

A. I. Nº - 269141.0008/22-5
AUTUADO - SUPERMERCADO C & S LTDA
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - DAT NORTE - INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14/03/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0031-06/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS POR ISENÇÃO. b) MERCADORIAS COM IMPOSTO ANTECIPADO. c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. a) ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. b) ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SUPERIOR À OMISSÃO DE ENTRADA. b) ENTRADAS NÃO CONTABILIZADAS. PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO CONTABILIZADAS QUE POSSIBILITARAM O PAGAMENTO DAS ENTRADAS OMITIDAS. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO EM FUNÇÃO DO VALOR ACRESCIDO. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. POR ANTECIPAÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO NA ENTRADA DAS MERCADORIAS, MAS CUJAS SAÍDAS POSTERIORES FORAM TRIBUTADAS NORMALMENTE. Não foram trazidos aos autos argumentos quanto ao mérito, ou provas em sentido contrário ao das infrações arroladas no lançamento, razão para a sua manutenção. Não acolhidas as questões preliminares. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de junho de 2022 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 113.303,70, além de multas de 60% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **001.002.003.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, ocorrência lançada em abril, agosto e outubro de 2018, totalizando R\$ 430,15, bem como multa de 60%.

Infração 02. **001.002.005.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de julho a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, fevereiro a dezembro de 2019, no montante de R\$ 3.722,74, sugerida multa de 60%.

Infração 03. **001.002.040.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, sendo apurado imposto de R\$ 154, 26, multa de 60%, nos meses de outubro e dezembro de 2017, janeiro, abril, outubro e dezembro de 2018.

Infração 04. **002.001.002.** Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de setembro a dezembro de 2017, janeiro, fevereiro, abril a julho e outubro de 2018, janeiro, maio a julho, setembro e novembro de 2019, no valor de R\$ 1.718, 30, multa de 100%.

Infração 05. **003.002.002.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019. Imposição resultante: R\$ 17.163, 74. Multa de 60%.

Infração 06. **003.002.004.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de setembro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019, importando a exação em R\$ 1.523, 08. Multa de 60%.

Infração 07. **004.005.002.** Falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2017), sendo lançado imposto igual a R\$ 35.351, 12, multa de 100%.

Infração 08. **004.005.005.** Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2018 e 2019), resultando em lançamento de R\$ 11.010, 04, e multa de 100%.

Infração 09. **004.005.008.** Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2017, 2018 e 2019), no total de R\$ 2.687, 70, multa de 100%.

Infração 10. **004.005.009.** Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2017, 2018 e 2019), resultando em lançamento de R\$ 2.576, 36, além de multa de 60%.

Infração 11. 006.002.001. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, em junho, julho, setembro e outubro de 2017, janeiro a abril, setembro a novembro de 2018, março, maio e outubro de 2019, no valor de R\$ 19.063, 53, multa de 60%.

Infração 12. 007.001.001. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, em R\$ 6.569, 01, proposta multa de 60%, em agosto, novembro e dezembro de 2017, janeiro a setembro e novembro de 2018 e novembro de 2019.

Infração 13. 007.015.005. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de janeiro a maio, julho a dezembro de 2017, janeiro, março, abril, junho a dezembro de 2018, débito de R\$ 11.303, 67.

A autuada, por seus advogados devidamente constituídos nos termos do instrumento de fl. 77, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 60 a 75, onde argumenta após reproduzir as infrações e confirmar a tempestividade da peça apresentada, a título de preliminar, que como se confirma no Termo de Cientificação via Detém anexo (Doc. 04), o autuante encaminhou o Auto de Infração acompanhado de planilhas em formato PDF, e não em formato “tabela”, como determina o artigo 8º, § 3º, do RPAF/BA, copiado.

Informa que diante desse fato, em 22/08/2022, solicitou, via e-mail do Supervisor da Infaz Recôncavo, conforme orientação recebida via contato telefônico, o envio das mídias contendo todas as tabelas e demonstrativos do Auto de Infração em formato de planilha editável (XLS ou XLSX), com a consequente reabertura de prazo para apresentação de defesa (seguem, em anexo, o e-mail e a petição relativa ao pedido de mídias – Docs. 05 e 06).

Aponta ter sido o e-mail respondido pelo Supervisor da Infaz Recôncavo, o Sr. João Leite da Silva, em 23/08/2022, que apenas remeteu o requerimento a outro servidor (denominado “Agnaldo”), não enviando qualquer comprovante de protocolo do pedido e nem, tampouco, confirmação da reabertura do prazo para defesa.

Relata terem sido realizadas inúmeras ligações na tentativa de solicitar o andamento do pedido para o telefone da Inspetoria, bem como reiterado o pedido por e-mail (Doc. 07), uma vez que se aproximava o prazo para apresentação de defesa/pagamento com redução de multa de 90%, todavia, nenhuma delas obteve êxito.

Consigna que somente em 25/08/2022, o Inspetor da Infaz Recôncavo, via contato telefônico, informou que não seriam enviadas as mídias nos moldes solicitados (em formato tabela editável), sob a justificativa de que o autuante não possuiria os referidos documentos.

Ainda que não lhe coubesse tal conduta, assegura ter tentado converter as planilhas recebidas em formato PDF para o formato XLS, todavia, não obteve sucesso em sua tentativa, que resultou em arquivos absolutamente incompreensíveis, vide exemplos em anexo (Doc. 08), os quais, igualmente, não permitem o pleno exercício do seu direito de defesa.

Em vista da ausência das planilhas e tabelas em formato legível e editável, prejudicando o exercício do direito de defesa do Contribuinte, impõe-se o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, à exegese do artigo 18, II, do RPAF/BA, o que desde já requer.

Ante o cerceamento do direito à ampla defesa, caso não se entenda pela nulidade, impõe-se deferimento de diligência para verificar a questão pendente, conforme artigo 145, do RPAF/99, reabrindo prazo de defesa ao contribuinte.

Assevera decorrer prejuízo da falta de entrega dos demonstrativos do Auto de Infração em formato tabela (XLX ou XLSX), na forma determinada pelo artigo 8º, § 3º, do RPAF, inviabilizando a conferência do lançamento.

Em diligência fiscal, o assistente técnico deste CONSEF deverá trazer aos autos as referidas tabelas, demonstrando, com clareza, a infração cometida, o que se faz necessário para possibilitar o amplo exercício do direito de defesa e manter o lançamento a salvo de nulidades, arremata.

Uma vez feito o Auto de Infração a salvo de falhas, antes do julgamento, requer ainda seja reaberto prazo de defesa para possibilitar ao contribuinte o direito que lhe foi tolhido de realizar eventual pagamento dos valores cobrados com redução de 90% na multa.

Nesta oportunidade não pode exercer tal direito, diante do Auto de Infração nulo pela ausência de planilhas em formato “tabela”, sem as quais não pode exercer seu direito de conferir o lançamento em sua integralidade. Por isso requer, após diligência fiscal que traga aos autos todos os elementos necessários, a reabertura do prazo para defesa ou pagamento com redução de multa.

Ex positis, requer que seja acolhida a presente defesa para julgar-se pela nulidade do Auto de Infração, ante o cerceamento de seu direito de defesa.

Não sendo concedida a nulidade, requer, ainda, que seja determinada a realização de diligência, nos termos do tópico supra, reabrindo-se o prazo de defesa para lhe conceder nova oportunidade para apresentação de impugnação ou para pagamento de eventual cobrança remanescente com redução de multa.

Requer, também, o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como *custos legis*, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

Informação Fiscal prestada pela autuante à fl. 100, esclarece ter no momento de a intimação da empresa acerca da lavratura do Auto de Infração terem sido fornecidos todos os demonstrativos elaborados na auditoria em formato PDF, que entende suficientes para a apresentação da defesa.

Após transcrever o teor do artigo 8º, § 3º do RPAF/99, observa que o fornecimento de tabela vem acompanhado da conjunção ou.

Indica a solicitação para a diligência fiscal a ser feita por Assistente Técnico do CONSEF, e diz serem estas as colocações a serem apreciadas quando do julgamento.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 12/12/2022 (fl. 149), e encaminhados a este relator em 20/12/2022 (fl. 149-v), tendo sido devidamente instruído e considerado apto para julgamento.

Registrada a presença do Sr. Augusto Cézar Rosa Santos, CRC/BA 13.520, na condição de procurador da empresa, para fins de sustentação oral, na qual considera o PDF a impressão de texto executado, impossível de se editar, que se desconfigura quando da conversão.

Fala, ainda, quanto aos arquivos, grandes, não conseguem ser convertidos, não sendo o PDF arquivo texto ou tabela.

VOTO

O lançamento constitui-se em treze infrações arroladas pela fiscalização, relativas à cobrança de ICMS, objeto de impugnação pela empresa autuada.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da transmissão através do Domicílio Tributário Eletrônico de Termo de Início de Fiscalização, cuja ciência se deu de forma expressa em 13/04/2022, de acordo com o documento de fl. 19.

As planilhas que suportam a acusação se encontram às fls. 21 a 63 dos autos, e na mídia de fl. 64.

Já a ciência da lavratura do Auto de Infração ocorreu de forma expressa em 01/07/2022, na forma do documento de fl. 65, encaminhado via Domicílio Tributário Eletrônico.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da autuação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender sustentariam suas teses defensivas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da peça de impugnação apresentada.

Existem questões preliminares a serem apreciadas, o que passo a fazê-lo, iniciando pelo argumento de cerceamento do direito de defesa, em virtude de terem os demonstrativos elaborados pelo autuante sido apresentados à autuada em formato PDF.

Inicialmente cabe lembrar a disposição do RPAF/99 ao abordar a apresentação da peça de impugnação, que assim determina no seu artigo 123:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez;

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões, posteriormente, trazidos aos autos”.

Nenhuma das hipóteses acima ocorreu no caso concreto, consigno.

O autuante, quando da lavratura do Auto de Infração encaminhou os arquivos de todas as infrações, com indicação do período (ano), número da infração e demais dados, todos resultantes dos sistemas de Fiscalização da Secretaria da Fazenda, e em formato PDF, padrão dos programas utilizados, especialmente o SIAF utilizado no caso presente, sendo gerados de forma automática.

O artigo 8º, do RPAF/99, em seu § 3º, determina:

“§ 3º As peças processuais como defesa, Informação Fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de

armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada". (Grifei).

A conjunção “ou”, ali presente estabelece uma relação de alternância entre as orações ou os termos conectados, alternância que pode dizer respeito à incompatibilidade ou à equivalência entre eles.

Ou seja: diferentemente do alegado pela autuada, não é obrigatória a apresentação da peça processual em formato tabela, mas pode ser também apresentada em formato “texto”, como no caso presente, o que fragiliza a sua argumentação defensiva.

Passando a análise da mídia acostada pelo autuante à fl. 64, algumas observações são de extrema importância quanto a sustentação defensiva apresentada. Nela constam diversas pastas, com todos os dados necessários para análise das infrações, inclusive Notas Fiscais de entrada e saída, inclusive de consumidor, conhecimentos de transporte, enfim, todo um arcabouço documental necessário para a perfeita comprovação e conferência dos dados lançados, com extrema clareza e facilidade de consulta, diferentemente do alegado pela defesa.

Assim por exemplo para a infração 01, seu demonstrativo analítico se encontra na pasta “Auto”, e contém apenas cinco Notas Fiscais, para todo o período autuado, não trazendo qualquer dificuldade na indicação das mesmas, uma vez estarem presentes os elementos tidos como essenciais para a perfeita identificação das operações autuadas e a apresentação da defesa.

Tal demonstrativo apresenta as seguintes colunas: data, unidade da Federação, número do documento fiscal, sua chave de acesso, número do item que ensejou a autuação, seu código e descrição, NCM, base de cálculo e valor do ICMS devido.

Para a infração 02, foram lançadas trinta e duas notas, devidamente listadas pelo autuante, com suas chaves de acesso, listagem dos produtos autuados, e os mesmos dados da planilha da infração 01.

Por outro lado, as infrações 07, 08, 09 e 10, relativas ao levantamento de estoques em exercício fechado realizados, contém todos os elementos necessários para a perfeita análise das mesmas, apontadas por cada exercício autuado, com os demonstrativos de Resumo Geral das Infrações Apuradas (sintético), Lista Geral de Omissões (Analítico, contendo o código do produto, a unidade, descrição do mesmo, estoques inicial e final, saídas com Notas Fiscais, estoque final calculado, estoque final informado, índice de perdas do setor e seus valores, quantidades omitidas, preço médio e valor das omissões), Lista de Omissões, Antecipação sobre as Omissões de Entrada, ICMS Normal Solidariedade, Lista de Omissões de Entradas, Lista de Notas Fiscais de Entrada e de Saída, Lista de Preço Médio, Preços Médios das Omissões de Entrada, Lista Item dos Inventários, dentre outros tantos, todos eles apresentados documento a documento.

Já na infração 11, são apenas quinze documentos fiscais, com todas as indicações necessárias, como a data, número da Nota Fiscal, CNPJ do emitente, CFOP, número do item, código, valor do item, valor do desconto, IPI, outras despesas, base de cálculo, carga tributária original, dentre outras informações, sendo arrolados produtos como impressora térmica Bematech, computador, bobinas, sacarias, aparelho de telefonia celular, que se caracterizam como materiais de uso e/ou consumo, e do Ativo Imobilizado, sem que haja qualquer necessidade de conversão do formato do arquivo apresentado, para a sua perfeita e plena compreensão.

Não custa lembrar que todos os levantamentos foram realizados tomando como base os documentos fiscais emitidos e destinados à empresa, bem como a sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), cuja responsabilidade pelos dados transmitidos e a sua escrituração é exclusiva da empresa autuada.

Assim se constata que bastaria a abertura dos arquivos, independentemente de seu formato (word, excel, PDF, jpg ou qualquer outro), para se ter acesso fácil aos dados que sustentam e embasam o lançamento, contrariamente ao afirmado na impugnação apresentada.

Daí se conclui que o fato de terem sido os demonstrativos entregues em PDF não causou nenhum prejuízo a defesa do contribuinte, e quanto aos mesmos, como já firmado acima, se apresentam de maneira clara e inteligíveis, com todos os elementos que possibilitassem a empresa autuada analisá-los e efetuar a sua contestação, não procedendo o argumento de que não pode verificar quais documentos fiscais sustentaram a acusação ou de qualquer dificuldade para a sua compreensão ou elaboração da defesa.

Há então que se perquirir qual a dificuldade vislumbrada pela defesa, e qual o cerceamento de defesa ocorrido, a vista de tais exemplos, bem como qual a necessidade de se converter os arquivos em outro formato, se aqueles apresentados, gerados pelos sistemas de Fiscalização da SEFAZ, independentemente da vontade do servidor fiscal, atendem e se coadunam com a determinação contida no artigo 8º do RPAF/99?

Logo, com solar clareza se percebe inexistir qualquer das situações que possam ensejar a nulidade do procedimento, estabelecidas no artigo 18 do RPAF/99, o que afasta qualquer possibilidade de reabertura de prazo de defesa, de plano, afastada.

Quanto aos demais princípios do Processo Administrativo Fiscal tidos pela defesa como violados no presente caso, não posso acolher. As infrações estão delineadas de modo perfeito e claro, sem qualquer margem de dúvida quanto as acusações formuladas, os demonstrativos, como já registrado acima, foram entregues ao contribuinte, este pode vir aos autos para, caso assim desejasse impugnar as infrações, enfim, não vislumbro violação a qualquer dos princípios indicados na impugnação, estando o feito apto a ser apreciado e julgado no estado em que se encontra.

Assim, não acolho o pleito defensivo, rejeitando as colocações da defesa.

A propósito, esclareço ser o direito de ampla defesa uma importante garantia individual, decorrente dos princípios jurídicos da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, significando que não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e sem qualquer tipo de restrição, estando tal preceito insculpido no corpo constitucional quando da apreciação e determinação dos direitos e garantias individuais e coletivos, inserido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367), aponta que:

“O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada;

2- possibilidade de exame das provas constantes do processo;

3- direito de assistir à inquirição de testemunhas;

4- direito de apresentar defesa escrita” (Grifei).

E tanto tal direito foi garantido ao contribuinte, que este foi devidamente comunicado do lançamento, com todos os seus elementos, compareceu ao feito, apresentou as suas alegações defensivas que entendia pertinentes, sem qualquer restrição para as infrações lançadas, evidentemente após o exame dos elementos do feito, ainda que em sua opinião o mesmo assim não entendesse, teve a oportunidade de desfiar os argumentos a seu favor, ou seja, exerceu tal direito sem qualquer limite ou restrição, o que sepulta o argumento posto.

Também foi obedecido o princípio do contraditório, até pela sua íntima relação de simbiose com o da ampla defesa, tendo Nelson Nery Costa assim entendido: *“O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela”*.

Assim, a acusação, diferentemente do entendimento da defesa, foi sim, provada, e se encontra devidamente embasada em elementos da própria escrituração fiscal do contribuinte, não tendo sido verificada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, reitero, estando preenchidos todos os requisitos de validade e eficácia do lançamento, e a possibilidade de atender aos requisitos previstos na legislação em vigor, mais um motivo para a rejeição do argumento trazido.

Relativamente ao pedido para realização de perícia/diligência, indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“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;

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;

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

c) a verificação for impraticável.

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.

A desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos contra e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (Notas Fiscais emitidas e recebidas e livros fiscais transmitidos pela EFD).

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, se prendeu a defesa em descabido argumento, quanto ao formato dos arquivos, já devidamente analisado e rechaçado, como feito alhures.

Ainda obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido se submete unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte.

Recente decisão do Ministro do STJ Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1887326/RS, datada de 25/03/2021, a respeito de tal tema, demonstra ainda ser este o atual entendimento da Corte, a se ver pelo seguinte trecho, ao falar do indeferimento de diligência:

“Tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada”.

Também merece menção a decisão, ainda no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, igualmente recente, eis que datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

Este julgador se encontra plenamente em condições, pois, de analisar e decidir o feito, sem que se faça necessária qualquer outra providência acessória.

Em relação ao pleito para que a PGE funcionasse no feito como *custos legis*, esclareço que na forma do artigo 118 do RPAF/99, tem as seguintes atribuições e competências:

“Art. 118. Compete à Procuradoria Geral do Estado, mediante sua representação junto ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

I - emitir parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei:

a) no prazo de 10 (dez) dias, nos casos previstos pela legislação ou sempre que solicitado pela autoridade competente;

b) facultativamente, no prazo estipulado no Regimento Interno do CONSEF, nos processos de que pedir vista;

II - participar das sessões das Câmaras de Julgamento e da Câmara Superior, podendo:

a) intervir nos debates, opinando livremente sobre a lide, em igualdade de condições com a conferida ao sujeito passivo;

b) prestar os esclarecimentos que lhe forem solicitados por qualquer dos membros do colegiado ou pelo sujeito passivo;

c) propor as medidas que julgar convenientes;

III - interpor os recursos cabíveis;

IV - pedir vista dos autos, nos termos do Regimento Interno do CONSEF;

V - praticar os demais atos inerentes às suas funções”.

Como visto, estando o feito em julgamento de Primeira Instância, não há previsão para participação e/ou intervenção daquele órgão no feito, não sendo caso previsto na hipótese do inciso I, alínea “a”, do artigo 118 do RPAF/99, acima copiado, razão para o não acolhimento do pedido.

Analisando o mérito, constato que embora se apresentem os demonstrativos com a clareza e consistência devida, não vieram aos autos quaisquer argumentos em contrário ao lançamento, apesar das observações já feitas anteriormente quanto a falta de dificuldade na compreensão e entendimento dos mesmos, afastando o argumento de cerceamento de defesa, já devidamente enfrentado.

Logo, não resta qualquer análise a ser feita neste aspecto, exatamente diante da ausência de argumentos a serem enfrentados e analisados, o que me conduz, pelas expostas razões, a julgar o Auto de Infração como totalmente subsistente, tal como lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **269141.0008/22-5**, lavrado contra **SUPERMERCADO C & S LTDA**, devendo ser intimado o autuado efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 113.303,70**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 52.921,17, e de 100%, e R\$ 49.078,86, e dos acréscimos legais, além de 60% da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 11.303,54 previstas no artigo 42, incisos II e III, alíneas “a”, “d” e “f”, VII, alínea “a”, e III, da Lei 7.014/96, bem como os devidos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.857/05.

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 08 de fevereiro de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR