mercadorias isentas e não tributáveis pelo ICMS; a.5) Percentuais abatidos; a.6) Valores da Base de Cálculo do ICMS exigido;

a.7) Valores do ICMS apurado devido e exigido no AI; b) Planilha de proporcionalidade referente às saídas de mercadorias isentas e não tributáveis (fls. 18 e 33); c) Cópias de DMA's do sujeito passivo no período da autuação (fls. 19-31 e 34-46).

Pois bem, conforme o art. 34, VI-A da Lei 7.014/96, entre as obrigações do contribuinte está a de emitir o correspondente documento fiscal em todas as suas operações de saídas e a obrigação das administradoras de cartão de crédito ou de débito informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do ICMS através de seus sistemas tem igual disposição no art. 35-A da citada lei:

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

...

VI-A - emitir documento fiscal no momento da realização da operação ou do início da prestação, quando não previsto na legislação momento diverso para a sua emissão;

...

Art. 35-A. 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.

Na Impugnação, quanto ao mérito, apresentando levantamento contraditório em arquivos magnéticos editáveis (Doc. 2) e requerendo diligência/perícia fiscal, o sujeito passivo arguiu: a) Não haver a omissão acusada, pois todas as informações fiscais e contábeis do contribuinte autuado constam registradas de forma eletrônica tanto nas MFDs dos ECFs, como no SPED-EFD do período fiscalizado, cujos valores são os mesmos informados pelas Administradoras; b) Que os valores registrados como de Leitura Z do demonstrativo da Autuante divergem dos registrados na MFD e SPED-EFD; c) Ausência de registros de vendas pagas pela bandeira AMEX nos demonstrativos da autuação.

Na Informação Fiscal (fls. 129-130), a Autuante disse que a Impugnação nega valor tanto às informações das Administradoras nos relatórios TEF Diários, como às suas Leituras Z que o Autuado encaminhou ao fisco, documentos que tomou para lavrar o AI, os quais anexou à Informação Fiscal (fls. 131-758) para “dirimir quaisquer dúvidas” do procedimento fiscal.

Observando a necessidade de esclarecimentos do contraditório instalado, o PAF foi baixado em primeira diligência à Infaz de origem em 28/02/2019, nos seguintes termos:

“Considerando que: a) o procedimento fiscal para o caso decorre do confronto entre os valores informados nos Relatórios TEF versos valores registrados nas “leituras Z” como vendas com pagamentos por cartões; b) na lavratura do Auto de Infração há que se observar as disposições do artigo 28 do RPAF, especialmente as contidas no seu § 4º; c) nos autos, a exação fiscal apenas consta demonstrada sinteticamente (fls. 17 e 32), analisando o PAF em pauta suplementar, esta 2ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para as seguintes providências:

Autuante

- d) Aportar aos autos - inclusive em forma de arquivo magnético editável - demonstrativo analítico dos valores que formam o demonstrativo sintético de fls. 17 e 32;*
- e) Conforme informa, o demonstrativo analítico deve ter por base os documentos que aportou por ocasião da Informação Fiscal;*
- f) Produzir Informação Fiscal acerca da diligência.*

Concluída a diligência, mediante recibo e entrega de cópia da Informação Fiscal, bem como dos demonstrativos produzidos, o sujeito passivo deverá ser notificado com reabertura do prazo para defesa.

Caso o sujeito passivo se manifeste, o autuante deverá ser cientificado para produzir nova Informação Fiscal nos termos do art. 127, § 6º, do RPAF.

Após transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual”.

A diligência teve por consequência a sucinta Informação datada de 07/10/2019 (fl. 765), na qual a Autuante, mantendo a autuação e novamente os aportando, apenas descreveu a composição dos valores dos demonstrativos sintéticos suporte de fls. 17 e 32, procedimento que por ter sido considerado insatisfatório aos interesses deste Órgão Julgador, fundamentou o novo pedido de diligência em 19/06/2020 (fl. 809), nos seguintes termos:

“Considerando que, como está: a) o lançamento tributário conduzido neste PAF contém vício que, caso não sanado na forma prevista no § 1º, do art. 18, do RPAF poderá produzir sua nulidade nos termos do inciso IV, “a”, do citado artigo; b) a diligência requisitada às fls. 760-761 não foi cumprida, já que a Autoridade Fiscal autora do feito apenas repetiu os demonstrativos sintéticos de fls. 17 e 32, entendidos insuficientes para suportar a acusação fiscal, analisado em Pauta Suplementar e em benefício do devido processo legal, seus corolários da ampla defesa e contraditório, bem como da verdade material, essa 2ª JF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

Inspetor:

Designar Autoridade Fiscal para cumprimento da presente diligência, podendo ser, a própria autora do feito (preferencialmente) ou outra estranha ao feito.

Autoridade Diligente:

Tendo em vista que a Autuante informa que os valores da “Coluna B” dos demonstrativos sintéticos 17 e 32 são “os valores encontrados somando-se, diariamente, as vendas de mercadorias com cartão de crédito nas leituras Z entregues pelo contribuinte e acostadas a este processo” (grifei), requisita-se:

- e) Elaboração de demonstrativo dos valores diários das “leituras Z”, como substrato dos valores mensais que fundamentam os valores a recolher (Coluna G) dos demonstrativos sintéticos, (item “a”, da diligência requerida às fls. 760-761);*
- f) Informação Fiscal acerca dessa diligência nos termos previstos pelo artigo 127, § 6º, do RPAF, incluindo apreciação da manifestação do Impugnante às fls. 779-800;*
- g) Fornecendo cópia da Informação Fiscal e do demonstrativo pedido no item “a”, intimar o sujeito passivo para, querendo, **manifestar-se a respeito no prazo regulamentar de 10 (dez) dias**;*
- h) Caso o demonstrativo pedido no item “a” apresente valores cujas somas mensais divirjam dos originais de fls. 17 e 32, consequentemente implicando na produção de novos demonstrativos sintéticos para eventual exigência de ICMS diferente do lançamento original, reabrir o prazo regulamentar de defesa, 60 (sessenta) dias.*

Caso o sujeito passivo se manifeste, em qualquer das duas situações (itens “c” ou “d”), a autuante deverá ser cientificado para produzir Informação Fiscal a respeito.

Lembrando que sempre que houver manifestação que altere o valor da exação ou contenha fatos ou argumentos desconhecidos da parte contrária, ela deverá ser cientificada, concluída a diligência o PAF.

deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual”.

Por consequência, em 16/09/2021, observando “que o primeiro levantamento foi feito pelas leituras Z, em papel, o que pode ter ocasionado o erro pelo método utilizado, estando os documentos em mau estado de conservação”, a Autuante produziu a Informação Fiscal de fl. 822, expressando que para atender à diligência na forma solicitada intimou o sujeito passivo para apresentar os arquivos MFD do período autuado no formato TXT e que, apresentados, refez o procedimento fiscal os utilizando e, conforme o demonstrativo de fl. 823 que aporta aos autos junto à Informação Fiscal, comprovou “NÃO HAVER DIFERENÇAS A COBRAR e que o mesmo não deve à Fazenda Estadual o ICMS referente ao período autuado, tendo em vista a Infração 1, (05.08.01), omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”.

Assim, tendo em vista a disposição do art. 142 do CTN entregando à Auditora Fiscal autuante a privativa competência para constituir o crédito fiscal em discussão no presente PAF e sua expressa declaração da carência motivadora para tanto, tenho como insubsistente a infração acusada:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Quanto ao pedido de as intimações e notificações serem feitas em nome dos patronos da empresa autuada, observando que devem obedecer à forma regularmente prevista (RPAF: Art. 108), nada impede que cópia seja também encaminhada ao patrono do sujeito passivo.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233048.0004/18-0**, lavrado contra **RESTOQUE COMÉRCIO E CONFECÇÕES DE ROUPAS S/A**.

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”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2021

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR