

PROCESSO - A. I. Nº 279266.0015/20-7
RECORRENTE - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0098-05/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0159-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS: **a)** ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO; **b)** ISENTAS. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO: **a)** ATIVO FIXO; **b)** CONSUMO. Razões recursais restritas à preliminar de nulidade do Auto de Infração. Inexiste violação ao princípio da verdade material, sendo apreciadas todas as alegações de defesa, em respeito aos princípios do contraditório e da verdade material, cujos valores remanescentes decorreram do acolhimento das razões de defesa quando da informação fiscal, de cujo resultado o contribuinte se manifestou e não apresentou qualquer fato novo. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2020, exige o débito no valor de R\$ 84.032,15, em razão da constatação de sete irregularidades, sendo objeto recursal as seguintes exações:

Infração 1: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de R\$ 27.243,17, na aquisição de material para uso/consumo, nos meses de janeiro de 2016 a agosto de 2017, novembro e dezembro de 2017.

Infração 2: Utilização indevida de crédito de ICMS de R\$ 4.918,10, na aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro, junho, outubro a dezembro de 2016; janeiro, março, novembro e dezembro de 2017.

Infração 5: Recolheu a menor ICMS de R\$ 37.445,19, por erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a setembro de 2016.

Infração 6: Deixou de recolher ICMS de R\$ 5.551,30, decorrente da diferença entre as alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de julho a setembro e novembro de 2016; janeiro e fevereiro de 2017.

Infração 7: Deixou de recolher ICMS de R\$ 2.501,72, decorrente da diferença entre as alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março, maio a dezembro de 2016; janeiro, março a dezembro de 2017.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 52.379,25, ao certificar inexistirem motivos para se determinar a nulidade do lançamento e indeferir o pedido de diligência fiscal, por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, tendo, no mérito, julgado procedentes em parte as exações 1, 2 e 5; procedentes as infrações 6 e 7, e improcedentes as infrações 3 e 4 (as quais não são objeto recursal), diante das seguintes considerações:

VOTO

[...]

No que tange ao mérito da autuação referente à Infração 01, que versa sobre a “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento”, verifico que, em sede da peça defensiva (fls. 43 a 56), o sujeito passivo arguiu que os produtos autuados não são utilizados no uso e consumo do estabelecimento, mas sim para embalar produtos que serão comercializados, e indicou tais

produtos na planilha denominada “Infração 01 – Defesa” enviada em meio magnético para o órgão preparador da repartição de origem conforme documento de fl. 42.

Por seu turno, na fase de informação fiscal (fls. 95 a 99), o autuante aceitou as alegações da defesa, e excluiu as mercadorias não destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, manteve a exigência fiscal sobre a mercadoria R00001227861-Margarina Pastela 15 KG, e reduziu o valor da infração de R\$ 27.243,17, para R\$ 5.872,44, conforme detalhado em tabela que inseriu na peça informativa.

Examinando as planilhas produzidas pelo autuante, tanto aquelas que deram suporte à lavratura do AI (fls. 08 a 12v), quanto aquela inserida na informação fiscal (fl. 95), constato que a maior parcela do crédito tributário exigido, se refere a aquisições de mercadorias (bandejas, etiquetas, sacolas, filme, etc.), destinadas a embalar os produtos que serão comercializados. Acolho a revisão levada a efeito pelo autuante, para reduzir o crédito exigido de R\$ 27.243,17, para R\$ 5.872,44. Infração 01 parcialmente subsistente, conforme tabela abaixo:

[...]

No tocante à Infração 02, que versa sobre a “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto”, verifico, que em sede da peça defensiva (fls. 43 a 56), o sujeito passivo arguiu que diversas mercadorias autuadas são tributadas no regime normal do ICMS, fato que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal, e indicou os produtos na planilha denominada “Infração 02 Análises”, enviada em meio magnético para o órgão preparador da repartição de origem conforme documento de fl. 42.

O autuante concordou com a defesa e excluiu as mercadorias tributadas comprovadas, reduzindo o valor da infração de R\$ 4.918,10, para R\$ 4.068,35, conforme detalhado em tabela que inseriu na informação fiscal (fls. 95 e 96).

Examinando as planilhas produzidas pelo autuante, tanto aquelas que deram suporte à lavratura do AI (fls. 13 a 16v), quanto aquela inserida na informação fiscal (fls. 95 e 96), constato que parte do crédito tributário exigido se refere a aquisições de mercadorias (damasco, nozes, pistache, etc.), que são tributadas, e, portanto, passíveis de creditamento do imposto destacado no documento fiscal. Acolho a revisão levada a efeito pelo autuante, para reduzir o crédito exigido de R\$ 4.918,10, para R\$ 4.068,35. Infração 02 parcialmente subsistente, conforme tabela abaixo.

[...]

Sobre a Infração 05, que diz respeito a “recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, verifico, que em sede da peça defensiva (fls. 43 a 56), o contribuinte arguiu que várias das mercadorias, objeto da infração, contam com isenção do imposto nas saídas internas (Fubá de Milho e Farinha de Milho), ou são tributadas pela alíquota de 7% (Milho Pipoca), conforme Parecer nº 08057/2011, de 26/04/2011, e Doc. 9 e “Doc. 10 – Infração 05 Defesa”, enviados em meio magnético para o órgão preparador da repartição de origem, conforme documento de fl. 42.

Sobre esta Infração 05, o autuante comprova a isenção e a alíquota de 7% das mercadorias indicadas pela defesa, e reduz o valor da exigência fiscal de R\$ 37.445,19, para R\$ 34.385,44.

Do exame das planilhas produzidas pelo autuante, tanto aquelas que deram suporte à lavratura do AI (fls. 23 a 24v), quanto aquela inserida na informação fiscal (fls. 97 e 99), e dos Doc. 9 e Doc. 10 – Infração 05 Defesa, enviados em meio magnético para o órgão preparador da repartição de origem (fls. 42), constato que parte do valor exigido nesta infração, decorreu da inclusão no levantamento fiscal de algumas mercadorias isentas ou tributadas pela alíquota de 7%. Acolho a revisão levada a efeito pelo autuante, para reduzir o crédito exigido de R\$ 37.445,19, para R\$ 34.385,44. Infração 05 parcialmente subsistente, conforme tabela abaixo:

[...]

No que concerne às Infrações 06 e 07, a defesa não apresenta no PAF elementos jurídico-probatórios capazes de elidi-las. Assim, considerando que na dicção do Art. 123, § 5º do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia à notificada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento, considero procedentes as Infrações mencionadas (06 e 07):

[...]

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, totalizando o valor histórico principal em R\$ 52.379,25 (cinquenta e dois mil, trezentos e setenta e nove reais e vinte e cinco centavos), assim distribuído (...):

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo apresentou, às fls. 132 a 135 dos autos, Recurso Voluntário, no qual alega nulidade da autuação por violação a princípios basilares do Processo Administrativo Fiscal, eis que o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em operações cujas regras de tributação foram fielmente seguidas pelo contribuinte, fato que culminou na exação de tributo de forma indevida, o que acaba por macular integralmente a

autuação.

Aduz que, nesse cenário, devem ser considerados todos os fatos e provas lícitos, ainda que não tragam benefício à Fazenda Pública. Diz que essa verdade é apurada no julgamento dos processos administrativos fiscais de acordo com a análise de documentos, perícias técnicas e na investigação dos fatos, sendo 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.

Defende 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.

Isso porque, no processo administrativo deve-se sempre buscar a verdade, em respeito também, a outro princípio de relevante importância, qual seja, o de 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 trazidos aos autos.

Assim, segundo a recorrente, 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.

Portanto, conclui-se que no processo administrativo a cognição deve ser ampla, apurando-se os fatos com o maior grau de aproximação da verdade possível. Desta forma, ao exigir-se ICMS indevidamente, a consequência foi a mancha com a pecha de nulidade sobre a integralidade da autuação, sendo a medida que se impõe, o decreto da anulação do Auto de Infração.

Diante de tais considerações, a recorrente requer seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário, para anular integralmente o Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento, via videoconferência, as Advogadas da recorrente, Dras. Marina Marques Gomes – OAB/DF nº 62.634 e Paula Carolina Ramos Fedenhagem Victória – OAB/SP nº 317.209, as quais exerceram o seu direito de sustentação ora.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir do sujeito passivo o ICMS em razão da constatação de sete infrações, tendo as razões recursais se limitado a tecer considerações genéricas, porém, restritas ao princípio da verdade material, sob a alegação de violar princípios basilares do Processo Administrativo Fiscal, e em consequência, manchar com a pecha de nulidade a autuação.

Da análise das acusações fiscais que remanesceram na Decisão recorrida, exações 1, 2 e 5 a 7 do Auto de Infração, e que poderiam constituir objeto da peça recursal, verifica-se que se tratam de: utilização de créditos indevidos decorrentes da aquisição de material de uso/consumo ou com isenção do imposto; da falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquotas e do recolhimento a menor do ICMS por erro na determinação da base de cálculo, todas devidamente apuradas conforme demonstrativos analíticos e sintéticos, às fls. 8 a 33 dos autos, como também em mídia eletrônica (fl. 35), cujos papéis de trabalho e arquivos foram entregues ao contribuinte, consoante recibos nos próprios documentos e “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, à fl. 34 dos autos.

Por outro lado, os valores remanescentes das referidas infrações decorreram do acolhimento das alegações de defesa pelo autuante, quando da sua informação fiscal, de cujo resultado fora

intimado o contribuinte para se manifestar (fl. 101), tendo o mesmo, através de sua advogada, às fls. 105 dos autos, consignado “... sua concordância com os novos valores apresentados, requerendo que as infrações sejam julgadas improcedentes nessa extensão”.

Portanto, verifica-se à exaustão a busca da verdade material, eis que, quando devidamente apresentadas as razões de impugnação e provas documentais, foram devidamente consideradas e acolhidas pelo preposto fiscal, assim como oferecida ao contribuinte a oportunidade de se manifestar sobre tal depuração, em cujo momento, não trouxe aos autos qualquer fato novo.

Saliente-se que diligências e perícias não se prestam a substituir o ônus do contribuinte de desconstituir a acusação fiscal, mas sim, da busca da verdade material quando o sujeito passivo se insurge à imputação e demonstra inconsistência do levantamento fiscal, mesmo por amostragem, o que motiva a diligência/perícia para a verificação do *quantum debeatur*. Porém, assim não procedeu o recorrente, ou seja, não demonstrou a existência de qualquer falha naquele momento em que foi intimado a se manifestar sobre os valores remanescentes apurados quando da informação fiscal, decorrentes dos acolhimentos das suas próprias razões de defesa. E pior, no seu Recurso Voluntário, igualmente, não apresenta qualquer fato novo ou prova documental que venha a desconstituir ou reformar os valores consignados na Decisão recorrida.

Assim, ao final, não tendo o sujeito passivo demonstrado a existência de qualquer equívoco cometido na ação fiscal, concluo insuficientes as razões recursais para elidir as acusações fiscais, as quais, repise-se, estão fundamentadas em demonstrativos onde constam números apurados na própria escrita do contribuinte, com dados completos da inteligência imputativa, cujos recibos foram entregues ao acusado, razão de concluir como corretos os dados apurados nos levantamentos fiscais, após as devidas adequações ocorridas quando da informação fiscal e decorrentes das próprias alegações e comprovações documentais apresentadas na peça de defesa, o que já denota a busca da verdade material, à exaustão, visto que o contribuinte, instado a se manifestar sobre os valores remanescentes, nada de novo apresenta, e na suas razões recursais limita-se a pedir nulidade do Auto de Infração, sob o manto do princípio da verdade material.

Portanto, concluo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais e que as alegações recursais não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, em respeito aos princípios do contraditório e da verdade material.

Do quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo 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 apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279266.0015/20-7**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 52.379,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 1º de junho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS