

A. I. Nº - 274068.0022/22-2
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S. A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 22/11/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL.**ACÓRDÃO JJF Nº. 0307-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 1. NOTA FISCAL LANÇADA EM DUPLICIDADE. 2. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. 3. APROPRIAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. 4. USO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. ALÍQUOTA DIVERGENTE DA CORRETA. 5. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL. Autuação obedeceu aos princípios do processo administrativo fiscal, inclusive o da verdade material, não se constituindo em presunção, estando estribada em farta e completa documentação comprobatória do cometimento das infrações. O sujeito passivo não trouxe qualquer, elementos em sentido contrário ao da acusação formulada ou prova que viesse a desconstituir as infrações. Não acolhidas as arguições a título de preliminar. Negado o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 06 de dezembro de 2021 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 41.671,96, além de multas de 60% pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **001.002.020**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, no mês de julho de 2018, no valor de R\$ 7.698,96.

Complementa a autuante: *“Tudo conforme o ANEXO 1 - CRÉDITO INDEVIDO - NOTA LANÇADA EM DUPLICIDADE - 2018, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético.*

Anexos: *REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e”.*

Infração 02. **001.002.026**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução da base de cálculo do imposto, no montante de R\$ 155,18, para ocorrências nos meses de novembro e dezembro de 2018.

Diz a autuante, de forma complementar: *“O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subsequente beneficiada com redução da base de cálculo, utilizando base de cálculo superior ao estabelecido na legislação. Tudo conforme com o ANEXO 2 - CRÉDITO INDEVIDO - REDUÇÃO DA BASE - 2018, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS*

ACÓRDÃO JJF Nº. 0307-06/24-VD

DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e”.

Infração 03. 001.002.040. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais nos meses de janeiro a dezembro de 2018, tendo a autuante em complemento dito que “*O contribuinte lançou no REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS crédito maior do que o destacado no documento fiscal. Tudo conforme com o ANEXO 3 - CRÉDITO INDEVIDO - DIVERGÊNCIA EFD x NF-e - ENTRADA - 2018, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e”.* Lançado imposto de R\$ 20.562,52.

Infração 04. 001.002.040. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, resultando em crédito reclamado de R\$ 419,23, relativo aos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2018.

A título de informação consta a afirmação de que “*O contribuinte lançou crédito utilizando alíquota com valor divergente ao que estabelece a legislação, implicando em crédito superior ao devido. Tudo conforme ANEXO 4 - CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERSA (CFOP x UF) - 2018, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e”.*

Infração 05. 001.002.042. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, totalizando imposto de R\$ 12.836,07, para ocorrências em junho a agosto, novembro e dezembro de 2018.

Indica a autuante: “*O contribuinte lançou crédito referente aos conhecimentos de transporte que não constam no banco de dados da SEFAZ como autorizados para a IE: 102.946.189. Foi citado através da Intimação 3 para apresentar os conhecimentos de transporte para comprovar o direito ao crédito. O contribuinte não se manifestou.*

Tudo conforme o ANEXO 5 - DEMONSTRATIVO DE CT-e NÃO LOCALIZADA - 2018, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético.

Anexos: Intimação 3, REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético”.

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, constituídos nos termos do instrumento de fls. 48 a 51, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 40 a 46, onde, após síntese da autuação, argumenta que ao analisar o relatório do lançamento e os arquivos que o compõem, encontrou inconsistências que demonstram que a imposição fiscal é improcedente, motivo pelo qual passa a tecer suas razões de defesa.

Primeiramente, em arguição de nulidade das infrações, pontua ser cediço que a tributação somente pode se apoiar em fato certo, decorrendo a obrigação tributária da ocorrência do evento *in concreto*, na forma como previsto pela norma *in abstracto*. Nesse sentido, pode-se afirmar que a atividade fiscalizadora e o processo administrativo fiscal têm por função precípua a busca da verdade material e o controle dos atos praticados pelos contribuintes a fim de verificar o cumprimento de seus deveres fiscais. O centro da função da atividade fiscalizatória consiste em examinar a esfera fática, fenomênica, baseando-se em dados concretos que imponham a exigência tributária.

Desta forma, sendo a busca de provas concretas da ocorrência do fato impositivo o cerne da conduta fiscalizatória, considera nítido que, no presente caso, a Fiscalização falhou gravemente em sua atribuição, eis que deixou de averiguar a veracidade dos fatos ocorridos para se basear em meras suposições que lhe conduziram a conclusões precipitadas e equivocadas, garante.

Mostra que o ponto da presente autuação diz respeito a uma questão estritamente de fato, que consiste fundamentalmente em saber em que consistiram as operações (e suas especificidades) realizadas e que geraram o suposto creditamento indevido, para, só então, identificar a legislação aplicável à hipótese e eventualmente apurar possível irregularidade cometida pelo contribuinte.

Assevera que em lugar de averiguar a efetiva ocorrência de infração à legislação tributária, o Fisco preferiu valer-se de uma singela confrontação entre os valores declarados pela empresa e as notas fiscais emitidas nas mesmas competências, para, com lastro em uma mera presunção, constituir os créditos tributários de ICMS ora atacados, não obstante dispusesse de plenas condições, inclusive e especialmente documentais, de investigar a efetiva ocorrência do fato gerador do imposto.

Lembra que se havia algum indício de que descumprira a legislação de ICMS a que estava obrigada, cumpria à autuante, certamente, avaliar os elementos de prova que pudessem elucidar a questão de fato, sendo-lhe evidentemente defeso proceder à autuação com base em uma presunção.

Diz ser uma presunção, exatamente por sua precariedade, que não pode vir desacompanhada da efetiva investigação dos fatos, fundamentalmente quando a Fiscalização, tal como se tem no caso presente, dispunha de todos os elementos necessários para confirmar a suposta infringência à legislação do imposto.

Fala não existir espaço para elucubrações quando se mostre possível averiguar, com segurança e certeza, a ocorrência líquida e certa do fato que a Fiscalização apenas presume ter ocorrido, do contrário, em sendo omisso o Fisco Estadual na execução de seu mister, resta desautorizada a exigência fiscal diante da incerteza quanto à efetiva ocorrência do fato impositivo.

Tem como certo se afirmar que o entendimento fiscal que deu azo à presente cobrança se afasta da legalidade estrita em matéria tributária, à medida que, a par da suposta inconsistência identificada no curso da ação fiscal, a Fiscalização não comprova a subsunção do fato à norma e, nesta presunção, viola o Código Tributário Nacional.

Argumenta que como ninguém haverá de discordar, não há espaço, dentro da legalidade tributária, para autuações (como a presente) baseadas em meras presunções ou indícios de ocorrência do fato gerador da obrigação: é necessário que haja prova incontestada da ocorrência do fato gerador. E, como também não há dúvida, essa demonstração segura da ocorrência do fato gerador tributário é obrigação que se incumbe à autuante.

Nesse sentido, destaca a manifesta ilegalidade do ato administrativo levado o efeito pela autuante, representada no Auto de Infração ora impugnado, o qual não atende à previsão legal prescrita pelo artigo 142 do CTN, reproduzido.

Da leitura de tal dispositivo, constata que o lançamento fiscal tem por objetivo “*verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente*”, para, assim, “*determinar a matéria tributária*” e ainda “*calcular o montante do tributo devido*”.

Indica que no caso, o lançamento consubstanciado no presente Auto de Infração não logrou êxito neste sentido, pois a Fiscalização não se utilizou, como era seu dever funcional, de seu poder de investigação para verificar se, na hipótese, ocorreu ou não o fato gerador do imposto estadual.

Sendo assim, ressalta não haver como se escapar à conclusão de que a autuação ora atacada é nula de pleno direito, por negar observância aos requisitos impostos pelo artigo 142 do CTN, haja vista que a autuante não procedeu às verificações necessárias relativas à ocorrência efetiva do fato gerador do ICMS, partindo, tão somente, de presunções que não condizem com a realidade dos fatos ocorridos e comprovados pela empresa.

Isto posto, tendo em vista a flagrante fragilidade que inquina o lançamento fiscal, que não se reveste de uma mínima segurança quanto à prática do fato gerador do ICMS que se pretende imputar, conclui que a autuação fiscal combatida se distanciou sobremaneira do princípio da busca da verdade material que norteia o processo administrativo fiscal, implicando a completa nulidade do Auto de Infração por força do artigo 142 do CTN.

Aborda ser o princípio da verdade material basilar do processo administrativo fiscal, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

Dessa forma, argui que o processo administrativo deve ser considerado como instrumento de garantias à efetivação dos direitos fundamentais do contribuinte relacionados à Administração Pública para enfrentar os conflitos de interesses entre ambos.

No caso presente, sustenta ter a Fiscalização cometido diversos equívocos ao lavrar a autuação, na medida em que exige tributo com base em dados de apuração incorretos.

Tudo isso culminou na exigência de tributo de forma indevida. E caso haja a manutenção da cobrança, haverá lesão ao patrimônio da Impugnante, pois se verá obrigada a recolher imposto sem causa.

Nesse cenário, portanto, devem ser considerados todos os fatos e provas lícitos, ainda que não tragam benefício à Fazenda Pública. Essa verdade é apurada no julgamento dos Processos Administrativos Fiscais de acordo com a análise de documentos, análise de perícias técnicas e na investigação dos fatos. É 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, arremata.

Assim sendo, entende 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.

Justifica diante do processo administrativo dever sempre buscar a verdade, em respeito (como disposto até o momento), também, a outro princípio de relevante importância, qual seja, o do interesse público. A Autoridade Administrativa, portanto, pode (e deve) buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento, promovendo diligências averiguatórias e probatórias que contribuam com a maior aproximação da verdade, podendo se valer de outros elementos além daqueles já trazidos aos autos.

Assim, como exposto em todo esse tópico, aduz que a análise no procedimento de fiscalização deveria ter sido realizada com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não considerando no levantamento, fatos que não confirmam a possibilidade de exigência do tributo.

Conclui, portanto, que no processo administrativo a cognição deve ser ampla, apurando-se os fatos com o maior grau de aproximação da verdade possível, sendo a medida que se impõe, o decreto de nulidade do lançamento.

Diante do exposto, requer seja dado integral provimento à presente impugnação, anulando-se o Auto de Infração ora combatido, com o consequente cancelamento da exigência fiscal nele perpetrada.

Informação Fiscal prestada pela autuante às fls. 79 a 82, após resumir a acusação e os argumentos defensivos, firma posição de que a impugnação, basicamente, alega que a fiscalização deixou de averiguar a veracidade dos fatos ocorridos para se basear em meras suposições que lhe conduziram a conclusões precipitada e equivocadas e solicita diligência, a considerando meramente protelatória.

Assevera que as descrições das infrações são claras e objetivas, os demonstrativos e anexos comprovam a verdade material de que a impugnante cometeu as irregularidades fiscais reclamadas no respectivo Auto de Infração.

Aponta não terem sido apresentados elementos de prova que pudessem elidir as infrações, não se fazendo necessária a diligência requerida, pois constam no processo todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Por esta razão ratifica as infrações.

Conclui que por tudo quanto aqui exposto mediante as considerações apresentadas, a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações deve ser mantida, e o presente Auto de Infração julgado procedente.

Os autos foram encaminhados para o CONSEF em 21/03/2023 (fl. 84), recebidos no órgão julgador em 23/03/2023 e protocolados para o relator em 29/05/2024 (fl. 84-v), sendo devidamente instruído e considerado apto a ser levado a julgamento.

Registrada a presença da ilustre autuante, que em sua sustentação oral ratifica a autuação, diante do fato de não ter a defesa atacado o lançamento de forma eficiente e o mesmo contém todos os requisitos legais, razão para a ratificação do Auto de Infração, sendo desnecessária a diligência requerida.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, e objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico constar à fl. 07 dos autos, transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico, de Termo de Início de Fiscalização, cuja ciência se deu de forma expressa em 17/10/2022, iniciando a ação fiscal. Às fls. 08 a 14 constam intimações específicas dirigidas a autuada, inclusive quanto a Conhecimentos de Transporte arrolados na infração 05. A memória de cálculo da autuação se encontra impressa às fls. 15 a 25 e em formato digital na mídia de fl. 26.

A 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 do percentual 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.

A empresa 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 elidiriam a mesma, que serão analisados em seu devido tempo, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação.

Existem questões preliminares a serem apreciadas, não sem antes apreciar o pedido para realização de diligência, questão prejudicial suscitada, o qual indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alíneas “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 para a empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais recebidas e livros fiscais transmitidos pela EFD), os quais também se encontram em poder da SEFAZ, o que dispensa qualquer apresentação ao contribuinte, pois este transmitiu os arquivos SPED correspondentes.

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa quais seria o objetivo da diligência, e o que deveria ser devidamente analisado quando do seu deferimento, acaso acatado.

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, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

Como exemplo, posso mencionar trecho do voto prolatado pelo STJ no RESP 1.519.662/DF, em julgamento ocorrido em 18/08/2015 na 6ª Turma, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura assim se pronunciou a respeito:

“A jurisprudência desta Corte 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, pois o

ACÓRDÃO JJF Nº. 0307-06/24-VD

magistrado é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes”.

Decisão do Ministro do STJ Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1.887.326-RS, datada de 25/03/2021, 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”.

Em acréscimo a tal posição, posso, por sua pertinência e oportunidade, invocar decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em decisão da 2ª Vara de Fazenda Pública de Camaçari publicada em 10/08/2020, no Diário de Justiça do Estado da Bahia, fl. 1803, referente ao processo nº 8019046-37.2019.8.05.0039, onde figuram como partes, de um lado, Petróleo Brasileiro S A, Petrobrás, e do outro o estado da Bahia, no seguinte sentido:

“No que pertine à alegação de nulidade do processo administrativo fiscal em decorrência do indeferimento da realização de diligência fiscal, é de se salientar que o art. 147, incisos I, a, e II, b, do Decreto 7.629/99 autorizam o relator a indeferir pedidos de diligência e perícia fiscais quando os mesmos, à luz dos elementos de convicção constantes dos autos, se mostrarem desnecessários à solução da questão.

Da mesma forma, a jurisprudência entende pela ausência de violação à ampla defesa no contencioso administrativo fiscal quando o pedido de perícia ou de diligência forem indeferidos por serem desnecessários ao julgamento.

Neste sentido:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDIMENTO COMUM. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO. PROVA PERICIAL. PRODUÇÃO. INDEFERIMENTO. MEDIDA DISPENSÁVEL. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. TUTELA DE URGÊNCIA.

Não se verifica ilegalidade por parte do Fisco quando indefere a realização de perícia contábil na situação em que a medida é dispensável, já que por meio dela o contribuinte pretende tão somente novo exame a respeito dos documentos já constantes dos autos, sem que tal exame exija conhecimento técnico especial além do já dominado pelas partes, notadamente pelos auditores fiscais. ” (TRF – 4ª Região, Agravo de Instrumento 5025654-85.2019.4.04.0000, Segunda Turma, relator o desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, “25.9.2019 – negritos ausentes dos originais);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE FORMAL DO ATO ADMINISTRATIVO. EVENTUAL LAPSO MENOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE AFASTADA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E DE VERACIDADE DA ATUAÇÃO DOS AUDITORES FISCAIS. ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA DE PLANO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A agravante narra que se encontra com suas atividades empresariais inoperantes por conta da certidão positiva decorrente de auto de infração lavrado pelo Fisco Estadual, com fundamento na saída de mercadorias sem o devido recolhimento de ICMS, o que vem lhe acarretando graves prejuízos. O Juízo a quo indeferiu a tutela antecipada pleiteada na ação anulatória ajuizada pela recorrente, que almeja a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a expedição de certidão negativa ou positiva com efeitos negativos.

2. A fiscalização foi realizada por servidores pertencentes aos quadros da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, conforme prescreve a lei. A assinatura da emissão da ordem de serviço é fator menor, que não gera óbice à legitimidade e à compreensão dos elementos jurídicos constituintes do ato administrativo complexo, referente à autuação da empresa por infração tributária. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência firme quanto à impossibilidade de se declarar a nulidade do procedimento administrativo tributário e da própria Certidão da Dívida Ativa – CDA, quando se trata de imperfeições ocasionais que não prejudicam a defesa do contribuinte.

3. O Sistema de Levantamento de Estoques de Mercadorias (SLE), modalidade de levantamento fiscal, foi realizado em conformidade com o que dispõe o art. 92, caput e parágrafos, da Lei estadual nº 12.670/1996, correspondente ao art. 827 do Decreto Estadual nº 24.569/1997. Os auditores fiscais responsáveis indicaram em informação complementar todos os documentos, livros, impressos, papéis e arquivos eletrônicos que serviram de base à lavratura do auto de infração, em obediência ao que dispõe o art. 93, caput e parágrafos, da Lei estadual nº 12.670/1996. A agravante olvidou apresentar indícios suficientemente convincentes de que a atuação dos agentes públicos divergiu da legislação de regência.

4. Os agentes públicos atestaram que tomaram em consideração o teor do inventário de 31 de dezembro de 2006. Para afastar a presunção de veracidade da declaração da autoridade fiscal responsável, mostra-se imprescindível a análise de matéria fática a ser submetida à dilação probatória, durante a fase de instrução.

5. O art. 37 da Lei Estadual nº 12.732/1997, ressalva, que, ‘Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente o seu convencimento, podendo determinar as diligências que entender necessárias’. No tocante à alegação de cerceamento de defesa, bem se visualiza que o indeferimento da diligência se deu de forma fundamentada, havendo motivação que justifique a impertinência do pedido. O Fisco declarou que ‘não foi apresentado por parte da defesa nenhum dado ou informação capaz de descaracterizar o levantamento fiscal, motivo pelo qual o pedido deve ser indeferido’. Mesmo na seara judicial, o argumento da autora/gravante continua baseado em generalidades, sem especificar qual o ponto da auditoria que está em desacordo com a realidade objetiva de seus dados contábeis.

6. *Agravo de Instrumento conhecido e desprovido, mantendo-se a decisão agravada, com a recomendação ao juízo a quo de que imprima celeridade ao trâmite da ação de origem.*” (TJCE, Agravo de Instrumento 0620022-32.2016.8.06.0000, Segunda Câmara de Direito Público, relator o Desembargador Luiz Evaldo Gonçalves Leite, ‘D.J.-e’ de 09.8.2017).

Assentada a possibilidade de indeferimento da perícia/diligência fiscal, não logrou a parte embargante demonstrar nestes autos o desacerto do referido indeferimento. De fato, a embargante não demonstrou, sequer rasamente, quais questões poderiam ser solucionadas com a realização da dilação probatória no contencioso fiscal, limitando-se a efetuar afirmações genéricas no sentido de que a mesma se destinaria à ‘verificação dos fatos apontados em defesa’ (ID 37531651 – fl. 06) e que no ‘caso concreto, o exame da escrituração fiscal, com o levantamento das notas fiscais, confronto de informações entre o auto de infração e os elementos defensivos apresentados pela contribuinte teria permitido demonstrar que a multa não tinha cabimento com relação às notas fiscais objeto da defesa’ (idem – fl. 07).

Nestes termos, não esclarecida nos autos, sequer, qual seria a utilidade e quais incongruências da ação fiscal o pedido de diligência buscava esclarecer (muito menos demonstrada sua necessidade), não existe espaço para desconstituir a presunção de legitimidade e veracidade dos atos da Administração, em especial da Certidão de Dívida Ativa devidamente inscrita (art. 201 do C.T.N.)”.

De igual modo, no âmbito administrativo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), no Acórdão 2101-00.408 da 1ª Turma da 1ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento assim decidiu:

“A prova pericial protestada, além de não obedecer ao requisito legal, se mostra desnecessária vez que se prestaria apenas a trazer aos autos provas documentais que o recorrente deveria ter apresentado, não se sustentando as alegativas da sua imperiosidade, pois que, o seu objetivo seria o de comprovar a ocorrência de mera movimentação física de numerário, como também que as receitas tributadas no auto de infração estão compreendidas nas suas declarações de rendimentos. Isto porque, para que sejam trazidos aos autos tais elementos probatórios não é necessária a intervenção de perito especializado. Pois que são informações que podem ser aduzidas pelo próprio sujeito passivo, cuja averiguação da extensão probatória pode ser avaliada pelo julgador administrativo, cujos conhecimentos, pela própria atividade exercida, são capazes de abranger a matéria tratada.

Devendo-se ressaltar que a ação fiscal iniciou-se aos 14/12/2006, com lavratura do auto de infração aos 05/12/2007, razoável lapso temporal para o fiscalizado apresentasse as provas alegadas.

(...)

Com efeito, ainda que se quisesse amparar o requerente com os termos das alíneas do § 4º do supracitado artigo 16 do decreto nº 70.235, de 1972, que admite a juntada de prova documental após a impugnação somente quando respaldada pela impossibilidade de sua oportuna juntada pelos motivos ali elencados, não vislumbro possibilidade da ocorrência de força maior, não há fato superveniente, nem novos fatos ou razões trazidos aos autos, no caso em tela a justificar eventual impossibilidade da juntada da documentação no momento em que foi instado a tal pela Administração Tributária, ou pelo menos no momento da impugnação. (fls. 86/87)”.

Em sede preliminar, a autuada requer a nulidade da ação fiscal e do lançamento realizado, pelo entendimento de ter a autuante agido em desconformidade do princípio da verdade material, atuando por presunção, o que contrariaria o teor do artigo 142 do CTN.

Não posso acolher tal argumento, tendo em vista, não somente pelo fato de a autuação não estar calcada em presunção, cujas hipóteses constam enumeradas no artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, e que não se enquadram em nenhuma das situações elencadas na autuação, como, igualmente, diante de ter a autuante, quando do procedimento de auditoria buscado junto ao contribuinte autuado as informações e esclarecimentos necessários para que a verdade dos fatos aflorasse de maneira clara e insofismável, prova disso são as intimações de fls. 08 a 14, ainda que não contasse com as respostas da empresa, conforme, inclusive, consignado quando do lançamento.

Foi, portanto, plenamente atendida a busca da verdade, ainda que a autuada entenda de forma diversa.

No mérito, e em reforço aos argumentos acima postos, se percebe que as infrações estão perfeitamente delineadas e calcadas em farta documentação comprobatória, o que reforça o argumento quanto a solidez da acusação e a robustez do conjunto probatório, à vista dos demonstrativos elaborados, com todas as informações que propiciassem o pleno exercício do direito de defesa, bem como do contencioso.

Para a infração 01, temos duas Notas Fiscais comprovadamente lançadas em duplicidade: A primeira delas, é a de número 4482, com chave de acesso 1318.0601.1663.7200.0821.5502.3000.0044.8212.5592.2702, emitida em 05/06/2018, por LG Eletronics do Brasil Ltda., lançada na EDF do sujeito passivo em 14/06/2018 e 30/07/2018, respectivamente, sem que a defesa tivesse comprovado eventual estorno do crédito apropriado em duplicidade, ou qualquer outro evento que justificasse a apropriação dupla ocorrida, o que concorre para a manutenção da autuação.

A segunda Nota Fiscal é a de número 16.417, emitida por HI LOGISTICS BRASIL SERVICOS DE LOGISTICA LTDA. em 06/06/2018, e com chave de acesso 26180616417780000452550010000047601003065330, registrada em 14/06/2018 e 30/07/2018, igualmente não contestada pela defesa da autuada.

Estes fatos levam à inevitável procedência da infração 01.

Quanto a infração 02, que se reporta a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução da base de cálculo do imposto, o demonstrativo de fl. 16 indica ser a exação relativa a “PAPEL HIGIÊNICO MIMMO FD. 30M”, de NCM 4818.10.00, que o artigo 268 do RICMS/12, prevê:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XLIII - das operações internas com papel higiênico realizadas de estabelecimento industrial ou atacadista, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12 % (doze por cento) ”.

Na forma de consulta realizada junto ao endereço eletrônico da Receita Federal do Brasil, o estabelecimento autuado possui como atividade econômica principal “Comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios”, CNAE 46.91-5-00. Logo, aplica-se a redução de base de cálculo nas operações internas com tais produtos, motivo pelo qual, não tendo vindo aos autos qualquer elemento de prova de realização de operações que propiciassem o uso do crédito fiscal integral, nas operações em comento, a infração fica mantida.

Na infração 03, a cobrança recaiu sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, consoante demonstrado às fls. 17 a 21, onde constam o ano, mês, a data, o CNPJ de emitente, o número do documento, a chave de acesso da

Nota Fiscal, a unidade da Federação, o CFOP, o valor do ICMS na EFD e o valor do ICMS na Nota Fiscal, e o valor do crédito apropriado a maior.

Tais dados comprovam a infração, e à vista da ausência de elementos e argumentos defensivos refutando os termos da autuação, a mesma há de ser mantida no lançamento.

Quanto a infração 04, cujo demonstrativo se encontra acostado às fls. 22 e 23 dos autos, diz respeito também a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, pelo lançamento a crédito com alíquota divergente à estabelecida na legislação, demonstrada com clareza e de maneira indubitável quanto a acusação formulada, sendo listados o ano, mês, data, CNPJ, documento, unidade da Federação, CFOP, item, código, descrição do produto, dados da Nota Fiscal (base de cálculo, alíquota e ICMS), alíquota correta, ICMS calculado e diferença apurada.

Seguindo a mesma lógica quanto as infrações anteriores, o contribuinte não trouxe qualquer argumento defensivo em contraposição a acusação formulada, o que impõe a aplicação do artigo 143 do RPAF/99:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Infração mantida.

Por fim, na infração 05, a acusação diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, o que ensejou, inclusive, intimação específica ao contribuinte, sem resposta de sua parte, conforme se constata às fls. 09 a 13-v.

No demonstrativo de fls. 24 e 25, no qual constam, inclusive, as chaves de acesso dos documentos fiscais autuados, e que suporta a autuação, se confirma que os Conhecimentos de Transporte autuados ao se consultar o Conhecimento de Transporte 20 emitido por Center Cargo Manaus Transportes Internacionais Ltda., CNPJ 08.208.384/0001-44, junto ao Portal Nacional da Receita Federal, a informação para o mesmo, que possui chave de acesso 13-1810-08.208.384/0001-44-57-000-000.000.020-123.668.426-9 é de que *“CT-e inexistente na base nacional. Favor consultar este CT-e no site da SEFAZ de origem”*.

O mesmo ocorre com o CT-e 24.262, emitido em 19/07/2018, por Transjuca Transportes Rodoviários Ltda. CNPJ 08.772.132/0001-43, para o qual o endereço eletrônico da SEFAZ Santa Catarina informa *“Chave de Acesso não encontrado para o Ambiente de Produção na Consulta Pública do CT-e”*, para a chave de acesso 42180708772132000143570000000242621000309870.

Mesma resposta para o CT-e 24.123 emitido pela mesma transportadora, em 25/07/2018, com chave de acesso 42180708772132000143570010000241231000310692.

Assim, deveria a autuada apresentar os documentos que validariam a utilização do crédito fiscal, o que não fez, atitude que contribui para a manutenção da acusação e a subsistência da autuação em tela.

Nesse ponto, me socorro do ensinamento de Paulo Celso Bonilha (Da Prova no Processo Administrativo Tributário. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 1997, p. 90), *“As partes, portanto, não têm o dever ou obrigação de produzir as provas, tão só o ônus. Não o atendendo, não sofrem sanção alguma, mas deixam de auferir a vantagem que decorreria do implemento da prova”*.

Este foi o fato ocorrido no presente processo, por parte da empresa autuada.

No mesmo sentido, reproduzo trecho de julgamento do TIT (DRT-7 nº. 2.147/84, 6ª Câmara, Relator Tabajara Acácio de Carvalho, Ementa 0776), ainda atualíssimo: “O julgador deve ater-se ao que consta do processo e aos elementos existentes nele, e nunca às afirmações que as partes façam e não comprovem”.

Desta maneira, diante da ausência de qualquer elemento de prova em sentido contrário ao da acusação formulada, há de se aplicar o artigo 142 do RPAF/99:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Pelos motivos expostos ao longo do presente voto, o Auto de Infração é julgado PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **274068.0022/22-2**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S. A.**, devendo ser a empresa intimada a recolher ICMS no valor de **R\$ 41.671,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR