

PROCESSO	- A. I. N° 269141.0008/22-5
RECORRENTE	- SUPERMERCADO C & S LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0031-06/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 13/03/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0044-12/24-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. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2022, no valor de R\$ 113.303,70, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de abril, agosto e outubro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 430,15, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de junho a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018 e fevereiro a dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.722,74, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos

documentos fiscais, nos meses de outubro e dezembro de 2017 e janeiro, abril, outubro e dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 154,26, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 02.01.02: 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 e janeiro, maio a julho, setembro e novembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.718,30, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho a dezembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 17.163,74, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de junho a dezembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.523,08, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 - 04.05.02: 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 de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 35.351,12, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 - 04.05.05: 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, em 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.040,04, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 09 - 04.05.08: Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2017 a 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.687,70, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 10 - 04.05.09: 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 nos exercícios fechados de 2017 a 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.576,36, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 11 - 06.02.01: 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, nos meses de junho, julho, setembro e outubro de 2017, janeiro a abril e setembro a novembro de 2018 e março, maio e outubro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 19.063,53, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 12 - 07.01.01: 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, nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2017, janeiro a setembro e novembro de 2018 e novembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.569,01, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 13 - 07.15.05: 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, nos meses de janeiro a maio e julho a dezembro de 2017, janeiro, março, abril e junho a dezembro de 2018 e janeiro, março, abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2019, sendo aplicada multa no valor de R\$ 11.303,67, correspondente a 60% do valor do ICMS não recolhido, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A 6ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0031-06/23-VD (fls. 107 a 116), com base no voto a seguir transscrito:

“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, contêm 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, valos do desconto, IPI, outras despesas , base de cálculo , carga tributária origina , 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.

Dai 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 Nélson 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.

Analizando 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.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 130 a 137), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, onde suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa em razão de não terem sido apresentados em formato texto ou tabela, mas em PDF, desrespeitando o § 3º, do Art. 8º do RPAF/99.

Alegou que o formato PDF sequer corresponde ao formato texto, por não ser executável em qualquer aplicativo de edição textual (a exemplo do Word e Bloco de Notas).

Relatou que é um supermercado, que atua com venda no varejo de inúmeros itens, de diversas marcas e tamanhos, realizando milhares de operações por dia, com o aumento exponencial da



complexidade do trabalho, e que há 4 (quatro) infrações relativas a levantamentos quantitativos de estoques, cuja verificação demanda extensos testes de hipóteses, como a modulação de unidades de medidas, denominação de itens e códigos, cruzamento de totais de inventário com notas fiscais de entrada e saída, conforme escrituração fiscal e registros internos, além de confronto entre as planilhas da autuação e apuração interna.

Requer a nulidade do Auto de Infração, com base no Art. 18, II do RPAF/99, e o funcionamento da Procuradoria Fiscal no presente processo administrativo como *custos legis*.

Registra a presença na sessão de videoconferência, Dra. Neila de Almeida Lima que exerceu o seu direito regimental de fala em defesa da recorrente.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão de diversas infrações relacionadas no Relatório.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa em razão dos demonstrativos não terem sido apresentados em formato texto ou tabela, mas em PDF.

Preliminamente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma comprehensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Ressalto que há dois tipos de arquivos PDF, os que são gravados como imagem e não permitem edição e os que são gravados como texto, permitindo a edição, que é o caso dos anexos a este Auto de Infração.

Portanto não foi desrespeitado o § 3º, do Art. 8º do RPAF/99.

Não foram efetuados questionamentos acerca do mérito das infrações apontadas.

Diante do exposto, afasto as nulidades suscitadas e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 o Auto de Infração nº 269141.0008/22-5, lavrado contra SUPERMERCADO C & S LTDA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 102.000,03, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 52.921,17 e de 100% sobre R\$ 49.078,86, e dos acréscimos legais, previstas no Art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de R\$ 11.303,54, prevista no inciso II, “d” da citada Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 7 de fevereiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS