

A. I. N° - 274068.0032/22-8  
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.  
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/06/2023

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0090-03/23-VD

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. A imposição de acréscimos moratórios é cabível quando o pagamento do débito ocorre fora do prazo legal, mesmo se espontâneo. No presente caso, restou comprovado que houve pagamento fora do prazo regulamentar. Infração subsistente. Preliminar de nulidade afastada. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/12/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 105.278,71, acrescido da multa de 60%, em razão da Infração 01 - 015.002.003. Falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido pela substituição tributária por antecipação, pago intempestivamente, porém espontâneo, nos meses de fevereiro de 2018 a janeiro de 2019.

O Autuado impugna o lançamento, fls. 28 a 33, depois de reproduzir o item da autuação, articula os argumentos que se seguem.

Inicialmente destaca que ao analisar o relatório do lançamento e os arquivos que o compõem, encontrou inconsistências que demonstram ser a imposição fiscal improcedente.

Registra ser cediço que a tributação somente pode se apoiar em fato certo, decorrendo a obrigação tributária da ocorrência do evento *in concreto*, na forma como previsto pela norma *in abstracto*. Nesse sentido, pode-se afirmar que a atividade fiscalizadora e o processo administrativo fiscal têm por função precípua a busca da verdade material e o controle dos atos praticados pelos contribuintes a fim de verificar o cumprimento de seus deveres fiscais. O centro da função da atividade fiscalizatória consiste em examinar a esfera fática, fenomênica, baseando-se em dados concretos que imponham a exigência tributária.

Assinala que, sendo a busca de provas concretas da ocorrência do fato imponible o cerne da conduta fiscalizatória, é nítido que, no presente caso, 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.

Revela que, o ponto da presente autuação diz respeito a uma questão estritamente de fato, que consiste fundamentalmente em saber em que consistiram as operações (e suas especificidades) realizadas e que geraram o suposto creditamento indevido, para, só então, identificar a legislação aplicável à hipótese e eventualmente apurar possível irregularidade cometida pelo contribuinte.

Prossegue ponderando 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 que declarou e as notas fiscais emitidas nas mesmas competências, para, com lastro em uma mera presunção, constituir os créditos tributários de ICMS ora atacados, não obstante dispusesse de

plenas condições - inclusive e especialmente documentais - de investigar a efetiva ocorrência do fato gerador do imposto.

Arremata sustentando que, se havia algum indício de que descumprira a legislação de ICMS a que estava obrigada, cumpria à Autoridade Fiscal, certamente, avaliar os elementos de prova que pudessem elucidar a questão de fato, sendo-lhe evidentemente defeso proceder à autuação com base em uma presunção.

Explica que, uma presunção, exatamente por sua precariedade, não pode vir desacompanhada da efetiva investigação dos fatos, fundamentalmente quando a Fiscalização - tal como se tem *in casu* - dispunha de todos os elementos necessários para confirmar a suposta infringência à legislação do imposto. Diz não haver espaço para elucubrações quando se mostre possível averiguar, com segurança e certeza, a ocorrência líquida e certa do fato que a Fiscalização apenas presume ter ocorrido, do contrário, em sendo omissa o Fisco Estadual na execução de seu mister, resta desautorizada a exigência fiscal diante da incerteza quanto à efetiva ocorrência do fato imponible.

Afirma que o entendimento fiscal que deu azo à presente cobrança se afasta da legalidade estrita em matéria tributária, à medida que, a par da suposta inconsistência identificada no curso da ação fiscal, a Fiscalização não comprova a subsunção do fato à norma e, nesta presunção, viola o Código Tributário Nacional.

Registra não haver espaço, dentro da legalidade tributária, para autuações (como a presente) baseadas em meras presunções ou indícios de ocorrência do fato gerador da obrigação: é necessário que haja prova inconteste da ocorrência do fato gerador. E, como também não há dúvida, essa demonstração segura da ocorrência do fato gerador tributário é obrigação que se incumbe ao fiscal autuante.

Destaca a manifesta ilegalidade do ato administrativo levado o efeito pela Autoridade Fiscal, representada no auto de infração ora impugnado, o qual não atende à previsão legal prescrita pelo art. 142, do CTN, cujo teor reproduz.

Observa ainda que da leitura do dispositivo acima, verifica-se que o lançamento fiscal tem por objetivo “*verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente*”, para, assim, “*determinar a matéria tributária*” e ainda “*calcular o montante do tributo devido*”.

Continua frisando que o lançamento consubstanciado no presente Auto de Infração não logrou êxito neste sentido, pois a Fiscalização não se utilizou, como era seu dever funcional, de seu poder de investigação para verificar se, na hipótese, ocorreu ou não o fato gerador do imposto estadual.

Arremata sustentando não haver como se escapar à conclusão de que a autuação ora atacada é nula de pleno direito, por negar observância aos requisitos impostos pelo art. 142, do CTN, haja vista que a Autoridade Fiscal não procedeu às verificações necessárias relativas à ocorrência efetiva do fato gerador do ICMS, partindo, tão-somente, de presunções que não condizem com a realidade dos fatos ocorridos e comprovados.

Assevera que, tendo em vista a flagrante fragilidade que inquina o lançamento fiscal, que não se reveste de uma mínima segurança quanto à prática do fato gerador do ICMS que se pretende lhe imputar, conclui-se que a autuação fiscal combatida se distanciou sobremaneira do princípio da busca da verdade material - que norteia o processo administrativo fiscal - implicando completa nulidade do Auto de Infração por força do art. 142, do CTN.

Observa ser o princípio da verdade material basilar no processo administrativo fiscal, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

Frisa que o processo administrativo deve ser considerado como instrumento de garantias à efetivação dos direitos fundamentais do Contribuinte relacionados à Administração Pública para enfrentar os conflitos de interesses entre ambos.

Assinala que no caso presente, a Fiscalização cometeu diversos equívocos ao lavrar a autuação, na medida em que exige tributo com base em dados de apuração incorretos. O que culminou na exigência de tributo de forma indevida. E caso haja a manutenção da cobrança, haverá lesão ao seu patrimônio, pois se verá obrigada a recolher imposto sem causa.

Registra que devem ser considerados todos os fatos e provas lícitos, ainda que não tragam benefício à Fazenda Pública. Essa verdade é apurada no julgamento dos processos administrativos fiscais de acordo com a análise de documentos, análise de perícias técnicas e na investigação dos fatos. É premente nesse momento a busca pela realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentam apenas à verdade formal dos fatos.

Sustenta que o próprio órgão fazendário deve promover, de ofício, as investigações necessárias à elucidação da verdade material, para que a partir dela, seja possível prolatar uma decisão justa e coerente com a verdade. Ou seja, a prova deve ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte no Brasil.

Registra que no processo administrativo deve-se sempre buscar a verdade, em respeito (como disposto até o momento), também, a outro princípio de relevante importância, qual seja, o do interesse público. A Autoridade Administrativa, portanto, pode (e deve) buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento, promovendo diligências averiguatórias e probatórias que contribuam com a maior aproximação da verdade, podendo se valer de outros elementos além daqueles já trazidos aos autos.

Apresenta o entendimento de que a análise no procedimento de fiscalização deveria ter sido realizada com base nos fatos, tais como se apresentam na realidade, não considerando no levantamento, fatos que não confirmam a possibilidade de exigência do tributo.

Arremata assinalando que, no processo administrativo a cognição deve ser ampla, apurando-se os fatos com o maior grau de aproximação da verdade possível, sendo a medida que se impõe, o decreto de nulidade do lançamento ora combatido.

Conclui requerendo seja dado integral provimento à presente impugnação, anulando-se o Auto de Infração ora combatido, com o conseqüente cancelamento da exigência fiscal nele perpetrada.

A Autuante presta informação fiscal, fls. 65 a 67, depois de reproduzir o teor da acusação articula as seguintes argumentações.

Observa que o contribuinte é signatário do Termo de Acordo estabelecido pelo Dec. nº 7.799/00, conforme consta do Processo SIPRO nº 036.084/2018-5, fls. às 11 a 14.

Registra que o art. 7-B, do referido Decreto determina que nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o estabelecimento comercial atacadista, poderá, mediante celebração de termo de acordo específico a ser firmado com o Estado da Bahia, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequente.

Explica que de acordo com a alínea “a”, do inciso XIII, do art. 332, do RICMS-BA/12, o recolhimento do ICMS será feito até o dia 15 do mês subsequente ao da saída de mercadorias sujeitas a substituição tributária por retenção.

Destaca que o Autuado recolheu o ICMS referente a retenção com base no dia 25 e não no dia 15.

Sendo assim, assevera ser devido os acréscimos moratórios. Tudo conforme Anexo 1 - DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DOS ACRESCIMOS MORATÓRIOS - 2018 e Anexo 2 -

DEMONSTRATIVO DE ARRECADAÇÃO DA RETENÇÃO - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Valor histórico R\$ 105.278,71 (cento e cinco mil duzentos e setenta e oito reais e setenta e um centavos).

Revela que o Autuado alinha em suas razões de defesa: pedido de diligência e busca da verdade material. Assinala que o Impugnante alega que a fiscalização deixou de averiguar a veracidade dos fatos ocorridos para se basear em meras suposições que lhe conduziram a conclusões precipitada e equivocadas e solicita diligência.

Frisa que as alegações do Defendente são meramente protelatórias.

Assevera ser a descrição da infração clara e objetiva, os demonstrativos e anexos comprovam a verdade material de que o sujeito passivo cometeu a irregularidade fiscal reclamada no respectivo auto.

Observa que o Autuado não apresentou qualquer elemento de prova que pudesse elidir as infrações.

Afirma que não se faz necessária a diligência, pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência da autuação.

Arremata ratificando a Infração 01.

Conclui mantendo a ação fiscal que resultou na exigência do crédito tributário apurado na infração, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio o julgamento pela procedência do presente Auto de Infração.

## VOTO

O Autuado suscitou preliminar de nulidade do lançamento aduzindo vício do procedimento fiscal, por não ter sido determinada diligência como fito de se verificar a efetiva ocorrência do fator gerador. Suscitou também que não fora observado previamente ao lançamento a busca pela verdade material

Sustentou o Impugnante que a fiscalização falhou gravemente em sua atribuição, por ter deixado de averiguar a veracidade dos fatos ocorridos para se basear em meras suposições que lhe conduziram a conclusões precipitadas e equivocadas.

Depois de examinar as peças que compõem os presentes autos, constato que não há como prosperar a pretensão do sujeito passivo no que diz respeito às suas alegações, eis que lastreadas em aspectos que não se sustentam na realidade dos fatos.

A acusação fiscal é simples e unívoca, não dando margem a qualquer interpretação dúbia, ante a clareza do seu cometimento pelo Autuado. Qual seja, procedeu ao recolhimento do ICMS referente a retenção com base no dia 25, do mês subsequente, quando a legislação estipula expressamente o dia 15. O que reflete, nítida e inequivocamente, serem devidos os acréscimos moratórios objeto da autuação.

Por outro lado, resta indubitoso nas peças que integram os autos, precipuamente, que a fonte dos elementos que resultaram na exação, discriminados nos demonstrativos de apuração, cujas cópias lhe foram devidamente entregues, fls. 21 a 23, provém de sua Escrituração Fiscal Digital - EFD e das documentações fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado. Logo, não há que se aduzir, como pretende a Defesa, que acusação fiscal se constitui de mera presunção.

Ademais, não condiz com a realidade dos fatos a alegada necessidade de diligência, haja vista que o próprio Autuado dispõe de todos os elementos que resultaram na exigência fiscal, ora em lide, e não apontou objetivamente qualquer inconsistência nos demonstrativos de apuração.

Por isso, rechaço as preliminares de nulidade suscitadas, por se afigurarem suportadas em premissas não condizentes com a realidade fática dos presentes autos.

Ao compulsar as peças que integram os autos, verifico que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo a exigência fiscal, sua base de cálculo e a multa, apurados consoante levantamentos e documentos acostados aos autos em sua constituição inicial.

Nestes termos, consigno que o presente processo se afigura revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade o lançamento.

O sujeito passivo solicita a realização de diligência. Indefiro o pedido com fulcro na alínea “a”, do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99, por entender desnecessária em vista das provas já produzidas e anexadas aos autos e não atacadas pelo Impugnante.

No mérito, a acusação fiscal materializa a exigência de crédito tributário, em decorrência do cometimento da falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido pela substituição tributária por antecipação, pago intempestivamente, porém espontâneo, nos meses de fevereiro de 2018 a janeiro de 2019, - Demonstrativos às fls. 08 a 10 e CD à fl. 15.

Em suas razões de Defesa o Impugnante não abordou objetivamente qualquer argumento acerca do mérito da acusação fiscal priorizando e cingindo-se em suas argumentações, tão-somente, acerca das preliminares de nulidade, já devidamente enfrentadas.

A Autuante em sua informação fiscal manteve a autuação destacando que as alegações do sujeito passivo são meramente protelatórias, uma vez que não apresentou qualquer elemento de prova capaz de elidir a infração cometida.

Consigno, por importante, que constam à fl. 07 que o Impugnante, antes lavratura do presente Auto de Infração foi intimado pela Autuante para tomar ciência de inconsistências identificadas pela fiscalização na Antecipação apurada no exercício de 2018, sendo enviados na ocasião diversos anexos demonstrando e discriminando as inconsistências apuradas.

Reproduzo a seguir a legislação de regência que disciplina a irregularidade cometida e objeto da presente autuação, *in verbis*:

“Lei nº 7.014/96

[...]

Art. 51. O art. 102 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

I - se declarados espontaneamente:

a) atraso de até 15 (quinze) dias: 2% (dois por cento);

b) atraso de 16 (dezesesseis) dias até 30 (trinta) dias: 4% (quatro por cento);

c) atraso de 31 (trinta e um) dias até 60 (sessenta) dias: 8% (oito por cento);

d) atraso de 61 (sessenta e um) dias até 90 (noventa) dias: 12% (doze por cento);

e) atraso superior a 90 (noventa) dias: 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte ao atraso de 90 (noventa) dias, cumulado do percentual previsto na alínea anterior;

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso.

Parágrafo único. Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.”

RICMS-BA/12

[...]

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

I - na saída ou no fornecimento de mercadoria;

[...]

VI - no lançamento do imposto que não tiver sido pago na época própria, em virtude de erro de cálculo para menos, por erro de classificação fiscal ou por qualquer outro motivo;

[...]

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV, V ou VI, se o reajustamento ou a regularização for efetuada após o período de apuração, o contribuinte deverá recolher a diferença do imposto e os acréscimos moratórios devidos em documento de arrecadação em separado.

[...]

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

[...]

XIII - até o dia 15 do mês subsequente: a) ao da saída de mercadorias sujeitas a substituição tributária por retenção;

Depois de examinar as peças que lastreiam a acusação fiscal da autuação, constato, ao contrário do aduzido pelo Impugnante, ser indubitosa a ocorrência da acusação fiscal objeto da autuação.

Resta comprovado nos autos que o adimplemento ocorrera fora dos períodos dos fatos geradores, incorrendo em pagamento intempestivo e sem os acréscimos. O que significa dizer, que a denúncia espontânea não contemplou os encargos atinentes dos acréscimos moratórios, decorrentes do pagamento extemporâneo.

O autuado não apontou qualquer inconsistência nos demonstrativos de apuração elaborado pela Autuante, fls. 08 a 35, e CD à fl. 15, cujas cópias lhe foram entregues, fls. 16, nem carreou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal.

Assim, nos termos expendidos concluo pela subsistência da autuação.

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

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0032/22-8**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento dos acréscimos tributários no valor de **R\$ 105.278,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VIII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA