

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

## 2ª 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** – Efetuiu 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 INSUBSISTENTE. 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 ar. 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.

### **Inspetoria**

*Intimar o defendente 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 2ª 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