

PROCESSO - A. I. Nº 147771.0027/19-1
RECORRENTE - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0046-05/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0327-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO A MENOS. Demonstrativos que dão suporte à infração foram elaborados com base em dados contidos na Escrituração Fiscal Digital (EFD), feita pelo próprio contribuinte. Valor apurado inferior ao que foi recolhido tempestivamente. Infração subsistente. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 24/09/2019, para exigir ICMS em decorrência de recolhimento a menor do imposto por antecipação ou substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação (2016) - R\$ 144.613,95. Multa de 60%.

A defesa é apresentada nas fls. 31/38. A auditora Crystiane Menezes prestou informação fiscal nas fls. 54/57.

A JJF proferiu voto condutor após das devidas intervenções nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em apreço, acusa recolhimento a menor do ICMS-ST devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias em outros Estados.

Na defesa apresentada, o autuado não apresentou argumentações quanto ao mérito da exigência fiscal, tendo se restringido a solicitação de realização de diligência fiscal, e suscitou a nulidade do lançamento sob a alegação de falta de segurança da infração e preterição do direito de defesa.

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal, observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual, ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado.

Na situação presente, a descrição da infração e demonstrativo que dão suporte ao lançamento (fls. 8 a 16), que foram fornecidos ao defendente (fl. 23), indicam o número da nota fiscal escriturada pelo próprio autuado na sua EFD, com descrição do produto, MVA, cálculo do ICMS-ST, totalização mensal e dedução do valor recolhido, tendo sido exigida a diferença. Não tendo sido apresentado qualquer questionamento ou prova que demande a elucidação da matéria, indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do RPAF/BA, tendo em vista que o seu pedido, objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente, cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

Quanto à nulidade suscitada, sob a alegação de dificuldade de compreender a autuação e não localização de 609 notas fiscais, observo que conforme esclarecido pela auditora que prestou a informação fiscal, os demonstrativos que dão suporte ao lançamento, teve como base a coleta de dados de notas fiscais registradas na EFD do estabelecimento autuado, e decorridos mais de dois anos, o autuado não juntou qualquer prova ao

processo em relação ao argumento de que estaria fazendo coleta de informações junto aos seus fornecedores.

Tomando por exemplo o mês 01/2016, o demonstrativo juntado às fls. 8 e 9, indica aquisição de fornecedores localizados em outros Estados (com nº da NFe e CNPJ), descrevendo amendoins (condimentado, japones), chocolates, fraldas descartáveis (adultos e criança) e Rum Bacardi, tendo sido apurado ICMS-ST devido de R\$ 49.841,59, recolhido R\$ 42.093,25, e exigida a diferença de R\$ 7.748,34.

Portanto, diante de todos estes elementos fáticos, com descrição da infração de que recolheu o ICMS-ST a menos que o devido, com enquadramento no art. 8º, II e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96, c/c o art. 289 do RICMS/BA, e tipificação da multa no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, não procede, ao argumento de decretação de nulidade da infração por não compreender a motivação do lançamento.

Da mesma forma, não procede a alegação de que a fiscalização deveria carrear ao processo todos os documentos para comprovar a ocorrência do fato, sob pena de nulidade, tendo em vista que as operações de aquisições das mercadorias que se submetem ao regime de substituição tributária e ensejaram a exigência do valor recolhido a menos que o devido, foi apurado com base nas notas fiscais devidamente registradas no estabelecimento autuado, e que constituem prova, inexistindo vício insanável por ausência ou defeito substancial de seus elementos constitutivos.

Por tudo que foi exposto, constato que a lavratura do auto de infração obedeceu às prescrições contidas no art. 39 do RPAF/BA, e não tendo apresentado qualquer prova do argumento de que ocorreram operações que não chegaram a se concretizar, configura mera negativa de cometimento da infração, que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do RPAF/BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Não se conformando com a decisão de piso, o patrono da recorrente (Dr. Milton Hedayioglu Mendes de Lima – OAB/BA nº 20.769) apresenta razões recursais, com os seguintes argumentos defensivos:

Inicialmente, relatou quanto à tempestividade, descreveu o valor o crédito tributário lavrado, reproduziu a imputação e transcreveu a ementa julgada na Primeira Instância.

Suscita **nulidade da autuação pelo cerceamento do direito de defesa**. De logo reproduz o artigo 142 do CTN fazendo referência ao art. 7º também do CTN, onde estabeleceu os critérios necessários à validade do ato de lançamento.

Salienta que tais requisitos, quando não presentes, implicam em nulidade da autuação, pois sua ausência resulta na impossibilidade de se identificar com segurança a infração cometida pelo contribuinte, preterindo o direito de defesa do autuado. Transcreve o art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Disse que da conjugação de tais dispositivos citados, tem-se como condição imprescindível para o lançamento tributário a descrição precisa dos fatos praticados pelo sujeito passivo, de modo que possibilite a este entender o quanto lhe fora imputado.

Sabe-se que, para poder apresentar as suas razões defensivas, precisa-se, inicialmente, compreender o quanto lhe fora imputado, seja no que diz respeito ao relato fático da suposta infração, seja no que diz respeito à definição do *quantum debeatur*.

Diz que foram objeto de cobrança 689 Notas Fiscais, entretanto 609 não foram localizadas na planilha de recolhimento e na movimentação da loja, indicando que as operações não chegaram a se concretizar.

Ressalta que a Recorrente está tentando obter retorno de alguns fornecedores para comprovar que se tratam de casos de recusas – operação anulada, e juntará os elementos aos autos tão logo obtenha os elementos de prova. Entretanto, tal suspeita decorre de exercício de imaginação efetuado pela Recorrente, diante da ausência de elementos para identificação na autuação.

Sabe-se que para ter validade, o lançamento tem que ser claro, de modo tanto a estar provado o fato gerador, como correto e claramente tipificado, além de indicar, de forma clara e precisa, o sujeito passivo da obrigação tributária. Quaisquer ambiguidades o invalidam. E para que se afaste por completo toda e qualquer dúvida, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar da prova.

Assevera que para desconstituir as presunções jurídicas vigentes em favor dos contribuintes, as quais decorrem do fiel cumprimento das suas obrigações acessórias, tem o Agente Fiscal que descrever e comprovar a ocorrência de fatos distintos daqueles declarados. Em outras palavras, não basta que se informe o recolhimento a menor do Imposto, bem como que se aponte os valores supostamente devidos. Tem o Agente Fiscal que carrear o procedimento de lançamento com todos os documentos que comprovam o quanto por ele alegado e que demonstrem, de maneira inequívoca, o crédito tributário.

Explica que o Auto de Infração nada mais é do que um ato administrativo plenamente vinculado, exercido pela Fiscalização por disposição legal que lhe confere uma atribuição e, ao mesmo tempo, uma obrigação, na medida em que estabelece requisitos para o exercício dessa função. Com isso, tal ato deve ser sempre motivado, sob pena de nulidade por desrespeito aos princípios constitucionais contidos no artigo 37 da Magna Carta e no artigo 50, da Lei nº 9.784/99.

Pontua que o ato administrativo pode ser definido como a declaração do Estado, ou quem lhe faça às vezes, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Afirma que justamente por isso que um dos requisitos essenciais do lançamento é a sua motivação, que pode ser entendida como a exposição administrativa das razões que levaram à prática do ato. Assim, devem ser expostos os motivos e a fundamentação na qual são enunciados (i) a regra de direito, (ii) os fatos em que o agente se baseou para decidir e (iii) a relação de pertinência entre os fatos ocorridos e o ato praticado pelo Agente Fiscal.

Sustenta que, sem o qual se impossibilita o princípio da ampla defesa, a autoridade administrativa deve apresentar as razões de fato e de direito que ensejaram seu ato (o que, ademais, constitui a essência do ato de lançamento), o que *in casu*, não ocorreu. Para tanto, não basta que a autoridade invoque um determinado dispositivo legal, ou informa a existência de tributo pago a menor como o fez na capitulação legal da infração, é necessário provar e demonstrar.

Pondera que tal prova deve ser produzida pelo Fisco e não pelo contribuinte, porque é do Fisco, de acordo com a lei, o dever de lançar nos moldes do art. 142 do CTN. Cita lição do Professor Ives Gandra da Silva Martins e de Aliomar Baleeiro ao tratar do lançamento, há cinco elementos a considerar no ato administrativo.

No caso em exame, assinala que a autuação se limita a apurar débitos sem maiores cautelas, sem oportunizar a Recorrente o exercício do seu direito de defesa, sem oferecer acesso aos demonstrativos elaborados para apuração do crédito tributário, e sem esclarecer o motivo pelo qual chegou ao entendimento que levou a autuação.

Destaca ensinamento do mestre HELY LOPES MEIRELLES e afirma que este vício é tão grave que por si só acarreta a ilegitimidade do ato de lançamento.

Consigna que se não é possível identificar a exata medida da violação à norma pela autuação, nem tampouco pelo dispositivo invocado como supostamente infringido, é de se concluir que não há infração, ou, minimamente, concluir que, por esta não ser passível de ser desvendada nem mesmo com base nos dispositivos em que foi capitulada, há cerceamento do direito de defesa da Recorrente, além de incerteza e iliquidez do lançamento.

Frisa que a Recorrente sempre cumpriu zelosamente suas obrigações tributárias, e está convicta de que não possui qualquer débito perante esta Fazenda Pública. Portanto, estando a ação fiscal desprovida dos requisitos mínimos e indispensáveis de validade e, principalmente por não permitir à Recorrente realizar o seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, impõe-se a anulação da autuação.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, o advogado Sr. Gervásio Vinícius Liberal, no qual exerceu o seu direito de fala.

É o relatório.

VOTO

Inconformada com a decisão do Acórdão nº 0046-05/22-VD, da 5ª JJF que julgou Procedente o presente feito, a recorrente nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99 apresenta peça recursal sob as fls. 73 a 82, com as seguintes alegações:

Nulidade da autuação pelo cerceamento ao direito de defesa, cita o art. 142 do CTN, fazendo referência ao art. 7º também do CTN, onde estabeleceu os critérios necessários à validade do ato de lançamento e chama a atenção para a ausência de requisitos, os quais resultam na impossibilidade de se identificar com segurança a infração cometida pelo contribuinte, preterindo o direito de defesa do autuado. Transcreve ainda o art. 18 do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide, exige recolhimento a menor do ICMS-ST devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias em outros Estados da Federação no exercício de 2016.

Na análise dos autos, verifico que a recorrente apresenta pedido de nulidade do lançamento sob alegação de falta de segurança da infração implicando no cerceamento ao direito de defesa ao contribuinte, e não apresenta nenhuma argumentação quanto ao mérito da exigência fiscal.

Quanto à nulidade suscitada acima, e utilizando como base a argumentação da não localização de 609 notas fiscais, objeto da autuação, observo que, a Auditora fiscal estranha ao feito que prestou a informação fiscal sob as fls. 54 a 57, informa que os demonstrativos que dão suportes ao lançamento, teve como base a coleta de dados de notas fiscais registradas na EFD do autuado, e decorridos mais de dois anos, o autuado não juntou qualquer prova ao processo em relação ao argumento de que estaria fazendo coleta de informações junto aos seus fornecedores.

Observo que, a fiscalização utilizou os dados da EFD e NF-e, no modelo XML, portanto, os dados são baseados em documentos oficiais existentes. Caso alguma Nota Fiscal em que a mercadoria não tenha sido recebida ou eventualmente alguma nota fiscal tenha sido devolvida pela autuada ao fornecedor, cabe a recorrente apresentar as provas e isto não ocorreu, nem antes e depois da lavratura do auto de infração.

Constata-se que, o Auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99 com a descrição dos fatos, estes considerados como infração das obrigações tendo sido apresentados de forma clara, precisa e sucinta, bem como juntados demonstrativos, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados conforme levantamentos e documentos acostados aos autos, encontrando-se aptos a surtir seus efeitos jurídicos.

Constata-se ainda, que o presente lançamento perante tais elementos fáticos da infração de que recolheu o ICMS-ST menor que o devido, teve o enquadramento no art. 8º, II e § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 289 do RICMS/BA, e tipificação da multa no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, portanto, não procede as alegações da recorrente de decretação de nulidade da autuação por não compreender a motivação do lançamento.

Por fim, verifico que as operações de aquisições das mercadorias adquiridas pela autuada se submetem ao regime de substituição tributária, tendo sido apurado com base nas notas fiscais devidamente registradas no estabelecimento autuado, não tendo sido apresentado qualquer prova do argumento de que ocorreram operações que não chegaram a se concretizar, configura mera negativa de cometimento da infração, que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do RPAF/BA.

Diante de tais constatações, concluo em manter a decisão de piso.

Pelo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147771.0027/19-1**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 144.613,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS