

**A. I. Nº** - 211841.0020/20-6  
**AUTUADO** - MERCADINHO ADONAI EIRELI - EPP  
**AUTUANTE** - CARLOS LUIZ DA LUZ ENVANGELISTA  
**ORIGEM** - INFAZ SUDOESTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 23/11/2020

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0177-04/20-VD**

**EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO POR ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. SIMPLES NACIONAL. Razões de defesa elidem a autuação. Caracterização do “bis in idem”. Infração apurada em outra Ordem de Serviço, com mesmo fato gerador e fundamentação legal. Em sede de Informação Fiscal, o autuante pede improcedência da autuação. Infração insubsistente. 2. 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. Razões de defesa elidem a autuação. Caracterização do “bis in idem”. Infração apurada em outra Ordem de Serviço, com mesmo fato gerador e fundamentação legal. Em sede de Informação Fiscal, o autuante pede pela improcedência da autuação. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/02/2020, reclama crédito tributário no valor de R\$38.380,51, conforme demonstrativos acostados às fls. 12 a 17 dos autos, e CD/Mídia de fl. 18, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 17.02.01 Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e ou de alíquota aplicada a menor nos anos de 2015, 2016 e 2017. Lançado ICMS no valor de R\$3.658,30, com enquadramento no artigo 21, inc. I, da Lei Complementar nº 123/06 e multa aplicada de 75% tipificada no art. 35 da LC 123/06; art. 44, inc. I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/07.

INFRAÇÃO 02 – 17.03.16 Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo nos anos de 2015, 2016 e 2017. Lançado ICMS no valor de R\$34.722,21, com enquadramento no artigo 18; e inc. I, do art. 26, da Lei Complementar nº 123/06, c/c § 4º, do art. 4º, da Lei Estadual nº 7.014/96 e multa aplicada de 75% tipificada nos artigos 34 e 35, da LC 123/06; art. 44, inc. I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/07.

O sujeito passivo, às fls. 43/48 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

##### **I. DOS FATOS**

Diz que, no dia 06/02/2020, teve lavrado contra si o Auto de Infração tombado sob o número em epigrafe, de sorte que a mesma foi cientificada dos termos da referida autuação no dia 21/02/2020.

Observa que, no referido documento administrativo fiscal, estranhamente, fora atribuído à empresa autuada o cometimento de duas infrações, a saber: (i) recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e ou de alíquota aplicada a menor; (ii) Omissão, sem dolo, de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões.

Nesse passo, diz que o total apurado do débito tributário oriundo das mencionadas infrações fora de R\$38.380,51, conforme demonstrativo de débitos acostado ao referido Auto de Infração, o qual tem por referência o período de fiscalização compreendido entre 01/01/2015 a 31/12/2015.

Ocorre que, no dia 16/01/2020, foi cientificado acerca do Auto de Infração nº 222553.0007/19-2 (doc. 01), lavrado no dia 24/12/2019, o qual, também, diz tratar de infrações apuradas no período de 01/01/2014 a 31/12/2017.

Consigna que tal autuação fora emitida pela INFAZ SUDOESTE e atribuiu o cometimento de três infrações, quais sejam: (i) recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e ou de alíquota aplicada a menor; (ii) Omissão, sem dolo, de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões; e (iii) ausência de recolhimento do ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído e /ou antecipado.

Destaca que o débito tributário indicado na autuação de nº 222553.0007/19-2 perfaz o montante de R\$233.946,30

Neste contexto, após destacar o aspecto temporal das infrações destacadas nos itens “i” e “ii” acima, diz ficar evidente o “bis in idem”, tendo em vista que a autuação anterior emitida pela INFAZ SUDOESTE, já abarcava os exercícios e infrações indicadas no Auto de Infração, em tela.

## *II. DO VÍCIO FORMAL*

Diz que, no dia 08/03/2019, foi editada pela SEFAZ Portaria de nº 43/2019 (doc 2), a qual fixa as circunscrições fiscais de cada unidade Fazendária da Diretoria de Administração Tributária (DAT) da SEFAZ.

Nesse sentido, algumas inspetorias foram absorvidas para que houvesse um melhor controle regional das unidades integrantes da Diretoria de Administração Tributária. Pois bem! Como se vê, a empresa autuada é sediada no município de Itapetinga/BA, de sorte que é jurisdicionada pela INFAZ DO SUDOESTE. No entanto, Auto de Infração, ora contestado, foi lavrado por autoridade vinculada a INFAZ DA COSTA DO CACAU, a qual, embora pertença à mesma DAT, sequer possui atribuição para fiscalizar e autuar contribuintes sediados no município de Itapetinga/BA.

Desse modo, diz ser incontestável o vício de formalidade do documento fiscal, ora impugnado, uma vez constatada, nos termos da Portaria nº 43/2019, a incompetência territorial da autoridade fazendária que lavrou o Auto de Infração, o que diz redundar na sua nulidade.

## *III. DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA: DUPLICIDADE DO LANÇAMENTO*

Diz que, conforme relatado acima, o período de fiscalização indicado na autuação, bem como todas as infrações e respectivos débitos tributários ali apontados já foram abarcados no Auto de Infração, anterior, de nº 222553.0007/19-2.

Sendo assim, diz que, a permanência da cobrança configuraria uma evidente hipótese de duplicidade de lançamento – o que é determinantemente vedado no sistema jurídico pátrio – posto que o lançamento seria baseado no mesmo fato gerador, que destaca.

Nesse passo, registra que deve ser determinado a nulidade do Auto de Infração nº211841.0020/20-6, em tela, sob o risco de ocorrência de “bis in idem” tributário.

Assim, após destacar posicionamentos dos tribunais brasileiro, com destaque de dois trechos extraídos de ementas de decisões, que diz relacionar a mesma matéria, pleiteia a nulidade do Auto de Infração, ora combatido.

#### IV. DOS PEDIDOS

Por tudo o exposto na presente impugnação, requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº211841.0020/20-6, em tela.

Requer, também, a produção de provas por todos os meios em Direito admitidos, especialmente o direito de juntar outros documentos ulteriormente, em prova e contraprova.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 52 a 54 dos autos, assim expõe:

Após descrever resumidamente os termos da defesa, diz que, em cumprimento da OS nº 500650/20, datada de 15/01/2020 (fl. 56), pela equipe centralizada na DPF e IFET, fora realizada a fiscalização da empresa Mercadinho Adonai EIRELI, Contribuinte Autuado, referente ao período de 01/01/2015 a 31/12/17, gerando o presente PAF.

Diz ocorrer que, no Sistema PGF, já havia sido emitida pela INFAZ SUDOESTE a OS nº 5045993/19, datada de 24/12/2019(fl. 24), com apuração de débito, no valor de R\$233.946,30, relativo ao período de 01/01/2014 a 31/12/2017, que abarca o mesmo período fiscalizado da OS nº 500650/20, de emissão equivocada.

Em sendo assim, diz opinar por acatar o pedido do autuado em manter a cobrança apenas do Auto de Infração nº 222553.0007/19-2, lavrado em 24/12/2019.

À fl. 57-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

#### VOTO

Inicialmente, observo que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo a constituição do crédito tributário, apurado consoante o levantamento e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

No mérito, versa a autuação sobre o cometimento de duas infrações, que perfaz o montante de R\$38.380,51 de imposto (ICMS) lançado, sendo a infração 1 no valor de R\$3.658,30, por ter efetuado o recolhimento a menor de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e ou de alíquota aplicada a menor, com enquadramento no artigo 21, inc. I, da Lei Complementar nº 123/06; por sua vez a infração 2, no valor de R\$34.722,21, por omissão, sem dolo, de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, com enquadramento, também, no artigo 21, inc. I, da Lei Complementar nº 123/06, combinado com o artigo 26 do mesmo diploma legal.

O agente Fiscal Autuante, em sua informação fiscal, às fls. 52 a 54 dos autos, após descrever resumidamente os termos da defesa, diz que, em cumprimento da O.S.: nº 500650/20, datada de 15/01/2020, (fl. 56), fora realizada a fiscalização do MERCADINHO ADONAI EIRELI EPP, Contribuinte Autuado, referente ao período de 01/01/2015 a 31/12/2017, gerando o presente PAF.

Entretanto, diz ocorrer que, no Sistema PGF, já havia sido emitida, pela INFAZ SUDOESTE, a O.S.: nº 5045993/19, datada de 24/12/2019 (fl. 55), com apuração de débito, no valor de R\$233.946,30, relativo ao período de 01/01/2014 a 31/12/2017, que abarca o mesmo período fiscalizado da O.S.: nº 500650/20, anteriormente citada, de emissão equivocada pela própria INFAZ SUDOESTE, objeto da presente autuação.

Em sendo assim, diz opinar por acatar o pedido do autuado em manter a cobrança apenas do Auto de Infração nº 222553.0007/19-2, lavrado em 24/12/2019, decorrente dos trabalhos de fiscalização, objeto da O.S.: nº 5045993/19, datada de 24/12/2019, julgando improcedente o Auto de Infração nº 211841.0020/20-6, em tela.

De fato, observo o destaque na peça de defesa, que no dia 16/01/2020, foi cientificado o Contribuinte Autuado acerca do Auto de Infração nº 222553.0007/19-2, lavrado no dia 24/12/2019, o qual diz tratar de infrações apuradas no período de 01/01/2014 a 31/12/2017, perfazendo o montante de R\$233.946,30.

Consigna, também o defendente, que o Auto de Infração nº 222553.0007/19-2, fora emitido pela, também, INFAZ SUDOESTE e atribuiu o cometimento de três infrações, quais sejam:

- (i) recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e ou de alíquota aplicada a menor;
- (ii) omissão, sem dolo, de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões; e
- (iii) ausência de recolhimento do ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído e /ou antecipado.

Assim, fica evidente, de fato, o “*bis in idem*”, como bem destacou o sujeito passivo na sua peça de defesa, mantendo o Auto de Infração nº 211841.0020/20-6, em tela, tendo em vista que o Auto de Infração nº 222553.0007/19-2 anterior, emitido pela mesma unidade Fazendária, a INFAZ SUDOESTE, como acima destacado, já abarca os exercícios e infrações do auto citado, ora combatido.

Desta forma, entendo restar razão ao defendente, de que o presente lançamento deve ser cancelado, o que também é acompanhado pelo agente Fiscal Autuante, para que não venha ser lesado com duplo lançamento tributário, visto que o crédito tributário no Auto de Infração nº 211841.0020/20-6, ora combatido, possui fato gerador e fundamentação legal já contemplados no Auto de Infração nº 222553.0007/19-2. Infrações 1 e 2 insubsistentes.

Por todo o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **211841.0020/20-6**, lavrado contra **MERCADINHO ADONAI EIRELI - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, de 01 de setembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- JULGADORA