

A. I. N° - 147771.0027/19-1
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.05.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0046-05/22-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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/09/2019, exige 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%.

Na defesa apresentada (fls. 31/38) o autuado por meio dos advogados Milton Hedayioglu Mendes de Lima OAB/BA 20.769 e Gervásio Vinicius Pires Leal Liberal, OAB/BA, 25.476, inicialmente ressalta a tempestividade da defesa, discorre sobre a infração que entende ser insubsistente.

Suscita a nulidade do auto de infração sob alegação de impossibilidade de identificar com segurança a infração cometida, preterindo o direito de defesa, nos termos do art. 142 do CTN, e art. 7º do Código do Município de Salvador e art. 24, II do Dec. 25.370/2013 “*os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa*”.

Afirma que para apresentar razões defensivas precisa compreender a autuação e na situação presente foi objeto de cobrança 689 notas fiscais, das quais 609 não foram localizadas na planilha de recolhimento e movimentação da loja, indicando operações que não chegaram a se concretizar.

Ressalta que está tentando obter informações dos fornecedores, para identificar recusas, operação anulada, que tão logo obtenha, juntará ao processo como elemento de prova.

Manifesta entendimento de que a fiscalização deveria carrear ao processo todos os documentos para comprovar a ocorrência do fato, sob pena de nulidade nos termos dos art. 37 e 50 da CF e art. 50 da Lei 9.784/99.

Discorre sobre o ato administrativo, cumprimento, controle de legitimidade, a motivação como requisito essencial do lançamento, o exercício da ampla defesa, necessidade de provas e não ser lícito exigir prova negativa, conforme preconiza doutrinadores (Ives Gandra, Aliomar Baleeiro, Hely Lopes...), em conformidade com o disposto no art. 142 do CTN, sob pena de anulação do ato afetado por vício insanável por ausência ou defeito substancial de seus elementos constitutivos.

Alega que não sendo possível identificar a exata medida de violação da norma, nem do dispositivo invocado como infringido, implica em cerceamento do direito de defesa, além de

incerteza e iliquidez do lançamento e estando a ação fiscal desprovida dos requisitos mínimos e indispensáveis de validade, impõe-se a nulidade e improcedente o lançamento.

Requer a produção de provas admitidas em direito e realização de diligência fiscal.

A auditora Crystiane Menezes prestou informação fiscal (fls. 54/57) inicialmente discorre sobre a infração e alegações defensivas restringidas a declaração de nulidade e realização de diligência.

Quanto a nulidade suscitada, afirma que não procede tendo em vista que a descrição da infração, inclusive a complementar, é clara e se completa com o devido enquadramento e tipificação da multa aplicada, cujo demonstrativo de débito foi entregue ao contribuinte, conforme fls. 8 a 16, atendendo o disposto no art. 18 do RPAF/BA.

Ressalta que a planilha é clara e objetiva, descrevendo as operações com seus respectivos dados, contendo informações das operações, com datas, indicação das notas fiscais, descrição e código do produto, preço, MVA, alíquota, imposto calculado e o parcialmente pago, com diferença do imposto exigido, que demonstram a ocorrência da infração.

Destaca que a exigência fiscal recai sobre as notas fiscais de entradas devidamente registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), conforme fls. 17 a 23 e em nenhum momento o impugnante questionou as informações da EFD, concluindo que existe no PAF os documentos e provas necessárias.

Com relação a citação do art. 7º do Código do Município de Salvador e art. 24, II do RPAF/Alagoas (Dec. 25.370/2013) contesta que não podem ser considerados como paradigmas por estarem fora do âmbito do RICMS/BA.

Afirma que a lavratura do auto de infração seguiu o que é estabelecido no art. 18 do RPAF/BA, art. 129, § 1º do COTEB (Lei 3.956/81) e art. 142 do CTN em obediência ao disposto no art. 5º, LV da CF.

Quanto a alegação de que teve dificuldade de apresentar razões defensivas, afirma que não tem cabimento, visto que a planilha acostada ao processo demonstra o valor do crédito tributário e o argumento de que ocorreram operações que não chegaram a se concretizar, sem apresentar provas, configura mera negativa de cometimento da infração, que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, ao teor do art. 143 do RPAF/BA.

Destaca que tendo apresentado defesa em 28/11/2019, já decorreram quase dois anos e nenhuma prova foi juntada aos autos, ressaltando que a fiscalização feita através do SIAF utiliza dados da EFD e NFe, ou seja, baseado em documentos oficiais, cuja materialidade pode ser provada, a exemplo de devolução de mercadoria com base em NFe, cuja prova deveria ser apresentada pela defendente.

Por fim, esclarece que a informação fiscal foi prestada por fiscal estranho ao feito em razão do autuante encontrar-se inativo e que não vê necessidade de realização de diligência fiscal, por ausência de fundamentação do pedido e que todos os elementos necessários se encontram no PAF.

Requer que o auto de infração seja julgado totalmente procedente.

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, japonês), 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 147771.0027/19-1, lavrado contra

COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, devendo ser intimado o autuado, 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 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2022.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR