

PROCESSO - A. I. N° 274068.0032/22-8
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0090-03/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/03/2024

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0047-11/24-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente 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. A Autuante presta informação fiscal, fls. 65 a 67.

Após as intervenções, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

O Autuado suscitou preliminar de nulidade do lançamento aduzindo vício do procedimento fiscal, por não ter sido determinada diligência como fíto 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 respeitos 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 inequivocadamente, serem devidos os acréscimos moratórios objeto da autuação.

Por outro lado, resta individioso 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 inquinar 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 (dezesseis) 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 indubidosa a ocorrência da acusação fiscal objeto da autuação.

Resta comprovado nos autos que o adimplemento ocorreria 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.

A advogada da recorrente apresenta Recurso Voluntário às fls. 88/93, onde incialmente, relata a tempestividade da peça vestibular, descreve o montante histórico da autuação, a infração, além dos exercícios que fora autuado, reportou-se que a Primeira Instância não acolheu os argumentos defensivos e passa a recorrer voluntariamente.

Alega duas nulidades: **a)** do lançamento por víncio do procedimento fiscal, no qual o colegiado de piso não acolheu o pedido de diligência quanto à ocorrência do fato gerador do ICMS; e **b)** da autuação por violação dos princípios basilares do PAF.

Para a primeira nulidade suscitada (*por víncio do procedimento fiscal, no qual o colegiado de piso não acolheu o pedido de diligência quanto à ocorrência do fato gerador do ICMS*), salienta 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 abstrato*. Afirma que a atividade fiscalizadora e o PAF 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. Acrescenta que 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 a busca de provas concretas da ocorrência do fato imponível é o cerne da conduta fiscalizatória, sendo nítido que a i. 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.

Pontua que a presente autuação diz respeito a uma questão estritamente de fato, que consiste fundamentalmente em saber em que consistiram as operações (e suas especificidades) realizadas pela Recorrente e que geraram o suposto acréscimo moratório, 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 i. Autoridade fiscal preferiu valer-se de uma singela confrontação entre os valores recolhidos pela Recorrente.

Assevera que, se havia algum indício de que a Recorrente descumpria a legislação de ICMS a que estava obrigada, cumpria à i. Autoridade Fiscal, certamente, avaliar os elementos de prova que pudesse elucidar a questão de fato, sendo-lhe evidentemente defeso proceder à autuação com base em 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.

Aponta que não há espaço para elucubações 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 imponível. 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 CTN.

Volta a dizer 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 incontestável 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 i. Autoridade Fiscal, representada no auto de infração ora impugnado, o qual não atende à previsão legal prescrita pelo artigo 142 do CTN, que 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*”.

Frisou 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. Sustenta que 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 i. 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 pela Recorrente.

A segunda nulidade (***da autuação por violação dos princípios basilares do PAF***). Roga para o princípio da verdade material é basilar ao PAF, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

Pondera 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.

Disse que o Auto de Infração em tela foi lavrado para exigir ICMS em operações que seguiram todos os preceitos normativos atinentes ao imposto. Assevera que tal equívoco culminou na exigência de tributo de forma indevida, pois extrapolou o campo de tributação legalmente determinado, o que acaba por macular integralmente a autuação. 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.

Pede pela busca da realidade dos fatos, no qual desprezou as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentam apenas à verdade formal dos fatos. Discorre 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.

Explica que, 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, 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 que no processo administrativo a cognição deve ser ampla, apurando-se os fatos com o maior grau de aproximação da verdade possível.

Dessa forma, ao exigir-se ICMS sobre operações que estão fora do campo de incidência do tributo, a consequência foi a mancha com a pecha de nulidade sobre a integralidade da autuação, sendo à medida que se impõe, o decreto de anulação da integralidade do auto de infração.

Pede e requer que seja dado integral Provimento ao presente Recurso.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir acréscimos legais em decorrência da constatação 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.*

A recorrente argui duas nulidades, sendo a primeira por vício do procedimento fiscal, no qual o colegiado de piso não acolheu o pedido de diligência quanto à ocorrência do fato gerador do ICMS e a segunda foi a nulidade da autuação por violação dos princípios basilares do PAF.

Em relação a primeira nulidade suscitada quanto a realização de diligência, o legislador do RPAF previu que o pedido de diligência poderá ser indeferido, quando o julgador considerar que os elementos contidos no processo se lhe afigurem como suficientes, nos termos do art. 147, inciso I, alínea “a” do diploma regulamentar citado, conforme abaixo reproduzido.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;
...”

Alem disso, o disposto na alínea “b” do dispositivo citado reforça a idéia de que a diligência não pode ser tratada como meio de defesa, pois não substitui a ação probatória da parte, conforme se depreende do texto abaixo.

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos (grifo acrescido);
...”

Assim, entendo que a Junta fez uso de sua prerrogativa, indeferindo o pedido de diligência e julgando com base nas provas que se encontravam no processo, sem que disso resultasse em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

No tocante à alegação de nulidade da autuação por violação dos princípios basilares do PAF por parte da fiscalização, não tem qualquer fundamento, pois como bem discorreu o julgador de piso, o auto em questão está 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 inquinar de nulidade o lançamento.

Portanto, verifico que foram respeitados todos os direitos do Autuado, não se registrando cerceamento de defesa, nem falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, e assim, afasto as alegadas motivações para a nulidade da autuação.

Considerando que a recorrente não adentrou ao mérito da infração, voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 274068.0032/22-8, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto 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, 26 de fevereiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS