

PROCESSO - A. I. Nº 436491.0015/18-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DI NATELLI COMÉRCIO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0288-02/24-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/04/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0077-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. INFORMAÇÃO DA RECEITA; **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OMISSÃO DE RECEITAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Infrações nulas, vícios insanáveis na constituição do crédito tributário, por não conter o lançamento de ofício elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que fulmina de nulidade o Auto de Infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0288-02/24-VD, por ter desonerado integralmente o sujeito passivo dos débitos lhe imputados, inerentes às infrações 1 e 2, abaixo descritas, lançadas através de Auto de Infração, lavrado em 19/09/2018, para exigir o débito no valor histórico no total de R\$ 144.868,71:

***Infração 1 – 17.02.01** - Efetuou recolhimento a menor de ICMS, no valor de R\$ 13.682,79, 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, nos meses de março a dezembro 2014, julho a dezembro 2015, março a dezembro 2016, março a dezembro 2017.*

***Infração 2 - 17.03.16** – Omissão de saída de mercadoria tributável, apurada 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, com ICMS exigido de R\$ 131.185,92, nos meses de: janeiro 2014 a dezembro 2015 e março 2016 a dezembro 2017.*

A Decisão da JJF considerou o Auto de Infração Nulo, diante das seguintes razões:

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.

Por fim, a JJF julgou o Auto de Infração Nulo e recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

É o relatório.

VOTO

Trata de Recurso de Ofício previsto no art. 169, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0288-02/24-VD, por ter desonerado o sujeito passivo do débito originalmente lhe imputado, quando a exoneração for superior a R\$ 200.000,00, pois o crédito tributário original atualizado é de R\$ 359.337,93 (fls. 239).

De início, registre-se que o Auto de Infração foi lavrado em razão da constatação de duas infrações interligadas, conforme documentos às fls. 11 a 182 dos autos, sendo a segunda exação decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada através de receita de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, informada pela administradora de cartões, não declaradas pelo contribuinte, como previsto no art. 4º, § 4º, VII da Lei nº 7.014/96, apurado dentro do tratamento diferenciado dispensado para o optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, estabelecido pelo art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, implicando na falta de recolhimento do ICMS de R\$ 131.185,92, referente aos exercícios de 2014 a 2017, como também para exigir o valor de R\$ 13.682,79, quanto à primeira infração, por ter recolhido a menos ICMS inerente ao Simples Nacional, devido erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, que o contribuinte deixou de fazer, no citado período.

Quanto às razões para decretação da nulidade do Auto de Infração, os termos postos na Decisão recorrida, por si só já demonstram que o lançamento de ofício não pode prosperar em decorrência da fragilidade de provas documentais para a constituição do crédito tributário, uma vez que na diligência, realizada por preposto fiscal estranho ao feito, restou evidenciada a impossibilidade da sua manutenção, tendo em vista que:

- 1) Quando da ciência do Auto de Infração, em 26/09/2018, não consta comprovante de entrega de cópia do mesmo nem dos demonstrativos suporte da autuação, nem dos Relatórios Diários de Operações do TEF, correspondentes aos exercícios fiscalizados, e
- 2) No sistema da SEFAZ não consta mais os Relatórios Diários de Operações com TEF dos exercícios fiscalizados (2014 a 2017).

Tendo a JJF, em consequência, concluído que “... 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”, **do que concordo**, pois nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF, é NULO o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, cujo ato também gerou cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida, que julgou NULO o Auto de Infração, do que represento à autoridade competente para analisar a eventual viabilidade de instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 436491.0015/18-7, lavrado contra **DI NATELLI COMÉRCIO LTDA**. Representa-se à autoridade competente para analisar a eventual viabilidade de instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS