

PROCESSO - A. I. Nº 281077.0004/19-8
RECORRENTE - NATURELIFE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ n.º 0072-02/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0033-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA EFD. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Razões recursais restritas às preliminares de nulidade da Decisão. Inexiste qualquer violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e muito menos para supressão de instância. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JFJ, através do Acórdão nº 0072-02/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$ 45.280,77, inerente a três exigências, sob a acusação de:

Infração 1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$19.505,42, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, julho e novembro de 2015.

Infração 2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$965,86, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro, abril e setembro de 2014.

Infração 3. Multa de R\$24.809,49, correspondente a 1% do valor das entradas no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 21.288,48, diante das seguintes razões de mérito:

VOTO

[...]

Para a infração 01, a acusação foi a de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, tendo a defesa alegado ter procedido o estorno dos documentos fiscais arrolados, escriturados como “outros débitos” em sua escrituração fiscal.

Juntou elementos probantes às fls. 57 a 63. Por eles, se constata que os estornos foram relativos ao CFOP 3.556, que vem a ser compra de material para uso ou consumo, sendo classificados em tal código as compras de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, importadas do exterior (a se constatar pelo início do código em numeral 3), o que confirmaria a veracidade das suas afirmações.

A autuante, em sede de informação fiscal, acata os argumentos e documentos apresentados e tem a infração como improcedente.

Com efeito, analisando a documentação e elementos trazidos aos autos, verifico que, efetivamente, foram estornados os valores lançados nos meses autuados, sendo que em julho de 2015, o estorno realizado se refere além do CFOP 3.556, ao CFOP 2.203, que corresponde a “devolução de venda de produção do estabelecimento, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio”, sendo o valor total estornado de R\$6.161,67.

Assim, vejo assistir razão ao autuado, no sentido de que, se por um lado utilizou indevidamente o crédito fiscal

relativo a aquisições de bens destinados a uso ou consumo, por outro lado, se apercebendo do equívoco cometido, em tempo hábil, realizou o devido estorno dos valores indevidamente apropriados, no mesmo período de apuração do imposto, nada restando a ser reclamado pelo Fisco, razão pela qual a infração é insubsistente.

Quanto a infração 02, também relativa ao uso indevido de crédito fiscal, agora por apropriação de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, a empresa se insurge apenas em relação a Nota Fiscal 1.782, a qual reputa o crédito utilizado como lícito, diante da previsão do artigo 269, inciso X, alínea “a”, § 2º do RICMS/12, apresentando documentação às fls. 65 a 67.

O mencionado documento fiscal contestado (fl. 67), diz respeito a operação de industrialização efetuada para terceiro, no caso, a autuada, pela empresa Larimel Indústria e Comércio de Produtos Naturais e Alimentícios.

Consta no mesmo, no campo informações complementares, a seguinte observação: “Permite o aproveitamento do crédito ICMS R\$ 2643,84 correspondente a alíquota de 2% do art. 23 da LC 1232006 art. 392 do RICMSBA emp. Regime Simples Nacional” (mantida a redação original).

A legislação, especialmente o mencionado artigo 269 do RICMS/12, assim dispõe:

“Art. 269. Ficam concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

(...)

X - aos contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 57, observados os seguintes critérios:

a) serão concedidos os créditos nos percentuais a seguir indicados, aplicáveis sobre o valor da operação:

1 - 10% (dez por cento) nas aquisições junto às indústrias do setor têxtil, de artigos de vestuário e acessórios, de couro e derivados, moveleiro, metalúrgico, de celulose e de produtos de papel;

2 - 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos demais segmentos de indústrias”.

Esclareço que o artigo 392 mencionado no documento fiscal, em verdade, se refere ao RICMS/97, já não mais em vigor, ao tempo da autuação e dos fatos geradores, e que tinha a seguinte redação, enquanto vigente:

“Art. 392. Os documentos fiscais a serem utilizados pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional serão confeccionados com os campos destinados à base de cálculo do ICMS e ao valor do ICMS em fundo negativo, e contendo no campo destinado às Informações Complementares ou, em sua falta, no corpo da Nota Fiscal as expressões:

I – ‘DOCUMENTO EMITIDO POR ME OU EPP OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL’; e

II – ‘PERMITE O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALOR DE R\$...; CORRESPONDENTE À ALÍQUOTA DE ...%, NOS TERMOS DO ART. 23 DA LC 123/06’, quando o destinatário não for optante pelo Simples Nacional”.

Ou seja, o crédito fiscal tomado pela autuada/adquirente possui a devida base legal, razão para a exclusão do mencionado documento.

Desta maneira, à vista de qualquer outro argumento adicional, a autuante excluiu o mencionado documento fiscal, remanescendo os seguintes valores na autuação, na forma do demonstrativo de fl. 196:

2014

Fevereiro R\$ 135,00

Abril R\$ 786,80

No mérito da infração 03, importante se consignar que o registro dos documentos fiscais na escrituração fiscal da empresa se apresenta como obrigação acessória da mesma, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

[...]

Tendo a defesa apresentado documentos de fls. 63 a 189, consistente na escrituração fiscal apresentada (EFD), notas fiscais de devolução, outras situações elencadas pela empresa, a autuante, em sede de informação fiscal ajustou o lançamento, elaborando novo demonstrativo de débito, diante das exclusões realizadas.

Ainda assim, remanesceram notas fiscais não registradas, o que concorreu para a manutenção parcial da infração.

O fato do contribuinte, apesar de intimado, não se manifestar, representa concordância tácita com os ajustes

realizados, o que supriu o pedido de realização de diligência fiscal pela defesa, razão adicional para que tenha como corretos os ajustes efetuados, e me alinhe aos novos valores, tornando a infração parcialmente procedente em 20.366,68, na forma do demonstrativo abaixo, cópia do inserido às fls. 197 e 198 dos autos:

[...]

Por tudo quanto exposto, tenho o lançamento como procedente em parte, no montante de R\$21.288,48, de acordo com a seguinte demonstração:

Infração 01 R\$ 0,00 Improcedente

Infração 02 R\$ 921,80 Procedente em Parte

Infração 03 R\$20.366,68 Parcialmente Subsistente

No Recurso Voluntário, de fls. 231 a 240 dos autos, o recorrente aduz que, em sede de informação fiscal, a autuante reconheceu parcialmente as razões de defesa, determinando o prosseguimento da exação no importe de R\$ 21.279,49, sendo R\$ 921,80 relativa à infração 2 e R\$ 20.357,69 à infração 3, tendo o apelante se manifestado sobre a informação fiscal para que o Auto de Infração fosse ajustado ao valor já reconhecido pela autuante, porém com o prosseguimento do julgamento para que fossem improcedentes as aludidas infrações, atendendo ao consignado em sua impugnação, ou seja, com a realização de diligência. Contudo, a JJF cingiu-se a reduzir o Auto de Infração ao valor reconhecido pelo autuante, julgando improcedente a infração 1 e procedente em parte as infrações 2 e 3, nos valores de R\$ 921,80 e R\$ 20.366,68, sem considerar os demais elementos impugnatórios, negando o pedido de perícia técnica.

Em seguida, o sujeito passivo arguiu a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de direito de defesa (contraditório e ampla defesa), como também pela não realização da prova pericial solicitada, ensejando supressão de instância administrativa, sob o argumento de que, por diversas vezes, se manifestou pugnando pela realização de prova pericial por estranho ao feito, comprovando detidamente a sequência de equívocos constantes da autuação, o que, inclusive, foi objeto de reconhecimento parcial pelo autuante, cujo pleito pericial por estranho ao feito diz ser de direito do autuado, sob pena de aceitar como verdadeiros os fatos manifestados unilateralmente pelo autuante, sem crivo do contraditório.

Aduz que negar o julgamento objetivo do recorrente àqueles elementos na instância inaugural implica, além da violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em supressão de instância, o que eiva o processo fiscal de nulidade absoluta. Cita manifestação do CARF sobre o tema.

Diz que o cerceamento de defesa, ora apresentado, materializa a ocorrência de outro aspecto relevante, senão a supressão de instância administrativa, tendo em vista que assiste ao contribuinte o direito de ter julgamento integral e coerente de seu processo pelas diversas instâncias que lhe permite a lei. E, no caso, não tendo a instância inaugural apreciado a matéria de prova juntada à impugnação, não pode a matéria ser tratada pela instância superior, posto que, quanto a este aspecto, haveria supressão de instância, o que implica na violação direta ao corolário do devido processo legal e consequentemente aniquilando os princípios da ampla defesa e contraditório. Cita jurisprudência do CARF.

Assim, segundo o recorrente, pelos motivos elencados, “a” existência de vícios insanáveis no julgamento realizado em sede de 1ª instância administrativa, o que torna o acórdão guerreado nulo de pleno direito, devendo retornar à instância de origem para novo julgamento, após a adoção dos trâmites legais.

Ainda aduz que, na remota hipótese de ultrapassada a presente preliminar, no mérito também não subsiste razões para a procedência do lançamento. Por fim, pede a improcedência das infrações.

Pede que todas as intimações, inclusive da sessão de julgamento, sejam realizadas na pessoa do Bel. Walter Ney Vita Sampaio, OAB/Ba 17504, através do e-mail walterney@yahoo.com.br, ou através do endereço constante do rodapé da peça recursal, sob pena de nulidade.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Da análise da peça recursal, verifico que as razões se restringem a arguir a nulidade da Decisão recorrida sob o argumento de que a JJF não lhe deferiu o direito de produzir prova pericial por preposto estranho diverso da autuante, de modo a comprovar a sequência de equívocos constantes da autuação, implicando em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, assim como em supressão de instância, contaminando o processo fiscal de nulidade absoluta.

Assim, em que pese no epílogo da peça recursal o recorrente se reportar que “... *no mérito também não subsiste razões para a procedência do lançamento*”, há de consignar inexistir razões de mérito a serem analisadas, caso ultrapassadas as preliminares arguidas.

Inicialmente, deve-se registrar que a decisão de deferir ou não o pedido para realização de diligência ou perícia cabe, inicialmente, ao relator do processo, com posterior anuência do órgão julgador, e decorre de sua análise sobre a necessidade de tal procedimento para a formação da sua convicção e dos demais julgadores, diante dos elementos contidos nos autos, cabendo-lhe consignar os motivos do indeferimento no acórdão, cuja decisão denegatória não implica, necessariamente, violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e muito menos em supressão de instância, desde que justificados os motivos do não acolhimento para a realização da diligência ou perícia, cujas ferramentas, de elucidação e convencimento do órgão julgador, não caracterizam-se direito adquirido do contribuinte, devendo o mesmo demonstrar e motivar a sua necessidade para esclarecimento da lide.

No caso em análise, verifica-se que o sujeito passivo apresentou impugnação quanto às três infrações, conforme razões de defesa às fls. 17 a 25 dos autos, as quais defende serem improcedentes, razão de requerer diligência fiscal, *a ser realizada inicialmente pela própria auditora autuante*, para considerar as provas juntadas às fls. 58 a 189 dos autos.

Quando da informação fiscal, às fls. 193 a 195 dos autos, a autuante reconheceu: a improcedência da exação 1, já que o autuado comprovou que estornou os créditos reclamados; a procedência parcial da infração 2, eis que o sistema de fiscalização desconsiderou que a operação acobertada pela nota fiscal 1782 permite o aproveitamento do crédito de 12%, em conformidade com o art. 269, X, “a” do RICMS, reduzindo o valor de R\$ 965,86 para R\$ 921,80 da exação 2 e, quanto à infração 3, o autuado não comprovou que todas as notas fiscais contestadas foram devolvidas pelo cliente ou foram emitidas em duplicidade pelo fornecedor, sendo reduzido o valor de R\$ 24.809,49 para R\$ 20.357,69.

Por sua vez, instado a se manifestar sobre a informação fiscal, o contribuinte, às fls. 220 a 221 dos autos, diz que a autuante reconheceu as razões impugnatórias, determinando o prosseguimento da exação no importe de R\$ 21.279,49. Assim, reitera os argumentos de defesa e requer seja ajustado o Auto de Infração ao valor já reconhecido pela autuante, com “*o prosseguimento do julgamento para que seja o presente Auto de Infração julgado totalmente improcedente*”.

Sendo assim, diante de tais considerações, verifica-se inexistir qualquer violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e muito menos supressão de instância, o fato de a JJF concluir que:

O fato do contribuinte, apesar de intimado, não se manifestar, representa concordância tácita com os ajustes realizados, o que supriu o pedido de realização de diligência fiscal pela defesa, razão adicional para que tenha como corretos os ajustes efetuados, e me alinhe aos novos valores, tornando a infração parcialmente procedente em 20.366,68, na forma do demonstrativo abaixo, cópia do inserido às fls. 197 e 198 dos autos:

[...]

Desta maneira, fica prejudicado o pedido de diligência formulado, diante do atendimento de seus pleitos defensivos de mérito, apresentados em relação às infrações arroladas na peça defensiva apresentada.

Em consequência, rejeito o pedido de nulidade da Decisão recorrida, tese a que se circunscreve o Recurso Voluntário, visto que todas as razões de defesa foram analisadas, **não** tendo o sujeito passivo, quando instado a se manifestar, apresentado razões objetivas e pontuais sobre os valores remanescentes indicados na informação fiscal, limitando-se a reiterar razões de defesa, inclusive já acatadas, o que denota inexistir qualquer violação aos princípios: contraditório, ampla defesa e muito menos de supressão de instância.

Por fim, quanto a pretensão de que as intimações sejam realizadas na pessoa do Bel. Walter Ney Vita Sampaio, OAB/Ba 17504, através do e-mail walterney@yahoo.com.br, ou através do endereço constante do rodapé da peça recursal, sob pena de nulidade, recomenda-se que seja atendido o pleito do requerente, em que pese salientar que, nos termos do art. 108 do RPAF, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, **independentemente da ordem**.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281077.0004/19-8**, lavrado contra **NATURELIFE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 921,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de no valor de **R\$ 20.366,68**, prevista no incisos IX da mesma Lei e Artigo já citados, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 7 de fevereiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE– REPR. DA PGE/PROFIS