

PROCESSO - A. I. Nº 278906.3003/16-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LOJAS AVENIDA S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0100-04/18
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS (OESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/10/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0249-12/22-VD

EMENTA: ICMS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO COM BASE NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES CONSTANTES DOS RELATÓRIOS TEF DIÁRIO INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO, E AS OPERAÇÕES REGISTRADAS NOS ECF. NULIDADE DO LANÇAMENTO. Restou comprovado que a base de cálculo atribuída pela autoridade fiscal se encontra posta de forma insegura, não permitindo se aquilatar, de forma clara, a liquidez do lançamento. Recomendação do refazimento do procedimento fiscal com observância do prazo decadencial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Nulo o Auto de Infração em referência teve sua expedição concebida em 29/06/2016, com o objetivo de reclamar crédito tributário na ordem de R\$ 319.277,39, mais multa de 100%, em face da seguinte acusação:

“Operação realizada sem emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal – que com este possa confundir-se e substituí-lo – em flagrante desrespeito às disposições da Legislação Tributária”.

Consta da acusação o seguinte complemento: “Apurada a partir da constatação de falta de emissão de documentos fiscais, evidenciada pelo confronto entre os valores constantes nos relatórios diário de operações TEF, informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, e os valores de pagamentos por meio de Cartão de Crédito/Débito, constantes em Documentos Fiscais emitidos pelo contribuinte, presunção autorizada conforme determinação do Artigo 4º, § 4º, alínea “b”, e inciso VII, da Lei nº 7.014/96” (sic).

Após o autuado ingressar com Impugnação, fls. 37 a 59, o autuante presta Informação Fiscal, fl. 196 aduzindo que são improcedentes os argumentos utilizados pelo autuado. A JJF, em Pauta Suplementar realizada no dia 30/11/2016, deliberou diligência. O autuado se pronunciou acerca do resultado da diligência, fls. 206 a 213, o autuante juntou sua informação fiscal nas fls. 2.201 e 2.202, com o mesmo teor da constante anteriormente. O colegiado de piso em 29/06/2017, converteu os autos em diligência à INFAZ de origem, à fl.2.207. O contribuinte volta a se manifestar, fls. 2.214 a 2.216 e nas fls. 2.217 a 2.298, foi juntada uma planilha analítica elaborada pelo autuado a partir do mês de outubro/2011 até o mês de dezembro/2015, indicando as operações de recarga de celular ocorridas nesse período, assim como, a partir da fl. 2.300 até 3.927, uma planilha, também analítica, com as operações relativas a recebimentos de faturas Club+, ocorridas no mesmo período. Assim, a 4ª JJF julgou Nulo o Auto de Infração, recomendando a renovação fiscal, nos seguintes termos:

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos, diz respeito a exigência de crédito tributário na ordem de R\$ 319.277,39, em razão de “Operação realizada sem emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal – que com este possa confundir-se e substituí-lo – em flagrante desrespeito às disposições da Legislação Tributária”.

De acordo com a acusação tal omissão foi apurada “a partir da constatação de falta de emissão de documentos

fiscais, evidenciada pelo confronto entre os valores constantes nos relatórios diário de operações TEF, informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, e os valores de pagamentos por meio de Cartão de Crédito/Débito, constantes em Documentos Fiscais emitidos pelo contribuinte, presunção autorizada conforme determinação do Artigo 4º, § 4º, alínea “b”, e inciso VII, da Lei nº 7.014/96”.

O autuado pugnou pela nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a relação dos pagamentos que foram efetuados por meio de administradoras de cartões de crédito/débito, não contém o número de autorização da transação, elemento essencial para que se identifique a operação correlata.

Não assiste razão ao autuado neste argumento. Examinando os relatórios TEF Diário presentes nos autos, verifico, por exemplo, no doc. de fl. 2.056, que nele estão indicados o número das autorizações envolvendo as administradoras Redecard e Cielo, com a data da operação, o valor e a respectiva ECF, oferecendo, portanto, neste aspecto, todos os meios ao autuado para o exercício da ampla defesa.

Com relação ao argumento relacionado à falta de apresentação de todos os elementos para que pudesse ser identificado com segurança a infração cometida, também não encontra amparo essa assertiva, já que a mídia eletrônica (fl. 10), em poder do autuado, demonstra como foram realizados todos os cálculos e levantamentos, situação esta que possibilitou ao mesmo os meios suficientes para elaboração da defesa, e tanto isto é pertinente, que assim foi feito. Afasto, pois, esses argumentos de nulidade apresentados e passo à análise da autuação.

Neste aspecto, vejo que o autuado apresentou uma série de argumentos pontuais, com a indicação de exemplos de operações questionadas, com juntada de cópia de documentos com o fito de respaldar seus argumentos, entretanto, o autuante, em nenhum instante os refutou de forma objetiva. Importante registrar que em duas oportunidades o processo foi convertido em diligência, para que o autuante se pronunciasse a respeito de todos os argumentos oferecidos pelo autuado, entretanto, isto não se concretizou. As informações trazidas pelo autuante se apresentam de maneira bastante sucinta e não oferecem meios que possam ser utilizados com segurança em termos de convicção de julgamento.

Em vista disto, e para evitar que o processo fosse convertido em uma terceira diligência, e considerando também a quantidade grande de documentos juntados aos autos, representado por 12 (doze) volumes, passei a analisar os argumentos e as peças defensivas trazidas pela defesa, sobre as quais passo a me posicionar.

Isto posto, vejo que o autuado trouxe dois argumentos cruciais para o deslinde da questão: o primeiro, de que as informações obtidas pelo autuante a respeito das vendas realizadas através dos ECF são inconsistentes, já que não coincidem com nenhuma informação contida nos documentos fiscais apresentados, havendo casos em que declarou valores de vendas maiores que os apontados pela fiscalização, enquanto que o segundo argumento diz respeito ao fato de que estão incluídos na base de cálculo do ICMS operações que não se referem a vendas de mercadorias, mas referentes a pagamento de faturas.

Em relação ao primeiro argumento, vejo que o autuante apresentou, referente ao mês de novembro/15, citado pelo autuado a título de exemplo, saídas tributadas através de ECF no montante de R\$ 255.392,75, enquanto que o autuado apresentou saídas tributadas registradas em seus livros fiscais na ordem de R\$ 344.984,07.

Em princípio, este fato, por si só, não representa equívoco do autuante, vez que as saídas apuradas pelo mesmo acima indicadas, dizem respeito apenas àquelas ocorridas através de ECF, enquanto que os valores registrados pelo autuado sob o CFOP 5102, representam o total das vendas ocorridas via ECF e através de notas fiscais de vendas, visto que o autuado não comprova que todas as saídas escrituradas referem-se exclusivamente a operações ocorridas via ECF.

O segundo questionamento trazido pelo autuado, ao meu ver, atinge a questão crucial do lançamento. Isto porque o autuado afirma de forma peremptória, que no cômputo dos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e/ou de débito, estão incluídos valores recebidos referentes à recarga de aparelhos celular e de pagamentos de faturas de vendas a crédito, operações estas, que apesar de serem efetuadas via ECF, não se encontram sujeitas à tributação pelo ICMS.

Apesar dos exemplos juntados aos autos, esses dois questionamentos não foram enfrentados pelo autuante, razão pela qual, o processo foi objeto de encaminhamento de duas diligências nesse sentido. Observe-se que o autuado apresenta, a título de amostragem, uma quantidade razoável de cupons fiscais emitidos com a indicação “não é documento fiscal”, “comprovante crédito ou débito – crediário” – “comprovante de pagamento da fatura”.

Como exemplo aponta um **comprovante de pagamento de fatura** emitido no dia 11/11/15, fl. 52, no valor de R\$ 135,16, valor este que se encontra lançado pelo autuante no “Demonstrativo da presunção de omissão de operações tributadas pelo ICMS”, fl. 2078, a título de **omissão de saídas de mercadorias tributáveis**, decorrente do confronto entre o TEF-Diário e o ECF.

Por igual, na mesma situação, foi juntado outro comprovante de pagamento de fatura no valor de R\$ 117,06, referente ao dia 03/11/2015, valor este que também se encontra lançado pelo autuante como omissão de saída de mercadoria tributável, conforme se verifica à fl. 2.064.

Objetivando esclarecer as dúvidas suscitadas e ante ao argumento defensivo, o processo foi convertido em

diligência, para que o autuante intimasse o autuado para apresentar um demonstrativo, devidamente documentado, com todas as operações ditas realizadas através de ECF, referente a recebimentos de faturas relativamente ao período autuado e que o autuante efetuasse as devidas conferências.

O autuado, apesar de questionar o prazo de 5 (cinco) dias que lhe fora concedido pelo INFAZ para atender tal solicitação, que abrange os exercícios de 2011 a 2015, apresentou planilhas analíticas referentes a operações com recarga de celular, fls. 2.218 a 2.298 e a recebimentos de faturas Club+, conforme fls. 2.300 a 3.927.

Estas planilhas não foram analisadas pelo autuante ao argumento de que “A defesa do contribuinte apresenta planilha com demonstrativo descritivo, dos números das autorizações das operadoras de cartões crédito/débito e datas de pagamentos, porém não apresenta as cópias dos extratos, faturas ou qualquer demonstrativo para comprovar a efetiva operação ligando as autorizações e pagamentos. Com isso, mantivemos o mesmo demonstrativo de débito”.

Ora, com todo o respeito que o autuante merece, vejo que as planilhas apresentadas, por se revestirem em elementos cruciais para o deslinde da questão, deveriam ser conferidas pelo mesmo para se certificar se os valores nelas indicados estão contidos no demonstrativo de omissão de saídas, e em caso positivo, se estavam sujeitos à incidência do ICMS. Acaso entendesse que necessitava de outros elementos comprobatórios, deveria tê-los solicitado ao autuado, a fim de que se chegasse a uma situação definitiva no processo.

De maneira que em face da ausência no processo dessa informação solicitada através da diligência, foi que verificando as planilhas apresentadas pelo autuado e objetivando aferir seu argumento, efetuei, **por amostragem**, um confronto entre essas planilhas e o demonstrativo de omissão de saídas tributáveis apresentado pelo autuante e constatei o que segue:

- Fl. 2056: 29/10/15 – Redecar / autuante	R\$ 100,90 - Omissão de receita
- Fl. 3894: 29/10/15 – Planilha autuado	R\$ 100,90 - Recebimento fatura Club+
- Fl. 2058: 30/10/15 – Cielo / autuante	R\$ 72,92 - Omissão de receita
- Fl. 3894: 30/10/15 – Planilha autuado	R\$ 72,92 - Recebimento fatura Club+
- Fl. 2060: 31/10/15 - Redecar / autuante	R\$ 112,47 - Omissão receita
- Fl. 3895: 31/10/15 - Planilha autuado	R\$ 112,47 - Recebimento fatura Club+
- Fl. 2064: 03/11/15 - Redecar / autuante	R\$ 121,08 - Omissão receita
- Fl. 3895: 03/11/15 - Planilha autuado	R\$ 121,08 - Recebimento fatura Club+
- Fl. 2065: 03/11/15 – Redecar / autuante	R\$ 113,22 - Omissão receita
- Fl. 3896: 03/11/15 - Planilha autuado	R\$ 113,22 - Recebimento fatura Club+
- Fl. 2067: 05/11/15 – Redecar / autuante	R\$ 205,77 - Omissão receita
- Fl. 3897: 05/11/15 – Planilha autuado	R\$ 205,77 - Recebimento fatura Club+
- Fl. 2113: 02/12/15 – Redecar / autuante	R\$ 168,50 - Omissão receita
- Fl. 3910: 02/12/15 – Planilha autuado	R\$ 168,50 - Recebimento fatura Club+
- Fl. 2110: 01/12/15 – Redecar / autuante	R\$ 359,73 - Omissão receita
- Fl. 3907: 01/12/15 – Planilha autuado	R\$ 359,73 - Recebimento fatura Club+
- Fl. 2110: 01/12/15 – Redecar / autuante	R\$ 169,17 - Omissão receita
- Fl. 3907: 01/12/15 – Planilha autuado	R\$ 169,17 - Recebimento fatura Club+

Diante dos dados acima, colhidos por amostragem, além dos já citados anteriormente neste voto, constata-se que, realmente, no levantamento fiscal se encontram valores que à luz das planilhas trazidas aos autos pelo autuado, não representam operações de vendas de mercadorias, portanto, não estão sujeitas à incidência do ICMS. Por outro lado, verifiquei também que muitos dos valores constantes dessas mesmas planilhas, não estão incluídos no levantamento do autuante a título de omissão de receitas.

Isto significa que o levantamento fiscal se apresenta com insegurança em relação aos valores indicados em sua base de cálculo, e considerando que não foram efetuados pelo autuante exames nos documentos (planilhas) e argumentos concernentes às mesmas, voto, com respaldo no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA, pela nulidade do presente Auto de Infração e recomendo que o procedimento fiscal seja renovado a salvo das falhas apontadas, observando-se o prazo decadencial.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do 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.

Na assentada do julgamento do dia 09/12/2019, o colegiado da 2ª Instância converteu os autos em diligência à INFAZ DE ORIGEM, para que o autuante segregasse do demonstrativo de débito, os itens que não correspondem efetivamente às operações de vendas de mercadorias tais como: recarga de celulares, recebimento de faturas de cartão de crédito club+ ou outro serviço de correspondente bancário que tenha executado e apurado no auto supra. Após feito este procedimento intimar o autuado para se manifestar caso queira e, tendo manifestação, prestar

nova informação fiscal conforme o comando do art. 127, § 6º do RPAF.

Na conclusão diligência feita pelo autuante, fl. 3971, informa que na diligência anterior a esta (fase de impugnação), foi cobrada da autuada os comprovantes dessas operações sem a emissão dos documentos fiscais de vendas, fl. 3932, deste processo e a mesma apresentou uma planilha sem os respectivos comprovantes.

Afirma que ao verificar a planilha no Demonstrativo Z, constam todas as autorizações das administradoras de cartão de crédito/débito, sobre cada venda efetuada pelo autuado/recorrido (Tef_Dem_Z). Esclarece que no demonstrativo (Tef_Dem_C_CC(2), estão lançado os resumos mensais da falta de pagamento do ICMS para cada lançamento autorizado pelas operações desses cartões.

Discorre que cabe o ora recorrido apresentar os comprovantes (leitura Z das máquinas que emitiram todos os cupons nessas operações, onde indicam o tipo da operação, de preferência as que estão com os números dos documentos fiscais zerados que é a base da autuação).

Sustenta que sem a apresentação dos comprovantes dessas operações, não poderá segregar e/ou excluir os valores constantes na autuação, mantendo assim, os valores integrais da mesma.

Nas fls. 4014-15, consta informações e dados de todo documento produzido na diligência juntamente com intimado ao contribuinte para a devida manifestação, no qual se manteve silente.

Esta 2ª CJF novamente converteu os autos em diligência à INFAZ DE ORIGEM (fiscal estranho ao feito) – fl. 4.018, no sentido de adotar os seguintes procedimentos:

AUTUANTE (ou ESTRANHO AO FEITO)

- a) Fornecer cópias dos demonstrativos remanescentes de fls. 3972 a 4012 (pode ser em meio magnético em planilha editável) ao estabelecimento autuado;*
- b) Intimar o autuado para apresentar os documentos fiscais relativos ao Relatório TEF (fornecido pela administradora de cartão) que não implique em recebimentos por meio de cartão de crédito/débito de vendas de mercadorias, como argumentado: a) Recarga de celular; b) recebimento de fatura de cartão de crédito Club+ ou outro serviço bancário correspondente.*
- c) Caso o autuado apresente a documentação fiscal, deve ser feito a exclusão dos valores correspondentes em demonstrativo remanescente (analítico e sintético), consolidado em DEMONSTRATIVO DE DÉBITO;*

INSPETORIA FAZENDÁRIA

Intimar o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal e conceder prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, caso queira. Se o autuado apresentar novos documentos, encaminhar para o autuante prestar nova informação fiscal.

Nas fls. 4.021 a 4.034, constam três intimações dos papéis de trabalho da 1ª diligência realiza por esta Câmara, conforme solicitado pela 2ª diligência.

Os representantes do recorrido apresenta manifestação nas fls. 4.036 a 4.046, onde discorreu sobre os procedimentos, fatos da diligência proferida e da decisão recorrida feita pela 4ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração. Relembrou ser pertinente a discussão dos autos, reproduziu os argumentos da nulidade proferida pela JJF e trouxe conclusões: **primeiro** de que não há nenhuma dúvida de que o Auto de Infração errou na alegação de que Requerente teria realizado operações de saída de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais; **segundo** que um auto de infração nulo não pode ser corrigido por meio de diligência; **terceiro** que a diligência sequer deveria existir, já que se solicita a apresentação de “documentos fiscais” (que já estão disponíveis para as Autoridades Fiscais).

Respondeu que descabe pela necessidade da diligência e pede pela manutenção da decisão de piso. Trouxe três razões pela manutenção da decisão:

Primeiro: além descaber a diligência proferida, pois o e o Auto de Infração é nulo por não conter os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração tributária - o que, no caso, impactou completamente o valor exigido. Por isso, foi declarada a nulidade do Auto de Infração,

nos termos do artigo 18, inciso IV do RPAF.

Explicou que os termos das intimações, a Autoridade Fiscal busca atribuir à Requerente as incumbências que lhe competem por lei: verificar as operações registradas no ECF e identificar operações tributadas (ou não) pelo ICMS. Esse é um trabalho que a Autoridade Fiscal deveria ter feito durante a fiscalização. É inadmissível que a autuada, em sede de diligência - após a declaração de nulidade do Auto de Infração -, tenha que prestar informações que competem à Fiscalização, tendo o objetivo de salvar o Auto de Infração. Acosta jurisprudência do CONSEF (A-0407-12/13; A-0337-01/18).

Acrescentou que a diligência teve o objetivo de demandar que o autuado apresente “documentos fiscais” e os respectivos cálculos das transações constantes nos relatórios fornecidos pelas administradoras de cartões de créditos, excluindo as operações não tributadas pelo ICMS. Ora! Está-se exigindo, basicamente, que o autuado faça um auto de infração. Informações desse tipo deveriam obviamente ter sido solicitadas durante o procedimento de fiscalização - não em sede de diligência, depois que a autuação já foi lavrada. Isso é tão evidente que o próprio Auditor Fiscal, talvez por um ato falho, indicou na Intimação Fiscal 03 que teria dado início a “ação fiscal” - e intimou a Requerente a apresentar documentos “a esta fiscalização”.

Pontuou que além do mais, o período de 2011 a 2015 já foi autuado, de forma que não cabe a realização de uma fiscalização no curso de um processo administrativo. O mais provável é que a Autoridade Fiscal tenha se dado conta que, se não “aproveitar” o processo já instaurado, não poderá exigir o suposto crédito tributário, por conta da decadência (artigo 156, inciso V do CTN).

Segundo: que os documentos exigidos não podem ser solicitados em sede de diligência, pois conforme o art. 145 do RPAF estabelece que “ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade e que a Autoridade Fiscal não esclareceu o porquê de não poder acessar as informações prestadas no ECF para apurar o tributo que entendesse devido. A Requerente está sendo excessivamente onerada por uma competência que não é sua. E que a apresentação de documentos já em posse da Autoridade Fiscal, como é o caso da “escrituração fiscal” — ou qualquer outro tipo de documentos que estejam na posse de quem fez o pedido de diligência. Por essa razão, mesmo que se admitisse uma diligência, não poderiam ser solicitados documentos fiscais - que já estão à disposição da Autoridade Fiscal.

Terceiro: que a própria autoridade fiscal possui plenas condições e prerrogativa para acessar a Memória Fiscal do ECF de 2011 a 2015 e acessar/solicitar de terceiros quaisquer documentos que entenda pertinente, a confirmar as informações que são consideradas importantes. Recordou que a SEFAZ/BA fez a migração para a Nota Fiscal do Consumidor Eletrônica (“NFC-E”); enfim, considerando que as obrigações acessórias da Bahia foram alteradas de tal forma que a documentação fiscal não é mais, em regra, emitida por meio de ECF, fato é que essas informações e documentos deveriam ter sido solicitados antes, enquanto ainda estava aberto o procedimento de fiscalização

Finaliza solicitando a manutenção da Decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

Observe tratar de Recurso de Ofício cabível, conforme disposto no regimento regulamentar, tendo em vista que a 4ª JJF através do **Acórdão 4ª JJF nº 0100-04/18**, ter desonerado totalmente e votado pela Nulidade do presente Auto de Infração, recomendando que o procedimento fiscal seja renovado a salvo das falhas apontadas, observando-se o prazo decadencial.

Dos exames dos autos é possível notar rejeições com nulidades suscitadas na impugnação e manifestação do autuado (fls. 37 a 59 e 206 a 213), assim como nas informações fiscais apensadas, argumentando que as transações foram efetuados por meio de cupons fiscais emitidos não

comprobatórios: “*não é documento fiscal*”, sendo cupons de administradoras de cartões de crédito/débito, comprovantes de crédito ou débito – crediários, assim como comprovantes de pagamento de faturas, sem detalhamento, preocupando apenas em elaborar “*demonstrativo de presunção de emissão e operações tributadas pelo ICMS*”, a título de omissão de saídas, com base na determinação do art. 4º, § 4º, “b” e inciso VII da Lei nº 7.014/96.

Importante registrar que em duas oportunidades o processo foi convertido em diligência, para que o autuante se pronunciasse a respeito de todos os argumentos oferecidos pelo autuado, entretanto, isto não se concretizou a contento.

Já na Segunda Instância, o colegiado converteu mais duas vezes em diligência no sentido de sanar as pendências de informações incongruentes apresentadas pela JJF. No entanto, tanto o autuante não demonstrou de forma clara as ponderações em relação ao que fora pedido, no qual informou que para ceder tais informações o recorrido/autuado deveria juntar e apresentar os comprovantes (leitura Z das máquinas que emitiram todos os cupons nessas operações, onde indicam o tipo da operação, de preferência as que estão com os números dos documentos fiscais zerados que é a base da autuação). O recorrido ao ser intimado trouxe seus argumentos perquirindo que tal diligência não poderia prosperar, pois discorreu que: (I) que não há nenhuma dúvida de que o Auto de Infração errou na alegação de que o Requerente teria realizado operações de saída de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais; (II) que um Auto de Infração nulo não pode ser corrigido por meio de diligência; e (III) que a diligência sequer deveria existir, já que se solicita a apresentação de “documentos fiscais”, que já estão disponíveis para as Autoridades Fiscais.

Percebo que as informações postas pelo relator de piso são pertinentes, só para relembrar destacou dois argumentos para definir a nulidade:

- a) que os exemplos dados pelo autuante “*dizem respeito apenas àquelas ocorridas através de ECF, enquanto que os valores registrados pelo autuado sob o CFOP 5102, representam o total das vendas ocorridas via ECF e através de notas fiscais de vendas, visto que o autuado não comprova que todas as saídas escrituradas referem-se exclusivamente a operações ocorridas via ECF*”;
- b) o relator destacou dados pontuais que define a propriedade da autuação pois “*...que no cômputo dos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e/ou de débito, estão incluídos valores recebidos referentes à recarga de aparelhos celular e de pagamentos de faturas de vendas a crédito, operações estas, que apesar de serem efetuadas via ECF, não se encontram sujeitas à tributação pelo ICMS*” e percebi que novamente o autuante não trouxe argumentos para a reforma da decisão, mesmo trazendo um mero enfrentamento, agora nesta instância, dizendo que “*ao verificar a planilha no Demonstrativo Z, constam todas as autorizações das administradoras de cartão de crédito/débito, sobre cada venda efetuada pelo autuado/recorrido (Tef_Dem_Z). Esclarece que no “demonstrativo (Tef_Dem_C_CC(2), estão lançado os resumos mensais da falta de pagamento do ICMS para cada lançamento autorizado pelas operações desses cartões*”.

No entanto, na análise o relator já pontuou sobre o fato verificando que os exemplos apresentados decorrem de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, no qual fora juntada “*...as planilhas apresentadas, por se revestirem em elementos cruciais para o deslinde da questão, deveriam ser conferidas pelo mesmo para se certificar se os valores nelas indicados estão contidos no demonstrativo de omissão de saídas, e em caso positivo, se estavam sujeitos à incidência do ICMS. Acaso entendesse que necessitava de outros elementos comprobatórios, deveria tê-los solicitado ao autuado, a fim de que se chegasse a uma situação definitiva no processo*”, sendo juntado amostragem demonstrando o erro da autuação, no qual constatou que as mercadorias “*não representam operações de vendas ..., não estão sujeitas à incidência do ICMS. Por outro lado, ... muitos dos valores constantes dessas mesmas planilhas, não estão incluídos no levantamento do autuante a título de omissão de receitas*”.

Como se vê, não merece reparo a Decisão recorrida, pois as informações trazidas pelo autuante se

apresentam de maneira bastante sucinta, não claras e não oferecem meios que possam ser utilizados com segurança em termos de convicção de julgamento.

Assim, ante comprovada a ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial que resultou a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Concluo que o Auto de Infração é nulo em face da existência de vício insanável, uma vez que, na hipótese *sub examine*, não há possibilidade de aproveitamento na sua plenitude do ato praticado, o que fulmina o próprio lançamento de ofício, pelo que peço que avalie a possibilidade de representar à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo da aludida falha e observado o prazo decadencial.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, devendo ser mantida a decisão de piso na sua íntegra.

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 manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **278906.3003/16-0**, lavrado contra **LOJAS AVENIDA S.A.** Recomenda-se a avaliação da possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas e com a observância do prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, em 18 de agosto de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS