

A. I. Nº - 203459.0001/19-7
AUTUADO - MERCADO COMERCIAL DE ESPORTES LTDA.
AUTUANTE - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/05/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-04/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE O VALOR DAS VENDAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO INFORMADO PELO CONTRIBUINTE E O VALOR FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. A autuação contém vícios materiais que afetam a sua eficácia, pois faltam provas do cometimento. O que se tem, então, da constituição do lançamento fiscal, é o desenvolvimento de um “*Roteiro de Auditoria*” que se aplica a contribuinte enquadrado sob Sistema de Apuração do Imposto por “*SIMPLES NACIONAL*”, quando, na realidade o Contribuinte Autuado, encontrava-se, à época dos fatos geradores, inclusive na data da lavratura do Auto de Infração, enquadrado sob Sistema de Apuração do Imposto por “*CONTA CORRENTE FISCAL*”, o que invalida a autuação. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração cometida. Portanto, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro nulo o Auto de Infração por inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/04/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$ 391.234,11 atribuindo, ao sujeito passivo, o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 05.08.01: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 7 e 10 dos autos, constantes do CD/Mídia de fl. 16. Lançado ICMS no valor de R\$ 391.234,11, com enquadramento no art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 100% tipificada no inc. III, do mesmo diploma legal.

O autuado apresenta defesa administrativa, às fls. 21 a 29, com documentos anexos acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor:

De início diz que, faz-se necessário informar que estão presentes os requisitos de legitimidade e de interesse da Impugnante em apresentar a presente defesa, eis que a mesma é tempestiva, pois, foi cientificada em 26/04/2019, sendo o início de contagem do prazo o dia 29/04/2019, primeiro dia

útil após a ciência, tendo em vista, que os dias 27 e 28/04/2019, foram sábado e domingo respectivamente, conforme previsto no Art. 224 do Código de Processo Civil, e na conformidade do Art. 123 do RPAF - Decreto n.º 7.629/99.

Ademais, pontua que se encontram presentes todos requisitos extrínsecos e intrínsecos exigidos, porquanto, deverá esta impugnação de ser recebida, conhecida e apreciada por este CONSEF, para os fins a que se propõe, visando o exame das questões que suscita, e o provimento das razões e direito aqui expostos, por Justiça!

- *DA AUTUAÇÃO*

Registra que versa o Auto de Infração, aqui guerreado, que deixou de recolher o ICMS devido, nos exercícios de 2017 e 2018, no valor R\$ 391.234,11 (trezentos e noventa e hum mil, duzentos e trinta e quatro reais e onze centavos), em decorrência da falta de inserção do Registro 1600 nas informações econômico- fiscais, relativo a EFD – Sped Fiscal, em consequência disso, a suposta falta de pagamento do imposto devido.

- *DA IMPUGNAÇÃO*

Inconformada com a exigência do crédito fiscal, a Autuada se insurge contra o Auto de Infração acima descrito, e vem com fulcro no Art. 123 do Decreto 7629/99, demonstrar o equívoco do fisco, em fazer o citado lançamento.

Consigna que, segundo relato do Auditor Fiscal autuante, o lançamento que imputa o ICMS devido, no montante de R\$ 391.234,11 (trezentos e noventa e hum mil, duzentos e trinta e quatro reais e onze centavos), refere-se às vendas através do TEF, que alega não ter sido inseridas as informações no Registro 1600.

Diz que tal divergência e/ou omissão nas informações do Registro 1600, pode ser resultado de falhas nas Transmissões, ou nas Recepções dos arquivos magnéticos, quando de sua operacionalização, ou ainda por falha no SOFTWARE da Autuada, o que não implicou na falta de pagamento do imposto devido.

Aduz que o processo de transmissão de arquivos magnéticos realizados através da Rede Mundial de Computadores (Internet), estão, e sempre estarão suscetíveis de erros e falhas nas operações a ela relativas.

Pontua que é notório o fato de muitas vezes, quando da emissão de um documento fiscal eletrônico, seja ele NF-e, c-NF-e ou quaisquer outros que dependam da Rede Mundial de Computadores (Internet), podem não chegar ao destinatário dos mesmos, tendo em vista, as inconsistências e falhas inerentes ao processo.

Se o fato ocorre na emissão de documentos fiscais, diz que a falha é de pronto informado ao emitente, que se socorre do “*Modo Contingência*”. Porém, quando a falha é verificada em transmissões de Arquivos Magnéticos, que independem de batimentos eletrônicos do servidor/receptor das informações, e que não acusa de imediato erros, falhas, ou quaisquer outras ocorrências dessa magnitude, e apenas emite o recibo de recepção, deixa o Contribuinte com a falsa impressão de que tudo fora realizado com sucesso.

No entanto, diz que, compulsando a documentação fiscal, (SPED Fiscal) da Autuada, verifica-se que toda movimentação de suas operações mercantis, no tocante a pagamento com Cartões, seja ela, vendas à débito ou à crédito, relativas aos exercícios de 2017 e 2018, objeto do Auto Infração ora guerreado, foram devidamente escrituradas na escrita digital (SPED Fiscal), conforme documentação que diz anexar, (mídia CD - Rom anexo I).

Observa que, verificando as informações contidas na EFD dos períodos fiscalizados, fora constatado que as operações mercantis de vendas, realmente não foram informadas no Registro 1600.

Ressalta que foram efetivadas as devidas retificações nas EFD's dos períodos relativos à

fiscalização, para inserção das informações referentes ao Registro 1600, como pode ser comprovado com os recibos de entrega que diz constar do CD - Rom, Anexo I da presente defesa.

Assim diz que restou, portanto, provado que todas as operações e/ou movimentação relativas ao TEF, foram devidamente escrituradas na EFD Sped Fiscal, e lançado no conta corrente fiscal do ICMS, informados em DMA's da Autuada, e apurado o saldo credor/devedor nos períodos correspondentes, sendo que: “*se saldo credor*”, transferido para o período seguinte, e “*se saldo devedor*”, efetuado o pagamento, (anexo II), e ou parcelamento, (anexo III), conforme documentos que diz anexar ao presente PAF, extrato do fornecido pela SEFAZ/BA, e mídia CD - Rom (Anexo I).

Diz, também, que isto pode ser comprovado ao confrontar a escrituração fiscal digital – SPED Fiscal, mas precisamente a parte referente aos registros de saídas, efetuados e entregues a SEFAZ/BA nos prazos determinados, ou seja, nos meses respectivos dos exercícios de 2017 e 2018, com as retificadas em junho de 2019, apenas para inclusão do Registro 1600.

Destaca que os anexos da defesa, são provas inequívocas de que todas as operações realizadas com cartões de crédito e/ou débito, foram rigorosamente lançadas na escrita fiscal (SPED Fiscal) da Autuada, os recibos de entregas das DMA's relativos aos períodos de janeiro de 2017 a dezembro de 2018, bem como cópias das EFD's com saídas e apuração do imposto, (mídia CD - Rom anexo I), atestam a sua veracidade.

Diz, ainda, ter anexado ao presente processo, através de mídia (CD - Rom anexo I), toda a escrita fiscal digital (SPED Fiscal), referente ao período fiscalizado (janeiro 2017 a dezembro 2018), principalmente o livro registro de saídas de mercadorias onde constam os números dos cupons/notas fiscais por dia e a apuração de ICMS, onde constam os valores mensais das operações com o TEF, bem como as DMA's dos períodos, e recibos de entregas dos mesmos.

Registra que a falha que originou a lavratura do Auto de Infração, deu-se em virtude do Auditor Fiscal autuante, ter usado como parâmetro para lançamento do débito tributário, apenas os valores apontados nos relatórios da Administradora dos cartões, aliada a não informação do Registro 1600 no Sped Fiscal.

Pontua que tal situação poderia ter sido sanada, se ao invés do Auditor Fiscal autuante fazer o lançamento apenas com base nos relatórios informados pela Administradora do cartão e comparando-os com o Registro 1600, tivesse auditado todas as operações mercantis de vendas, conjuntamente, ou seja, somando todas as vendas à dinheiro, cartão crédito, cartão de débito e cheques, de pronto notaria que no total de todas as operações de vendas, estavam incluídas as operações de vendas do TEF, conforme verificado nos livros de saídas de mercadoria e a Leitura 'Z' da máquina de cupom fiscal, documento fiscal onde constam as vendas por dia e se cartão, e qualquer forma de recebimento.

Como exemplo do aqui afirmado, diz reproduzir abaixo, o recibo de entrega da escrituração Fiscal Digital do período de 01 a 30/04/2017, onde consta todas as operações de vendas, sejam através cartões de crédito e débito, sejam por qualquer outra modalidade de pagamentos. Os recibos originais de todo o período auditado, encontram-se no CD - Rom, (anexo I).

APURAÇÃO DO ICMS	
Período de apuração de 01/04/2017 a 30/04/2017	OPERAÇÕES PRÓPRIAS
Valor total dos débitos por saídas e prestações com débito do imposto	R\$ 24.220,05
Valor total dos créditos por entradas e aquisições com crédito do imposto	R\$ 11.112,10
Valor total do ICMS a recolher	R\$ 0,00
Valor total do saldo credor a transportar para o período seguinte	R\$ 76.216,55
Valor recolhidos ou a recolher, extra – apuração	R\$ 0,00

Neste diapasão, diz que fica patente a impropriedade do Auto de Infração, tendo em vista, que todas as operações mercantis da Autuada, foram devidamente registras no SPED Fiscal, e os valores apurados, foram oferecidos à tributação. Quando resultou em saldo devedor, foram recolhidos aos cofres públicos na forma, e nos prazos regulamentos estabelecidos, ou através DD (Débito Declarado), lançamentos efetuados pela própria Administração Tributária. Quando na

apuração resultou em saldo credor, foi transferido para o período seguinte.

Diz que se coloca à disposição do Auditor Fiscal autuante, ou de qualquer outro diligente, para prestar todas e quaisquer informações referente ao presente processo, bem como toda documentação fiscal e contábil necessária, com objetivo de provar a inexistência de quaisquer débitos resultantes de sua atividade mercantil.

Por fim, pugna pela improcedência total do Auto de Infração em lide, por ser de Justiça!

O agente Fiscal Autuante, em sua informação fiscal à fl. 52, assim manifesta:

Diz que a atuação se refere a “*omissão de saída de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradoras de cartões*”, entretanto, o contribuinte apresenta defesa com as alegações a seguir.

Ou seja, diz que a defesa apresenta o único argumento de que o débito apurado é decorrente de falha na transmissão dos arquivos magnéticos, vez que os mesmos ***foram enviados sem preenchimento do Registro 1600***, o que teria levado à falsa constatação de falta de pagamento do ICMS.

Na verdade, diz que a apuração nada tem a ver com o dito registro, pois foi efetuada com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, confrontando com a falta de pagamentos do imposto, informada nos controles da SEFAZ, mais precisamente o relatório “***Relação de DAE’s***”, constantes no presente PAF.

Assim sendo, diz que, nada traz o contribuinte em sua defesa que possa elidir o lançamento fiscal efetuado, resta tão somente ratificar e manter o Auto de Infração na íntegra.

Neste contexto, em sede de instrução do presente PAF, este Relator Julgador, analisando os papéis de trabalho que fundamenta a autuação, mais especificamente o “*Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito*” de fl. 7 (Ano 2017) e fl. 10 (Ano 2018), vê-se apenas o destaque de vendas com cartão informados pelas Instituições Financeiras, extraídas do “*Relatório TEF*”. Não se observa qualquer destaque de venda com cartão constante de “*Redução Z*”, ou mesmo qualquer outro documento fiscal.

Pois bem! Comparando essas duas informações encontra-se uma diferença, que são os próprios valores extraídos do “*Relatório TEF*”, vez que os valores com cartão constante de “*Redução Z*”, foram considerados “zero”, isto é, sem qualquer valor para todos os meses da autuação. Essa diferença é tomada como base de cálculo do imposto, que aplicada a alíquota, encontra-se o ICMS, que é o valor lançado no Auto de Infração, em tela.

Todavia, **não se observa qualquer Termo de Intimação**, objeto da Fiscalização, que diz respeito a levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito com valor fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, **solicitando qualquer informação de venda**, ao Contribuinte Autuado, em que se tem vendas por meio de cartão de crédito nos valores de R\$ 1.037.424,57 no ano de 2017 e R\$ 1.263.952,55 no ano de 2018, e apresenta uma situação, na sua escrita fiscal, de venda com cartão constante de *redução “z”* no valor “zero”, como assim está posto no papel de trabalho de fls. 7 e 10, que fundamenta a autuação. **Informações essas necessárias para o desenvolvimento desse Roteiro de Auditoria.**

Ademais, compulsando o CD/Mídia de fl. 16 dos autos, que deve constar todos os papéis de trabalho que fundamentam a autuação, na forma descrita no § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, vejo que apenas consta os “arquivos TEF”, entretanto a “*Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito*”, objeto das fls. 7 e 10, consideradas como o demonstrativo de débito dos créditos constituídos, não se encontram na mídia citada, muito menos as planilhas auxiliares necessárias à caracterização da autuação, a exemplo, das vendas com cartão por meio de documento fiscal, que não redução “z”.

Neste contexto, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta

suplementar do dia 30/04/2020, a 4ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência aos Fiscais Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **Item 1:** intimar o sujeito passivo a apresentar as informações de vendas por meio de cartão de débito/crédito constante de “Redução Z”, ou outro documento fiscal, nos anos de 2017 e 2018, com todos os elementos probantes de sua efetividade.
- **Item 2:** de posse das informações apresentadas pelo sujeito passivo destacada no “**Item 1**”, refazer o roteiro de auditoria, objeto do Auto de Infração em tela, de *Comparação de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito*, decorrentes de operações de TEF, com as vendas informadas na escrita fiscal, por meio de leitura “Z” e outros documentos fiscais, se for o caso.
- **Item 3:** cientificar o autuado do resultado da diligência, já que serão aduzidos fatos novos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os demonstrativos, que deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.
- **Item 2:** havendo manifestação do sujeito passivo, prestar nova informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA, acostando aos autos todos os demonstrativos, que deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ para os encaminhamentos devidos.

Após cumprido o pedido de diligência, deverá retornar o presente PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

À fl. 60, têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Fiscal Autuante, a pedido desta 4ª JJF, em que diz ter o Contribuinte Autuado apresentado as receitas que obteve nos exercícios de 2017 e 2018, através do meio de pagamento cartões de crédito e débito. Todos os documentos anexos às fls. 62/84 dos autos.

Todavia, o que se observa dos autos, mais especificamente à fl. 61, um expediente/despacho assinado pelo i. Autuante intimando, o Autuado, a prestar as informações solicitadas pelos membros desta 4ª JJF, **porém não se ver, dos autos, qualquer documento** (“DT-e”, “AR/Correios”, ou “qualquer outro documento”) **que comprove ter sido cumprido o Pedido de Diligência.**

Na realidade, **o que se tem acostados nos autos é o Termo de Intimação**, via Mensagem DT-e, **dando conhecimento da Informação Fiscal de fl. 60.** Também, vê-se, às fls. 62/84, Demonstrativo “*Registro de Operações com Cartão de Crédito e/ou Débito*”, extraído do Sped, que não se sabe se foi acostado pelo agente Autuante ou Contribuinte Autuado.

Neste contexto, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 30/11/2020, a 4ª JJF decidiu converter, novamente, o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **Item 1:** intimar o sujeito passivo a apresentar as informações de vendas por meio de cartão de débito/crédito constante de “Redução Z”, ou outro documento fiscal, nos anos de 2017 e 2018, com todos os elementos probantes de sua efetividade.
- **Item 2:** de posse das informações apresentadas pelo sujeito passivo destacada no “**Item 1**”, refazer o roteiro de auditoria, objeto do Auto de Infração em tela, de *Comparação de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito*, decorrentes de operações de TEF, com as vendas informadas na escrita fiscal, por meio de leitura “Z” e outros documentos fiscais, se for o caso.
- **Item 3:** cientificar o autuado do resultado da diligência, já que serão aduzidos fatos novos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os

demonstrativos, que deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

- **Item 2:** havendo manifestação do sujeito passivo, prestar nova informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA, acostando aos autos todos os demonstrativos, que deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ para os encaminhamentos devidos.

Após cumprido o pedido de diligência, deverá retornar o presente PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

À fl. 91 dos autos, vê-se nova informação fiscal produzida pelo agente Fiscal Autuante, agora, em relação ao Pedido de Diligência desta 4ª JF de fls. 87, em que diz ter, mais uma vez intimado o Contribuinte Autuado, e dessa vez para apresentar as leituras “Z”, fonte primária das informações de vendas com cartões de crédito e de débito, para que fosse feito o procedimento fiscal; contudo destaca que o Contribuinte Autuado não atendeu à intimação, ficando prejudicada a realização da revisão fiscal.

Compulsando, assim, as documentações apensadas aos autos, após o 2º Pedido de Diligência desta 4ª JF de fl. 87, expedida em 30/11/2020, têm-se apenas, além do texto da Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante à fl. 91, um expediente demonstrando uma Mensagem DT-e, com a indicação de data de emissão em 08/08/2022, portanto quase 2(dois) anos depois, com o seguinte indicativo: *“contribuinte acima identificado, intimado a apresentar no prazo de 15 dias, na Inspeção Fazendária de Varejo, as Reduções Z dos anos de 2017 e 2018”*, sem tampouco o registro do *“número do documento”*, *“número de ordem de serviço”* e também o registro *“do tipo de ciência”*, *“data da ciência”* e *“data de leitura”* da Mensagem DT-e.

À fl. 94, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

Às fls. 95/120, este Relator Julgador, acostou aos autos algumas informações, do Contribuinte Autuado, extraídas do Sistema INC da SEFAZ, para, então, subsidiar o meu convencimento e dos demais membros desta 4ª JF no julgamento da lide do presente PAF, devidamente instruído nos termos da legislação.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Antonio Ramos Damasceno, OAB/BA nº 56.801, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 23/04/2019, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ VAREJO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 500173/19, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) por omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 7 e 10 dos autos, constantes do CD/Mídia de fl. 16. Lançado ICMS no valor de R\$ 391.234,11, com enquadramento no art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 100% tipificada no inc. III, do mesmo diploma legal.

Em sede de defesa, o sujeito passivo, diz que, compulsando a sua documentação fiscal, (SPED Fiscal), verifica-se que toda movimentação de suas operações mercantis, no tocante a pagamento

com Cartões, seja ela, vendas à débito ou à crédito, relativas aos exercícios de 2017 e 2018, objeto do Auto Infração ora guerreado, foram devidamente escrituradas na escrita digital (SPED Fiscal), conforme documentação que diz anexar, (mídia CD - Rom anexo I).

Observa que, verificando as informações contidas na EFD dos períodos fiscalizados, fora constatado que as operações mercantis de vendas, realmente não foram informadas no Registro 1600. Ressalta, então, que foram efetivadas as devidas retificações nas EFD's dos períodos relativos à fiscalização, para inserção das informações referentes ao Registro 1600, como pode ser comprovado com os recibos de entrega que diz constar do CD - Rom, Anexo I da presente defesa.

Consigna, também, que todas as operações e/ou movimentação relativas ao TEF, foram devidamente escrituradas na EFD Sped Fiscal, e lançado no conta corrente fiscal do ICMS, informados em DMA's da Autuada, e apurado o saldo credor/devedor nos períodos correspondentes, sendo que: "*se saldo credor*", transferido para o período seguinte, e "*se saldo devedor*", efetuado o pagamento, (anexo II), e ou parcelamento, (anexo III), conforme documentos que diz anexar ao presente PAF, extrato fornecido pela SEFAZ/BA, e mídia CD - Rom (Anexo I).

Diz, ainda, que isto pode ser comprovado ao confrontar a escrituração fiscal digital – SPED Fiscal, mais precisamente a parte referente aos registros de saídas, efetuados e entregues a SEFAZ/BA nos prazos determinados, ou seja, nos meses respectivos dos exercícios de 2017 e 2018, com as retificadas em junho de 2019, apenas para inclusão do Registro 1600.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Fiscal Autuante, diz que a defesa apresenta o único argumento de que o débito apurado é decorrente de falha na transmissão dos arquivos magnéticos, vez que os mesmos *foram enviados sem preenchimento do Registro 1600*", o que teria levado à falsa constatação de falta de pagamento do ICMS.

Na verdade, o agente Autuante, diz que a apuração nada tem a ver com o dito registro, pois foi efetuada com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, confrontando com a falta de pagamentos do imposto, informada nos controles da SEFAZ, mais precisamente o relatório "*Relação de DAE's*", constantes no presente PAF.

Neste contexto, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 30/04/2020, dado o "*Roteiro de Auditoria*" aplicado pela Fiscalização, a 4ª JJF, às fls. 55/57, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscais Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **Item 1:** *intimar o sujeito passivo a apresentar as informações de vendas por meio de cartão de débito/crédito constante de "Redução Z", ou outro documento fiscal, nos anos de 2017 e 2018, com todos os elementos probantes de sua efetividade.*

À fl. 60, têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Fiscal Autuante, a pedido desta 4ª JJF, em que diz ter o Contribuinte Autuado apresentado as receitas que obteve nos exercícios de 2017 e 2018, através do meio de pagamento cartões de crédito e débito. Todos os documentos anexos às fls. 62/84 dos autos. Aliás esses documentos são "*registros fiscais – operações com cartões de credito e/ou débito*" extraídos do SPED Fiscal do Autuado, informado pelo próprio, constantes da base de dados da SEFAZ.

Pois bem! Sobre o pedido de intimação desta 4ª JJF, o que se observa dos autos, mais especificamente à fl. 61, um expediente/despacho assinado pelo i. Autuante intimando, o Autuado, a prestar as informações solicitadas pelos membros desta 4ª JJF, **porém não se observa, dos autos, qualquer documento** ("*DT-e*", "*AR/Correios*", ou "*qualquer outro documento*") que **comprove ter sido cumprido o Pedido de Diligência.**

Na realidade, **o que se tem acostados nos autos é o Termo de Intimação**, via Mensagem DT-e, **dando conhecimento da Informação Fiscal de fl. 60.** Também, vê-se, às fls. 62/84, como antes destacado, demonstrativo "*Registro de Operações com Cartão de Crédito e/ou Débito*", extraído do Sped, que não se sabe se foi acostado pelo agente Autuante ou Contribuinte Autuado.

Neste contexto, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 30/11/2020, a 4ª JF decidiu, à fl. 91, converter, novamente, o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que se cumprisse o solicitado no pedido desta 4ª JF de fl. 55/57 dos autos.

À fl. 91 dos autos, vê-se nova informação fiscal produzida pelo agente Fiscal Autuante, agora, em relação ao Pedido de Diligência desta 4ª JF de fls. 87, em que diz ter, mais uma vez intimado o Contribuinte Autuado, e dessa vez para apresentar as leituras “Z”, fonte primária das informações de vendas com cartões de crédito e de débito, para que fosse feito o procedimento fiscal; contudo destaca que o Contribuinte Autuado não atendeu à intimação, ficando prejudicada a realização da revisão fiscal.

Compulsando, assim, as documentações apensadas aos autos, após o 2º Pedido de Diligência desta 4ª JF de fl. 87, expedida em 30/11/2020, têm-se apenas, além do texto da Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante à fl. 91, um expediente demonstrando uma Mensagem DT-e, com a indicação de data de emissão em 08/08/2022, portanto quase 2(dois) anos depois, com o seguinte indicativo: “contribuinte acima identificado, intimado a apresentar no prazo de 15 dias, na Inspetoria Fazendária de Varejo, as Reduções Z dos anos de 2017 e 2018”, sem tampouco constar o registro do “número do documento”, “número de ordem de serviço” e também o registro “do tipo de ciência”, “data da ciência” e “data de leitura” da Mensagem DT-e.

Sabe-se que a Diligência Fiscal é desenvolvida, a pedido dos membros das juntas ou câmaras de julgamento deste Conselho de Fazenda, para dirimir dúvidas ou apresentação de documentações no sentido de se confirmar a autuação imputada ao sujeito passivo. Assim, em que pese os 2(dois) pedidos de diligência desta 4ª JF não tenha alcançado o seu objeto com inteireza, vê-se, agora, com as documentações acostadas às fls. 94 a 115 dos autos, maior clareza das argumentações de defesa, mais especificamente o seguinte destaque:

“(…) todas as operações e/ou movimentação relativas ao TEF, foram devidamente escrituradas na EFD Sped Fiscal, e lançado no conta corrente fiscal do ICMS, informados em DMA's da Autuada, e apurado o saldo credor/devedor nos períodos correspondentes, sendo que: “se saldo credor”, transferido para o período seguinte, e “se saldo devedor”, efetuado o pagamento, (anexo II), e ou parcelamento, (anexo III), conforme documentos que diz anexar ao presente PAF, extrato do fornecido pela SEFAZ/BA, e mídia CD - Rom (Anexo I)”.

Pois bem! De tudo até aqui apresentado, observo que, este Relator Julgador, acostou, também, aos autos algumas informações, do Contribuinte Autuado, extraídas do Sistema INC da SEFAZ, para, então, poder subsidiar o meu convencimento e dos demais membros desta 4ª JF no julgamento da lide do presente PAF, devidamente instruído nos termos da legislação.

Analisando, portanto, mais detidamente as peças processuais de constituição do presente lançamento fiscal, vê-se que o período fiscalizado é de 01/01/2017 a 31/12/2018 e estava o Contribuinte Autuado, neste período, sob o Sistema de Apuração do Imposto por “CONTA CORRENTE FISCAL”, ocorrência atestada pela informação constante dos “Dados Cadastrais” do Sistema INC (fl. 95-v), acostada agora, por este Relator Julgador, em sede instrução do presente PAF.

Aprofundando um pouco mais, têm-se que as informações cadastrais trazem o destaque de que até 31/12/2016, o Contribuinte Autuado, estava enquadrado sob Sistema de Apuração do Imposto por “SIMPLES NACIONAL”, passando para o “CONTA CORRENTE FISCAL” nos exercícios de 2017, 2018 e 2019 e retornando ao “SIMPLES NACIONAL” a partir de 01/01/2020.

Neste contexto, o que me apresenta como correto nos trabalhos da ação fiscal, em análise, seria o desenvolvimento do “Roteiro de Auditoria do Conta Corrente Fiscal”, pois, à luz das informações constantes do “SPED Fiscal”, mais especificamente os 3(três) primeiros meses do período fiscalizado, que diz respeito a 01/01/2017 a 31/12/2018, acostado por este Relator Julgador ao presente PAF, como acima destacado, têm-se o registro de utilização de crédito fiscal em virtude de mudança do regime de apuração do imposto de Simples Nacional para conta corrente fiscal,

que levou, ao Contribuinte Autuado, não ter imposto (ICMS) a recolher nos primeiros meses da mudança de regime, ou mesmo outros meses do período fiscalizado, mesmo tendo levado para sua escrita fiscal todas as suas operações, como destacado na sua peça de defesa, seja por venda de cartão de crédito e de débito, seja por dinheiro, ou seja por qualquer outro meio de pagamento.

Aliás, o que se tem a observar deste destaque, em decorrência da mudança do regime de apuração do imposto de Simples Nacional para conta corrente fiscal, nos termos da alínea “c” do inciso III e do § 2º do art. 226 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13780/12, é se o Contribuinte Autuado, comunicou a Fazenda Pública Estadual a utilização do crédito apurado; e se, de fato, esse crédito é fidedigno nos termos da legislação pertinente.

Portanto, o que se tem, então, da constituição do lançamento fiscal, ora em análise, é o desenvolvimento de um “*Roteiro de Auditoria*” que se aplica a contribuinte enquadrado sob Sistema de Apuração do Imposto por “*SIMPLES NACIONAL*”, quando, na realidade o Contribuinte Autuado, encontrava-se, à época dos fatos geradores, inclusive na data da lavratura do Auto de Infração, ou seja, 23/04/2019, enquadrado sob Sistema de Apuração do Imposto por “*CONTA CORRENTE FISCAL*”, o que invalida a autuação por conter vícios materiais que afetam a sua eficácia, pois faltam provas do cometimento da infração imputada.

É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração cometida. Portanto, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro nulo o Auto de Infração por inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **203459.0001/19-7**, lavrado contra **MERCADO COMERCIAL DE ESPORTES LTDA.**

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2023.

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR