

PROCESSO - A. I. N° 274068.0025/22-1
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF n° 0137-03/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/12/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF N° 0337-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. O autuado não apresenta elementos com o condão de elidir a infração. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência/perícia fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF N° 0137-03-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 26/12/2022, formaliza a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$ 404.164,68 em decorrência de infração, que consiste em não recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nas saídas de mercadorias através de notas fiscais eletrônicas, sem destacar o imposto sem lançar a tributação nos livros fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2018 (infração 002.001.003), *mais multa de 60%*.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 10/08/2016 e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Preliminarmente, cabe apreciar as questões prejudiciais suscitadas. o defendente disse que no presente caso, é nítido que a Fiscalização falhou gravemente em sua atribuição, eis que deixou de averiguar a veracidade dos fatos ocorridos, para se basear em meras suposições que lhe conduziram a conclusões precipitadas - e equivocadas.

Acrescentou que, em lugar de averiguar a efetiva ocorrência de infração à legislação tributária, a Autoridade fiscal preferiu valer-se de uma singela confrontação entre os valores declarados e as notas fiscais emitidas nas mesmas competências, para com lastro em uma mera presunção, constituir os créditos tributários de ICMS, não obstante dispusesse de plenas condições especialmente documentais - de investigar a efetiva ocorrência do fato gerador do imposto.

Afirmou ser manifesta a ilegalidade do ato administrativo, o qual não atende à previsão legal prescrita pelo artigo 142 do CTN, visto que a fiscal não teria demonstrado todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios que justificassem a lavratura do auto de infração, pois não prova o que alega, assim arguiu falta de motivação e cerceamento de seu direito de defesa.

Afasto estas alegações, visto que analisando os elementos que compõem o presente processo, em especial as razões defensivas, verifico que o Autuado tomou conhecimento prévio de que seria fiscalizado, conforme Termo de Intimação para entrega de livros e documentos via DTE, ciência dia 17/10/2022, fl. 05 do PAF.

De igual modo, saliento que o defendente recebeu todos os demonstrativos que deram suporte a exigência fiscal, demonstrativos fls. 16/24 e CD contendo planilhas com comprovante de entrega ao autuado, fls. 29/32, via DTE ciência 03/01/2023.

Sobre o lançamento de ofício, observo que a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterà a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o Autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação e não foi apresentada contestação específica, quanto ao cálculo que resultou no valor exigido no Auto de Infração, apurado pela Autuante.

Assim, rejeito as nulidades arguidas, haja vista que a descrição dos fatos no presente lançamento, foi efetuada

de forma compreensível, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, e a base de cálculo foi apurada consoante planilhas demonstrativas entregues ao defendente.

No presente caso, a motivação para o lançamento de ofício está clara e a descrição da infração é perfeitamente compreensível, imputando ao Autuado a seguinte irregularidade apurada: falta de recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nas saídas de mercadorias através de notas fiscais eletrônicas, sem destacar o imposto e sem lançar a tributação nos respectivos livros fiscais.

Dessa forma, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos: o autuado, o montante e o fato gerador do débito tributário reclamado, não estando o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA.

Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, constato que a decisão sobre a lide independe de conhecimentos técnicos específicos a respeito da matéria, portanto, com fulcro no art. 147, incisos I e II, indefiro o pedido de diligência ou perícia formulado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de exigência de crédito tributário, em razão de ter deixado de recolher o ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nas saídas de mercadorias através de notas fiscais eletrônicas, sem destacar o imposto e sem lançar a tributação nos livros fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. (Infração 002.001.003).

O defendente não contestou objetivamente a infração, nem foi apresentado qualquer questionamento específico quanto ao cálculo dos valores apurados pela Autuante. Sua tese defensiva limitou-se às preliminares de nulidades já apreciadas neste voto.

O defendente afirmou, que a autuação foi realizada com base em presunções, sem que fosse devidamente investigado a real situação fática dos elementos da empresa, aos quais a Autuante teve acesso.

Em sede de informação fiscal, a Autuante esclareceu que o lançamento tem como base o levantamento fiscal, Anexo 1 - Operação Tributada Como Não Tributada - 2018, que faz parte deste auto, cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético, Anexos: Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias, Escrituração Fiscal Digital - EFD e NF-e.

Afirmou que as alegações do defendente são meramente protelatórias, visto que a descrição da infração é clara e objetiva, o demonstrativo e anexos comprovam a verdade material, comprovando-se o cometimento da irregularidade fiscal reclamada no respectivo auto, e a defendente não apresentou elementos de prova que pudessem elidir a acusação fiscal.

Analisando os elementos que fazem parte do presente PAF, verifico assistir razão à Autuante, visto que o lançamento fiscal se baseou nos fatos constatados em ação fiscal, na Escrituração Digital Fiscal - EFD, nas Notas Fiscais eletrônicas - NFe emitidas pelo Autuado, estando a irregularidade apurada, a acusação fiscal e os respectivos demonstrativos, em consonância com a legislação de regência. Não acato a alegação defensiva, por falta de suporte fático e jurídico.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ademais, sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, também o entendo incurso nas disposições do art. 142 do regulamento citado.

Ressalto que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido a irregularidade lançada na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame. Assim, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, mediante o qual aduz a nulidade da autuação, por violação aos princípios basilares do processo administrativo fiscal.

Defende o Recorrente que a exigência do ICMS no caso da infração em debate é indevida, porque o contribuinte recolheu o ICMS dentro das regras de tributação. No caso deve ser observado todos os fatos e provas lícitas ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública. Acrescenta que o próprio órgão de fiscalização deve promover, de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material, devendo a prova ser considerada em toda a sua extensão, devendo ser aplicada uma cognição ampla, em respeito ao princípio do interesse público.

A conselheira Alexandrina Bispo Santos declarou impedimento por ter participado da sessão de Primeira Instância.

VOTO

Observo que a decisão da 3ª JJF (Acórdão JJF Nº 0137-03/23-VD) julgou Procedente o Auto de Infração

O presente Auto de Infração formaliza a exigência de crédito tributário de R\$ 404.164,68 em decorrência de infração, que consiste em não recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nas saídas de mercadorias através de notas fiscais eletrônicas, sem destacar o imposto sem lançar a tributação nos livros fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2018 (infração 002.001.003), *mais multa de 60%*.

O recorrente defende a nulidade do Auto de Infração porque a fiscalização deixou de analisar a veracidade dos fatos ocorridos e se baseou em meras suposições. O recorrente defende que o próprio órgão de fiscalização deve promover, de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material, devendo a prova ser considerada em toda a sua extensão, devendo ser aplicada uma cognição ampla.

O fiscal presta informações (fls. 78/80) e coloca que o contribuinte foi intimado para prestar informações, nos termos do art. 127, caput, do Decreto nº 7.629/99. Acrescenta o fiscal que o contribuinte, pelas Notas fiscais apontadas no anexo I (Operação Tributada como não tributada-2018), não destacou o ICMS na NF-e, nem lançou os registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços. Acrescenta que o contribuinte recebeu cópia através de meio magnético. Afirma o fiscal que a infração é clara e objetiva, cujo anexos comprovam a verdade material da irregularidade fiscal cometida. E finaliza que não foram apresentadas provas capazes de elidir a infração.

Passo a analisar a preliminar de nulidade do Auto de Infração.

O Recorrente alega que o autuante apenas se baseou em valores declarados em notas fiscais emitidas na mesma competência e através de mera suposição constituiu créditos tributários de ICMS, apesar de existir condições de investigar a efetiva ocorrência do fato gerador do imposto, por via de documentos, violando o art. 142 do CTN.

Veja-se o art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

É certo que nos termos do parágrafo único do artigo 142 do CTN o lançamento é um ato vinculado e obrigatório, não podendo a autoridade administrativa, quando da ocorrência de fato gerador da obrigação correspondente, abster-se de realizar tal procedimento, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento é o instrumento que confere exigibilidade à obrigação tributária, sendo caracterizado por uma série de atos através dos quais afere a ocorrência do fato gerador, determina a matéria tributável, quantifica o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e, sendo caso, propõe a aplicação da penalidade cabível. E a efetivação do lançamento é providência exclusiva da autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN.

De igual forma, é necessária a notificação regular do sujeito passivo, nos termos do art. 142 do CTN, para a certificação dos devedores de que se faz necessário o recolhimento do tributo.

Da análise dos autos constato que o Recorrente foi intimado e teve ciência prévia de todos os demonstrativos (fls. 16/24), com CD com planilhas entregues ao Autuado/Recorrente (fls. 29/32), através DTE, com ciência em 03/01/2023. E no Auto de Infração é possível constatar a identificação do sujeito passivo e a penalidade aplicável (nos termos do art. 142 do CTN), bem como se

encontra presente os requisitos do ar. 39, I do RPAF/BA, porque no Auto de Infração constou a identificação (fl. 01 do PAF), o endereço e a qualificação do autuado.

Pelo o que aqui ficou exposto, afasto a nulidade do Auto de Infração.

De forma correta foi indeferida diligência, pois pela documentação presente nos autos resta claro que a elucidação da lide independe de conhecimentos técnicos.

No mérito, tem-se que a infração posta (infração 002.001.003), consiste em não recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nas saídas de mercadorias através de notas fiscais eletrônicas, sem destacar o imposto sem lançar a tributação nos livros fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2018 *mais multa de 60%*.

O recurso não entra em discussão do mérito da infração, se limitando apenas a questão de nulidade do auto já apreciada acima.

O recorrente insiste na tese de que a autuação foi realizada com base em suposições, sem a real investigação dos fatos, que o autuante teve o devido acesso.

Entretanto, repito que o autuante em informações prestadas, esclarece que a autuação se baseou pelas Notas fiscais apontadas no anexo I (Operação Tributada como não tributada-2018), que não destacou o ICMS na NF-e, nem lançou os registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços. Acrescenta que o contribuinte recebeu cópia através de meio magnético. Afirma o fiscal que a infração é clara e objetiva, cujo anexos comprovam a verdade material da irregularidade fiscal cometida. E finaliza que não foram apresentadas provas capazes de elidir a infração.

Dos fatos aqui narrados resta claro que o Recorrente no exercício do seu direito de defesa apresentou impugnação (art. 123 do RPAF/99), mas não poderia por simples negativa do cometimento da infração, se desonerar de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, nos termos do art. 143 do RPAF/99.

As irregularidades apontadas pelo Fisco no Auto de Infração gozam de presunção de legitimidade e veracidade, sendo elididas apenas por prova em contrário da empresa interessada, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, deve ser mantida a decisão de piso, que julgou procedente o Auto de Infração por ausência de prova em contrário apta a elidir as irregularidades apontadas no Auto de Infração.

Do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **274068.0025/22-1**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 404.164,68**, 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, 20 de novembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS