

A. I. Nº - 274068.0025/22-1
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/08/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-03/23-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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/12/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 404.164,68, acrescido da multa de 60%, 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 autuado impugna o lançamento fls.42/47. Resume os fatos autuados. Registra que vem, respeitosamente perante este órgão, com fundamento no art. 123 e seguintes do Decreto nº 7.629/99 que dispõe sobre o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, apresentar tempestivamente sua defesa ao Auto de Infração em epígrafe, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Afirma que ao analisar o relatório do lançamento e os arquivos que o compõem, encontrou inconsistências que demonstram que a imposição fiscal é improcedente. Sendo assim, passa a tecer suas razões de defesa, o que o faz nos seguintes termos.

Como cediço, a tributação somente pode se apoiar em fato certo. 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.

Desta forma, sendo a busca de provas concretas da ocorrência do fato impositivo 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.

Com efeito, 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.

Todavia, 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 ora atacados, não obstante dispusesse de plenas condições – inclusive e especialmente, documentais – de investigar a efetiva ocorrência do fato gerador do imposto.

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

Noutros dizeres, não há 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 omisso o Fisco Estadual na execução de seu *mister*, resta desautorizada a exigência fiscal diante da incerteza quanto à efetiva ocorrência do fato impositivo.

Afinal, como ninguém haverá de discordar, não há 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.

Nesse sentido, deve-se destacar a manifesta ilegalidade do ato administrativo, representada no auto de infração ora impugnado, o qual não atende à previsão legal prescrita pelo artigo 142 do CTN. *In casu*, o lançamento consubstanciado no presente Auto de Infração não logrou êxito neste sentido, pois a Fiscalização não se utilizou, de seu poder de investigação para verificar se, na hipótese, ocorreu ou não, o fato gerador do imposto estadual.

Sendo assim, não há como se escapar à conclusão de que a autuação ora atacada é nula de pleno direito, por negar observância aos requisitos impostos pelo artigo 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.

Isto posto, tendo em vista a flagrante fragilidade que inquina o lançamento fiscal, implicando completa nulidade do auto de infração por força do artigo 142 do CTN. O princípio da verdade material é basilar do processo administrativo fiscal, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

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. Tudo isso culminou na exigência de tributo de forma indevida. E caso haja a manutenção da cobrança, haverá lesão ao patrimônio da Impugnante, pois se verá obrigada a recolher imposto sem causa.

Nesse cenário, portanto, 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.

Isso porque, no processo administrativo deve-se sempre buscar a verdade, em respeito, 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.

Assim, como exposto em todo esse tópico, 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.

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

Diante do exposto, requer seja dado integral provimento à impugnação, anulando-se o auto de infração ora combatido, com o consequente cancelamento da exigência fiscal nele perpetrada.

A Autuante presta a informação fiscal fls. 78/80. Diz vir nos termos do art. 127, caput, do Decreto n.º 7.629/99, que aprovou o RPAF, prestar a Informação Fiscal pertinente ao Auto de Infração, em consequência de auditoria fiscal desenvolvida na empresa autuada, na forma a seguir.

Explica que o contribuinte em lide foi flagrado, em ação fiscal, no cometimento da irregularidade descrita.

Informa que o contribuinte efetuou a saída de mercadorias tributadas, através de notas fiscais relacionadas no anexo 1, sem destacar o ICMS na NF-e, e sem lançar a tributação nos registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços. Tudo conforme Anexo 1 - *Operação Tributada Como Não Tributada - 2018*, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Prestação de Serviços, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e. Sintetiza os termos defensivos.

Afirma que a 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. Assevera que as alegações da defendente são meramente protelatórias.

Aduz que a descrição da infração é clara e objetiva, o demonstrativo e anexos comprovam a verdade material de que a impugnante cometeu a irregularidade fiscal reclamada no respectivo auto.

Salienta que a recorrente não apresentou os elementos de prova que pudessem elidir a infração. Não se faz necessária a diligência, pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência do lançamento de ofício. Ratifica a infração 01.

Por tudo quanto exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado na infração, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Colégio, um julgamento exemplar pela procedência do presente auto.

Registro a participação, na assentada de julgamento, da Auditora Autuante, Crystiane Menezes Bezerra, que realizou a sustentação oral.

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 conterá 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0025/221**, lavrado contra **CENCONSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 404.164,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR