

A.I. Nº - 436491.0015/18-7  
AUTUADO - DI NATELLI COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - MÉRCIA DOS PRAZERES BRAMONT  
ORIGEM - DAT METRO / INFAS VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/12/2024

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0288-02/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU DE ALÍQUOTA APLICADA A MENOR. 2. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL, PRESUMIDA EM LEVANTAMENTO DE VENDA COM PAGAMENTO VIA CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO – SEM DOLO. Constatado vício por falta de comprovação de demonstrativos analíticos, inclusive Relatórios Diários TEF, elementos necessários / essenciais / indispensáveis para exercício do direito de defesa, não sanado na forma indicada no § 1º do art. 18 do RPAF. Declarada impossibilidade de cumprimento da diligência saneadora deferida caracteriza insanável vício do lançamento fiscal. Representação para instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/09/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$ 144.868,71, em decorrência das infrações abaixo:

**INFRAÇÃO 01 - 17.02.01** – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao regime do Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. **Valor:** R\$ 13.682,79. **Período:** março a dezembro 2014, julho a dezembro 2015, março a dezembro 2016, março a dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Art. 21, I, da Lei Complementar 123/06. Multa: 75%, nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96;

**INFRAÇÃO 02 - 17.03.16** – Omissão de saída de mercadoria tributável, 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. **Valor:** R\$ 131.185,92. **Período:** janeiro 2014 a dezembro 2015, março 2016 a dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Arts. 34 e 35, da Lei Complementar 123/06 C/C art. 4º, § 4º, da Lei 7014/96. Multa: 75%, nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488, de 15/06/2007.

O contribuinte impugnou o lançamento às fls. 185-196. Após reproduzir as infrações, diz que a exigência fiscal não merece prosperar, seja por utilização de roteiro fiscal inadequado à hipótese, conduzindo incerteza no valor apurado, já que não se observou que o estabelecimento autuado era optante pelo SIMPLES NACIONAL, seja porque o suposto recolhimento a menos de ICMS não se configura, vez que o valor total da receita bruta informado pelo fiscal para o período 12/2014, é o mesmo declarado pela Autuada, conforme PGDAS que anexa (Doc. 04), ensejando o lançamento de imposto no valor de R\$ 11.305,23, recolhido (Doc. 05), de modo a ensejar a improcedência do AI.

**DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO**

Reproduzindo o art. 2º do RPAF, citando o art. 112 do CTN e reproduzindo excerto de doutrina a respeito, trata do princípio da reserva legal e da imparcialidade que a autoridade fiscal deve ter na atividade de fiscalização.

**DA INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, EM RAZÃO DA UTILIZAÇÃO DE ROTEIRO INADEQUADO, AUTUADA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL**

Reproduzindo ementas de acórdãos do CONSEF a respeito, alega que a metodologia utilizada para a Infração 02 se apresenta equivocada para fiscalizar optante pelo SIMPLES NACIONAL submetido às determinações da LC 123/06 e Res. CGSN 94/11, por não ser o sistema AUDIG.

**DO MÉRITO. INRAÇÃO INSUBSTANTE. RECEITA BRUTA INFORMADA PELA AUTUADA É EXATAMENTE AQUELA LANÇADA NAS PGDAS.**

Alega que a exigência fiscal não subsiste, vez que o valor total da receita bruta informado pelo fiscal para o período 12/2014 é o mesmo declarado pelo contribuinte na PGDAS, cuja cópia anexa (Doc. 04).

**DA OCORRÊNCIA DO “BIS IN IDEM”.**

Reproduzindo novas ementas de julgamentos do CONSEF, art. 150, IV do CTN, e novos excertos de doutrina alega haver “vício formal” por duplicidade de exigência fiscal, uma vez que os valores já foram recolhidos, conforme se vê nos docs. 04 e 05, anexados.

**DA FALTA DE MOTIVO**

Também reproduzindo excerto de doutrina e ementa do ACÓRDÃO JJF 0041-04/14, diz não ter havido motivo para a autuação e, concluindo, pede que o AI seja julgado improcedente.

A autoridade fiscal autuante presta informação fiscal às fls. 217-218. Após reproduzir as infrações e resumir a peça de defesa, passa a rebater seus itens:

**Item 1**

Diz que seus cálculos estão consoantes com o disposto no art. 142 do CTN e que os argumentos defensivos são meramente protelatórios.

**Item 2**

Informando ter precisado intimar o contribuinte por duas vezes, diz não haver confisco nem duplicidade de lançamentos e que o procedimento fiscal se conforma com a LC 123/06.

**Item 3**

Diz ter agido em conformidade com a CF/88, CTN/RICMS-BA.

Conclui mantendo o AI.

Considerando que: a) determinados argumentos de mérito não foram enfrentados pela Autuante na Informação Fiscal (falta de segregação das receitas da ST – proporcionalidade; falta de dedução de valores declarados e recolhidos; valores de receita bruta tido pelo fisco para 2014 igual ao declarado na PGDAS); b) não constar dos autos comprovação de entrega de cópia do Relatório Diário de Operações TEF, elemento essencial/necessário/indispensável para o pleno exercício do direito de defesa, conforme jurisprudência uniforme deste CONSEF, na fase de instrução processual este PAF foi baixado em diligência com vistas a saná-lo nos termos previstos no § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, conforme fls. 221-222, o PAF foi baixado em diligência à Infaz de origem para:

***Autuante***

- Entregar ao sujeito passivo o Relatório Diário de Operações TEF, mediante recibo a ser juntado ao PAF;
- Após manifestação do Impugnante, juntar Informação Fiscal apresentando todos os motivos de fato e de direito em razão dos quais concorda ou discorda das teses suscitadas, conforme determina o art. 127, § 6º, do RPAF;

- Caso necessário, elaborar novos demonstrativos.

#### **Inspeção**

*Intimar o defensor do resultado da diligência, com a entrega de cópias de todos os papéis de trabalho, inclusive deste, por meio de recibo a ser juntado aos autos, bem como com a abertura do prazo legal para que, querendo, se manifeste.*

*Na hipótese de apresentação de novas planilhas ou documentos do autuado, o PAF deverá ser encaminhado à ATE, para ciência.*

Por consequência, à fl. 226, consta a seguinte Informação Fiscal prestada por autoridade estranho ao feito:

“Em atendimento a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal fizemos as seguintes considerações no que diz respeito ao auto de infração nº 4364910015/18-7:

- 1- Considerando que a autuada apresentou toda documentação necessária quando da fiscalização (Fls. 09 e 10).
- 2- Considerando que quando da ciência da autuada no auto de infração em 26/09/2018, não consta no processo nenhum recibo ou documento de entrega por parte do autuante de cópias do auto de infração, cópias dos relatórios AUDIG e nem tampouco CD com Relatórios Diários de Operações do TEF, correspondentes aos exercícios fiscalizados.
- 3- Considerando que no sistema da Sefaz não consta mais os Relatórios Diários de Operações com TEF dos exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017.

Por fim, impossível cumprir a diligência solicitada”.

Presente na sessão de julgamento de 13/11/2024, o representante legal do sujeito passivo, Juvenal Sérgio de Oliveira, OAB/ 44.711, ratificando as razões defensivas, apenas ressaltou que a conclusão do diligente estranho ao feito confirma o cerceamento ao direito de defesa arguido.

#### **VOTO**

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz duas infrações: **17.02.01** – Recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao regime do Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor; **17.03.16** – Omissão de saída de mercadoria tributável, 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.

Em sua impugnação de mérito, o sujeito passivo alegou que: a) deveria ter sido realizada a segregação das receitas sujeitas ao regime da substituição tributária (proporcionalidade), bem como deduzidos os valores declarados e recolhidos; b) não teria sido observado que os valores totais de receita bruta registrados pelo fisco para 2014 são iguais aos que declarou, conforme PGDAS (período 12/2014 – Doc. 04); c) o imposto, no montante de R\$ 11.305,23, que afirma ter sido lançado, foi recolhido (Doc. 05), em razão de que, na sua concepção, a exigência caracteriza *bis in idem*.

Observando que: a) os argumentos de mérito retro especificados não foram enfrentados pela Autuante na Informação Fiscal; b) não consta dos autos comprovação de entrega de cópia do Relatório Diário de Operações TEF, elemento essencial/necessário/indispensável para o pleno exercício do direito de defesa, conforme jurisprudência uniforme deste CONSEF, na fase de instrução processual este PAF foi baixado em diligência com vistas a saná-lo nos termos previstos no § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Na Informação Fiscal acerca da diligência o preposto fiscal diligente estranho ao feito concluiu pela impossibilidade de cumpri-la na forma pedida, considerando que: 1) a Autuada apresentou toda documentação quando da fiscalização, conforme Intimação e Termo de Arrecadação de Livros e Documentos (fls. 09 e 10); 2) quando da ciência do AI em 26/09/2018, de fato, não consta comprovante de entrega de cópia do AI nem dos demonstrativos suporte da autuação, nem dos

Relatórios Diários de Operações do TEF, correspondentes aos exercícios fiscalizados; 3) no sistema da SEFAZ não consta mais os Relatórios Diários de Operações com TEF dos exercícios fiscalizados (2014 a 2017).

Então, o lançamento tributário não pode prosperar, vez que a situação posta constitui clara obstrução ao pleno exercício do direito de defesa do sujeito passivo, vício que, no presente PAF, desfigura o devido processo legal com seus corolários do contraditório e ampla defesa.

Assim, com fundamento no art. 18, II, do RPAF, tenho por NULO o Auto de Infração em apreço, ao tempo que, observando a disposição do art. 173, II, do CTN, com fundamento no art. 156 do mesmo do RPAF, represento à autoridade competente da repartição fiscal de origem analisar a viabilidade de instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **436491.0015/18-7**, lavrado contra **DI NATELLI COMÉRCIO 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” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA