

A.I. Nº - 269511.0003/19-0  
AUTUADO - IMPERIAL ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA.  
AUTUANTE - LUÍS ANTÔNIO MENEZES DE OLIVEIRA  
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO  
PUBLICAÇÃO- INTERNET 11-03/2022-VD

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0029-02/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. **a)** AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. A autuada estando cadastrada no CAD-ICMS na atividade econômica principal CNAE – 4637-1/02 – Comércio atacadista de açúcar, não faz jus ao uso de crédito decorrente da aquisição de energia elétrica, como previsto no art. 309, inc. IV, alínea “b” do RICMS/2012. **b)** COM REPERCUSSÃO NA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Infração não contestada. **c)** EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não contestada. **d)** DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não contestada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. ICMS PARTILHADO – DEVIDO AO ESTADO DA BAHIA EM FUNÇÃO DA EC Nº. 87/15. Infração não contestada. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O VALOR INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS, NAS DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FICAS E/OU ARQUIVOS ELETRÔNICOS. Infração não contestada. Indeferido o pedido de perícia. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2019 para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 343.352,78, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas:

**INFRAÇÃO 01 – 01.02.18** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, referente aos períodos de janeiro, fevereiro e abril de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$ 111.512,77, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 1º, inc. III e § 2º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, inc. IV do RICMS/2012.

O autuante informa que: “*O contribuinte utilizou crédito fiscal ref. a energia elétrica, tendo efetuado os lançamentos nos Registros Fiscais da Apuração do ICMS, no campo Ajustes de créditos. Tudo conforme DEMONSTRATIVO-CRED INDEVIDO ENERGIA ELÉTRICA UTILIZ NA COMERCIO DE MERCAD\_RESUMO\_2017; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; e arquivos EFD (Escrituração Fiscal Digital), com os Registros Fiscais da Apuração do ICMS deles extraídos, todos gravados em mídia DVD anexo ao auto.*”.

**INFRAÇÃO 02 – 02.02.28** – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, referente aos períodos de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$ 74.405,43, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

O autuante informa ser: “Referente a lançamentos efetuados como Ajustes na Apuração do ICMS, em outros créditos, sob as rubricas de ‘Ativo Permanente’, dando a entender tratar-se de créditos oriundos de aquisições de bens para o ativo imobilizado da empresa. Tais lançamentos carecem de comprovação, notadamente quanto ao disposto no § 2º e inciso VII do art. 309 do Decreto 13.780/12 (RICMS/BA), pois não existem registros no CIAP na EFD do contribuinte.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO-CRED INDEVIDO COM REPERCUSSÃO NA OBRIG PRINCIPAL-RESUMO\_2016 e DEMONSTRATIVO-CRED INDEVIDO COM REPERCUSSÃO NA OBRIG PRINCIPAL-RESUMO\_2017; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), com os Registros Fiscais da Apuração do ICMS deles extraídos, todos gravados em mídia DVD anexo ao auto. “.

**INFRAÇÃO 03 – 01.02.40** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, apurado nos períodos de julho e agosto de 2016, no valor de R\$ 1.193,40, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, § 6º do RICMS/2012.

O autuante informa que: “Tudo conforme DEMONSTRATIVO-CRED FISCAL A MAIOR QUE O DESTAQUE NO DOC-ANALÍTICO\_2016 e DEMONSTRATIVO-CRED FISCAL A MAIOR QUE O DESTAQUE NO DOC-ANALÍTICO\_2016; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; e arquivos xml das NF-es com os correspondentes arquivos PDF dos DANFEs (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica) e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), com os Registros Fiscais de Entradas deles extraídos, todos gravados em mídia DVD anexo ao auto”.

**INFRAÇÃO 04 – 01.02.41** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, em dezembro de 2016, no valor de R\$ 1.067,31, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, § 7º do RICMS/2012.

O autuante informa: “Tudo conforme DEMONSTRATIVO-CRED FISCAL A MAIOR QUE O DESTAQUE NO DOC-ANALÍTICO\_2016 e DEMONSTRATIVO-CRED FISCAL A MAIOR QUE O DESTAQUE NO DOC-RESUMO\_2016; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; e arquivos xml das NF-es com os correspondentes arquivos PDF dos DANFEs (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica) e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), com os Registros Fiscais de Entradas deles extraídos, todos gravados em mídia DVD anexo ao auto”.

**INFRAÇÃO 05 – 02.01.28** – O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher o ICMS partilhado – devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto -, localizado em outra unidade da Federação, nos períodos de janeiro a julho, outubro e novembro de 2017, no valor de R\$ 796,14, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 49-C da Lei nº 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da Constituição Federal acrescido pela EC nº 87/2015 e Convênio ICMS 93/15.

O autuante informa: “Tudo conforme DEMONSTRATIVO-VENDA NÃO CONTRIBUIR OUTRO ESTADO REPARTIÇÃO RECEITA-ANALÍTICO\_2017 e DEMONSTRATIVO-VENDA NÃO CONTRIBUIR OUTRO ESTADO REPARTIÇÃO RECEITA-RESUMO\_2017; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; e arquivos xml das NF-es com os correspondentes arquivos PDF dos DANFEs (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica) e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), com os Registros Fiscais de Entradas deles extraídos, todos gravados em mídia DVD anexo ao auto”.

**INFRAÇÃO 06 – 03.01.04** – O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, nas declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, referente aos períodos de janeiro, março, julho, agosto e dezembro de 2017, no valor de R\$ 4.724,50, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 24 a 26, 32 e art. 34, inc. III da Lei nº 7.014/96 c/c art. 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332 do RICMS/2012.

O autuante informa que: “*O contribuinte escriturou notas fiscais de saídas com o valor do imposto menor que o efetivamente destacado nas notas.*

*Tudo conforme DEMONSTRATIVO-DÉBITO ESCRITURADO MENOR QUE DESTACADO NA NFe-ANALÍTICO\_2017 e DEMONSTRATIVO-DÉBITO ESCRITURADO MENOR QUE DESTACADO NA NFe-RESUMO\_2017; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; e arquivos xml das NF-es com os correspondentes arquivos PDF dos DANFEs (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica) e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), com os Registros Fiscais de Entradas deles extraídos, todos gravados em mídia DVD anexo ao auto “.*

**INFRAÇÃO 07 – 03.02.05** – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, referente aos períodos de fevereiro, abril a dezembro de 2017, no valor de R\$ 23.142,72, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 17 a 21 e art. 23 da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese).

O autuante informa: “*Tudo conforme DEMONSTRATIVO-DÉBITO ERRO DETERM BASE CÁLCULO-LISTA NOTAS E ITENS\_2017 e DEMONSTRATIVO-DÉBITO ERRO DETERM BASE CÁLCULO -RESUMO\_2017; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; e arquivos xml das NF-es com os correspondentes arquivos PDF dos DANFEs (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica), todos gravados em mídia DVD anexo ao auto “.*

**INFRAÇÃO 08 – 16.01.01** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente aos períodos de janeiro a março, maio a novembro de 2016 e janeiro a novembro de 2017, multa no valor de R\$ 119.537,78, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

O autuante informa: “*Tudo conforme DEMONSTRATIVO-MULTA\_NF-e ENTRADA NÃO LANÇADA NA EFD-ANALÍTICO\_2016, DEMONSTRATIVO-MULTA\_NF-e ENTRADA NÃO LANÇADA NA EFD-ANALÍTICO\_2017 e DEMONSTRATIVO-MULTA\_NF-e ENTRADA NÃO LANÇADA NA EFD-RESUMO\_2016 e DEMONSTRATIVO-MULTA\_NF-e ENTRADA NÃO LANÇADA NA EFD-RESUMO\_2017; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; e arquivos xml das NF-es com os correspondentes arquivos PDF dos DANFEs (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica); e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), todos gravados em mídia DVD anexo ao auto.”.*

**INFRAÇÃO 09 – 16.01.06** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, referente ao período de dezembro de 2017, multa no valor de R\$ 6.972,73, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

O autuante complementa: “*Tudo conforme DEMONSTRATIVO-MULTA\_NF-e ENTRADA NÃO LANÇADA NA EFD-ANALÍTICO\_2017 e DEMONSTRATIVO-MULTA\_NF-e ENTRADA NÃO LANÇADA NA EFD-RESUMO\_2017; planilha em Excel DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES; arquivos xml das NF-es com os correspondentes arquivos PDF dos DANFEs (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica); e arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), todos gravados em mídia DVD anexo ao auto “.*

No campo DESCRIÇÃO DOS FATOS, o autuante esclarece: “*A fiscalização foi realizada utilizando o Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, abrangendo os exercícios de 2016 e 2017, baseando-se pela EFD (Escrituração Fiscal Digital), nas NF-es (Notas Fiscais Eletrônicas) emitidas e destinadas ao contribuinte, nos CT-e (Conhecimento de Transporte Eletrônicos) tomados pelo contribuinte, além dos demais documentos apresentados pelo contribuinte conforme solicitado no Termo de Intimação.*

Cabe informar que o contribuinte foi intimado a retificar as EFDs dos períodos de fevereiro e março/2016, fevereiro/2017 e fevereiro/2018, as quais foram admitidas nos trabalhos de fiscalização.

Os Termos de Intimação, o Mandado de Fiscalização, o Termo de Intimação para Retificar EFD e os arquivos das EFDs e das NF-es que foram objeto de cobrança do imposto e multa estão todos gravados em mídia DVD anexo ao auto “.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 31 a 49, onde inicialmente faz a síntese dos fatos, reproduz as infrações e em seguida refuta todas elas, em razão de identificar uma sucessão de erros que diz terem sido cometidos pelo Auditor Fiscal.

Plota fotografias que entende comprovar que atua no ramo da indústria, não se tratando apenas de um atacadista como fez crer o Auto de Infração, pois compra embalagens e as utiliza no processo de produção no Distrito Industrial de Juazeiro, sendo que o autuante não observou que na atividade que desenvolve é plenamente possível o uso de crédito fiscal decorrente de aquisição de energia elétrica.

Faz um breve histórico da empresa, afirmindo que se separa sua “*vida empresarial*” em dois atos: um antes e outro depois dos “*fatídicos autos de infração realizados pelo fiscal*”, tornando a empresa refém deste tipo de prática, iniciando a partir daí o que denominou de “*via crucis*”.

Relata que está ligada ao ramo de alimentos, de mercadorias em geral, cesta básica, ou seja, de produtos isentos e não tributados, regularmente desenvolvendo sua atividade desde 2000, sempre honrando com suas obrigações comerciais, trabalhistas e tributárias, sendo responsável pela criação de inúmeros empregos e, por conseguinte, geração de renda para famílias e ainda impulsiona o desenvolvimento do estado da Bahia.

Registra ser necessária a revisão operacional da “*ferramenta auditor eletrônico*”, conforme requerimento de diversas entidades de classe, que implantou uma sistemática de auditoria em que as informações cotejadas do SPED, ou qualquer meio eletrônico fiscal, são validadas pelo contribuinte, por meio de notificação prévia, antecedendo inclusive o Auto de Infração, tudo para evitar autuação inconsistente, frente à existência de erros contábeis que não registram a operação de fato.

Pontua que no seu estabelecimento o maior volume de produtos comercializados são cestas básicas, e caso fosse detidamente analisados os documentos, se saberia, por exemplo, que as informações foram prestadas em março de 2016 na DMA, contrariamente ao que consta no Auto de Infração.

Ressalta que nas infrações 01 e 02, o autuante desconsiderou os créditos, e nas infrações 03, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, as notas foram lançadas, fato que sequer foi considerado pelo autuante, conforme documento que diz anexar.

Argui cerceamento de defesa, pela falta de capitulação legal, pela aplicação do método de fiscalização (*auditor eletrônico*) e pelo enquadramento legal, fundamentado em “*arbitramento fiscal*”.

Questiona o procedimento de fiscalização empregado, vez que o Auditor Fiscal descreveu a infração como “*Utilizando sistema integrado de auditoria fiscal – SIAF, abrangendo 2016 e 2017*”, e afirma que detectou a infração por meio de um “*novo*” sistema de auditoria eletrônica, porém, não traz o embasamento legal em que está amparada a normativa legal do “*famigerado sistema de auditoria eletrônica*”.

Assim, entende que este fato o torna incapaz de defender-se do sistema fiscal, por desconhecê-lo do ponto de vista legal e normativo, razão pela qual, requer a nulidade do Auto de Infração por flagrante violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, caracterizando manifesto cerceamento do direito de defesa.

Pugna que seja anulado o presente lançamento, e que seja determinada a lavratura de novo Auto de Infração, com capitulação legal aplicada ao sistema de auditoria eletrônica.

Adiciona aos argumentos para nulidade o fato do levantamento não detalhar os parágrafos e incisos associados aos artigos, e não aguardar a retificação da sua EFD, cujo prazo iria até o dia 12, sendo que os artigos mencionados, possuem parágrafos e diversos incisos com diversas alíneas cada.

Acrescenta que nas infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07 o Auditor Fiscal desconsiderou totalmente os créditos, pagamentos, notas fiscais etc., incorrendo novamente em erro, e, consequentemente, tornando o Auto passível de nulidade.

Conclui que a omissão fulmina o direito de defesa, posto que não se sabe a fórmula do arbitramento aplicado nas supostas infrações que lhe foram atribuídas. E mais, não há razão para imposição da sistemática pelo arbitramento, apesar de não se saber qual a sistemática utilizada para o demonstrativo ao final da apuração.

Conclui que diante de tais incongruências, é de se considerar nulo o Auto de Infração, em razão dos procedimentos adotados serem diversos do estabelecido, bastando ver que inexistem sob o processo de fiscalização qualquer motivo que conduza ao arbitramento das penalidades impostas.

Pontua que, como regra de exceção, o arbitramento deve ser interpretado restritivamente, sendo descabida qualquer interpretação dilatada do alcance da norma autorizadora. No exercício do poder-dever de fiscalizar do estado, apenas o impedimento do acesso às informações necessárias à verificação da ocorrência do fato imponível, legitima a incidência da norma permissiva da aferição indireta. Essa obstaculização pode derivar da simples recusa da entrega pelo contribuinte da informação, do extravio dos documentos de suporte, ou da evidente dúvida acerca da idoneidade dos esclarecimentos prestados pelo contribuinte.

Remata que o arbitramento não se aplica ao caso em discussão, devendo consequentemente ser julgado nulo o procedimento fiscalizatório que ensejou a presente autuação.

Relata que o auditor, para lavratura do Auto de Infração em combate, define o documento que acompanha as mercadorias como nota fiscal - DANFE inidônea, apontando, para tanto, apenas uma suposta divergência.

Destaca que todas as informações necessárias ao cumprimento da legislação constam nos documentos de EFD, DMA e DANFE, ou seja, não é uma interpretação isolada do auditor que alega divergência de codificação ou recolhimento a menor, que tornará um documento imprestável.

Aponta como equívoco do autuante, a unidade de venda, que corresponde exatamente a do produto, não existindo divergências que possam levar à inidoneidade do documento fiscal, ou recolhimento a menor do imposto, e muito menos resultar na impossibilidade de utilização de crédito. Ou seja, não houve qualquer ilegalidade neste procedimento, pois, se estivesse internalizado as mercadorias por caixas, deveria informar na nota fiscal “*o GTIN*” correspondente à caixa, sendo que emitiu as notas fiscais com a informação de produtos e quantidades, tendo protocolizado a retificação, que sequer foi analisada, queixa-se.

Assevera que a operação se deu por meio idôneo, pois, o documento contém todos os requisitos necessários, contábeis e legais, para ser considerado como tal. Prova disto é que o produto saiu da empresa, sem que houvesse qualquer tipo de indagação. Somente ao pedir retificação e, por conseguinte, autuar sem sequer aguardar o prazo da retificação que iria até 12/07/2019, é que o agente fiscal tratou de enxergar o que não existe: *DOCUMENTO INIDÔNEO, UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO DE ICMS, RECOLHIMENTO DE ICMS A MENOR ETC.*

Apresenta diversas questões, cujas indagações são acompanhadas de suas próprias respostas.

Observa ser a inidoneidade dos documentos fiscais um tema polêmico há décadas, sendo necessário, em alguns lugares, o estado regulamentar o entendimento sobre o tema e recolhimento do imposto em documento fiscal e sobre a alíquota do ICMS a ser utilizada na cobrança do imposto de mercadorias encontradas sem documento fiscal, ou sendo este inidôneo.

Pontua que nas considerações da “*Portaria mencionada*”, o então Secretário da Fazenda sustenta a necessidade de regulamentação da matéria, afirmando: “*Considerando as diversas interpretações sobre o conceito de documento fiscal inidôneo, bem como a necessidade de uniformizar procedimentos na ação fiscalizatória*”, orientação que não foi seguida pelo fiscal na realização da autuação e diz que os estados da Bahia, Sergipe e outros, não pactuam com o entendimento trilhado pelos fiscais, e vêm “*indeferindo diversos Autos de Infração*” por esta fundamentação.

Pondera que para assim entender, basta estudar a dicção dos artigos do Decreto nº 13.780/2012, ao sustentar a inidoneidade do documento fiscal ou erro no creditamento do ICMS, e soterrar definitivamente o Auto de Infração, transcrevendo a ementa do Acórdão CARF nº 201120151.

Repisa que no presente caso, não houve sonegação total ou parcial de impostos, pois, todo o tributo fora recolhido, e assim, diz ser patente a fragilidade do Auto, totalmente em descompasso com a legislação de regência, e com as decisões provenientes do Conselho de Contribuintes.

Ensina que a Constituição Federal confere aos estados a competência para instituir e arrecadar certos tributos e o Código Tributário Nacional em seu art. 151, elenca as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, portanto, enquanto, estiver em curso o processo na esfera administrativa o crédito tributário permanece suspenso, conforme jurisprudência copiada.

Caso superadas as preliminares, adentra no exame do caso, com o fito de ver reformada a “*decisão*” combatida, pois, ficará demonstrado que nunca houve entrada ou saídas de mercadorias sem documentação fiscal, mas, erro na escrituração fiscal digital, quando do conversor sob as vendas em cupom fiscal.

Conta que, sem circunlóquios (rodeios), fora intimada para realizar a retificação, mas, antes da retificação, fora surpreendida com o Auto de Infração, o que atenta contra o princípio da ampla defesa e contraditório, incorrendo a ação fiscal ilegítima, em manifesto cerceamento do direito de defesa. Ademais, diz ter feito a retificação no prazo devido, deixando patente a nulidade do Auto de Infração, isto porque, o Auditor Fiscal anexou uma planilha totalmente incorreta, não conferindo individualmente as notas, e sequer verificou os arquivos.

Relata que, com o advento da tecnologia, através da escrituração fiscal digital, as empresas não se encontram seguras com os procedimentos fiscais digitais e admite ter havido erro de conversão de alguns produtos, quando do envio das suas informações, posto que o sistema de conversão aplicou alguns poucos produtos, uma conversão quando comercializados em unidade caixa.

Evoca o princípio *in dubio pro contribuinte*, tema que andava distante dos debates tributários brasileiros, vez que muito do que pode ser avançado no tema, passa por uma visão mais complexa, ou seja, menos reducionista, cartesiana, mecanicista e determinista.

Defende que o primeiro obstáculo a ultrapassar é deixar de analisar o assunto sob a perspectiva da dualidade maniqueísta, “*fisco versus contribuinte*”, e parar de escolher um dos lados como se fosse o melhor, o mais importante. Assim, o princípio citado, deve ser compreendido como uma norma constitucional implícita e expressa no CTN, art. 112, que protege o direito fundamental de propriedade.

Pondera, acaso o órgão julgador entenda que há necessidade de outras informações para invalidar o Auto de Infração, requer a realização de perícia para conferir e atestar a falha do sistema e, em consequência, tornar insubstancial o Auto de Infração.

Reconhece que todo esse imbróglio pode ter sido causado por falha no envio das informações por meio da EFD, o autuante foi induzido a autuação, todavia, ver-se-á que não houve sonegação tributária, mas, talvez erro de procedimento contábil digital.

Justifica que o pedido de perícia contábil tem o propósito de buscar a justiça fiscal, frente ao fiel cumprimento de suas obrigações tributárias, amparado no princípio da verdade material, com a análise dos documentos não escriturados, cotejando com as informações da EFD.

Requer que seja conhecida as preliminares, anulando o Auto de Infração, em decorrência do enquadramento legal vago e impreciso, apontando apenas artigos, sem apresentar os parágrafos e incisos da norma infringida, cerceando a defesa, assim como a suspensão da exigibilidade.

No mérito, pede que seja julgado totalmente improcedente, por tudo que foi demonstrado, especialmente por não ter havido falta de recolhimento de ICMS ou outras infrações, referente as supostas operações não escrituradas nos livros fiscais.

Por fim, requer a designação de perícia contábil tendo em vista que a maioria dos produtos são isentos e não tributados, da cesta básica, que não foram levados em consideração, e para que seja explorada e analisada a existência de falhas na EFD, buscando comprovar qualquer equívoco da informação, que não se traduziu em sonegação fiscal e/ou falta de pagamento de imposto, e, caso exista falha, que seja apurado o valor correto do imposto.

Solicita ainda, que conste da autuação, expressamente, o nome do seu advogado que indica na defesa, do endereço profissional também citado, e que todas as notificações e publicações desse processo sejam enviadas, exclusivamente, para o referido advogado, sob pena de nulidade da notificação, conforme os termos do art. 271, § 2º do CPC.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 63 a 67, onde inicialmente reproduz os argumentos da defesa, as infrações e em seguida, refuta a arguição de nulidade por cerceamento de defesa, transcrevendo o texto constante no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS.

Registra que o contribuinte não necessita, tampouco é obrigado, a conhecer o sistema utilizado pelo Fisco na realização dos trabalhos de auditoria, por não existir norma legal que assim determine, sendo irrelevante para ele o sistema e/ou ferramentas utilizadas pela fiscalização, contanto que as infrações a ele imputadas estejam devidamente caracterizadas, demonstradas e comprovadas através de livros e documentos fiscais e contábeis.

Frisa que para nenhuma das nove infrações, foi adotada a sistemática do arbitramento da base de cálculo do imposto, tampouco do enquadramento legal e da multa a ser aplicado em cada infração, determinada pelo sistema oficial da SEFAZ, o Sistema de Lançamento de Crédito Tributário - SLCT.

Quanto a intimação para a retificação da EFD, mencionada na defesa, informa que dela o contribuinte teve ciência em 25/04/2019, com o prazo de trinta dias para o seu cumprimento, ou seja, 27/05/2019, sendo que neste prazo foram retificadas as EFDs de fevereiro/2016, fevereiro/2017 e fevereiro/2018, as quais foram acatadas e admitidas nos trabalhos de auditoria realizados, conforme arquivos gravados na mídia, fl. 14, em formato .PDF.

Salienta que as demais alegações da defesa são esparsas, sem especificar a qual infração se refere, sendo que todas as infrações imputadas estão perfeitamente caracterizadas, com descrição, enquadramento legal, demonstrativos analíticos e resumo do débito, arquivos *.xml* das notas fiscais eletrônicas com os correspondentes arquivos PDF dos DANFE's, arquivos da EFD, registros fiscais de entradas, saídas e apuração do ICMS deles extraídos, assim como demais elementos probatórios gravados na mídia, fl. 14.

Explica que constitui crédito fiscal o ICMS relativo às aquisições de energia elétrica, quando consumida no processo de industrialização, conforme alínea "b" do inc. IV do art. 309 do RICMS/2012. O contribuinte autuado sempre exerceu a atividade de comércio atacadista, sendo que no período fiscalizado, 2016 e 2017, a atividade principal é o comércio atacadista de farinhas, amidos e féculas, CNAE 4632-0/02, conforme histórico registrado no SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE – INC.

Descreve a industrialização como um processo caracterizado por qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto. O simples fato de fracionar algumas mercadorias e utilizar embalagens com a sua marca, não faz do sujeito passivo um estabelecimento industrial, pois, não há produção,

transformação ou beneficiamento de produtos que caracterizem atividade fabril. Tal fato pode ser confirmado nos livros fiscais da EFD.

Frisa que em nenhuma das infrações contidas no Auto de Infração, teve como pressuposto o uso pelo contribuinte de documentos fiscais inidôneos, descabendo qualquer argumento neste sentido.

Entende desnecessária a realização da perícia requerida, pois, na defesa não houve a identificação de qualquer erro cometido na lavratura do Auto de Infração.

Opina pela procedência total do Auto de Infração.

Em 19/06/2020, o processo foi convertido em diligencia à INFRAZ de origem para que o autuante (*I*) validasse juridicamente os arquivos da EFD, referentes a fevereiro de 2016 e fevereiro de 2018, considerando que foram entregues dentro do prazo de trinta dias, concedido na intimação; (*II*) refizesse os levantamentos, considerando os valores retificados dos arquivos da EFD e o demonstrativo de débito, se necessário; e, (*III*) posteriormente encaminhasse os autos ao órgão preparador para os trâmites processuais pertinentes.

O autuante se manifestou frente ao pedido de diligência, fls. 76 a 78, inicialmente afirmando que os arquivos correspondentes às EFDs retificadoras dos períodos de fevereiro de 2016, fevereiro de 2017 e fevereiro de 2018, foram transmitidos em 24 e 27/05/2019, dentro do prazo concedido na intimação, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2019, posterior as transmissões das EFDs retificadoras.

Reproduz a informação contida no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS e reafirma que a empresa foi intimada a retificar as EFDs por apresentar divergências em relação às informações contidas no banco de dados da SEFAZ, sendo estas admitidas nos trabalhos da auditoria realizados.

Lembra que o fato dos arquivos retificados se encontrarem na situação de “ARQUIVO SEM VALIDADE JURÍDICA”, significa que eles foram recepcionados, porém, não validados pelo sistema de gestão da EFD, sobre o qual, afirma, os Auditores Fiscais não têm qualquer ingerência no sentido de validá-los.

Assevera que o DVD anexado aos autos, fl. 14, contêm todos os demonstrativos e demais arquivos correspondentes aos documentos que serviram para consubstanciar a autuação fiscal, que relaciona, inclusive indicando as pastas onde estão gravados.

Explica que os arquivos constantes das subpastas “EFD\2015\CARGA\_SIAF” e “EFD\2017\CARGA\_SIAF”, são os arquivos referentes as EFDs carregadas no SIAF – SISTEMA INTEGRADO DE AUDITORIA FISCAL, portanto, serviram de base para os trabalhos de fiscalização.

Frisa que as consultas às referidas pastas e ao RELATÓRIO DE CONSULTA DE ARQUIVO EFD constante na pasta “\EFD” comprovam que efetivamente os arquivos retificadores das EFDs de fevereiro de 2016 e 2017 foram considerados no levantamento fiscal e alimentaram o sistema de fiscalização utilizado.

Acrescenta ainda, que não fossem os arquivos retificados considerados na fiscalização, este fato não seria capaz de promover qualquer alteração na autuação, tendo em vista que as diferenças apuradas no presente Auto de Infração referem-se apenas a falta de escrituração do Registro de Inventário, não tendo qualquer repercussão nas infrações, conforme texto que transcreve constante no termo de intimação para retificar a EFD, fl. 13.

Conclui prejudicada a realização da diligência, diante das informações que não justificam a necessidade de adotar as providências solicitadas.

Pautado para julgamento em 19/07/2021, na assentada de julgamento os demais julgadores da 2ª JJF, questionaram o fato de uma autuação ter sido baseada em arquivos da EFD SEM VALIDADE JURÍDICA, haja vista que o Auditor Fiscal não os validou à época do desenvolvimento da ação fiscal.

Ato contínuo, este relator em contato junto a GERÊNCIA DE CADASTRO E INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS da DPI - DIRETORIA DE PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES, acerca da matéria, foi informado pelo seu titular que os Auditores Fiscais, quando desenvolvem alguma ação fiscal, através de Ordem de Serviço vigente, sendo motivo de intimação para que o contribuinte fiscalizado retifique os arquivos da EFD, tem a prerrogativa de validar a recepção dos arquivos da EFD retificados, exatamente por ser de interesse da fiscalização.

Esse foi exatamente o caso dos autos. Contudo, o autuante não permitiu a validação dos arquivos retificadores da EFD, mesmo entregues no prazo concedido na sua intimação, fato que os manteve sem validade jurídica.

Diante desses fatos, o processo mais uma vez foi convertido em diligência à INFRAZ de origem para que o autuante, emitisse parecer acerca dos arquivos retificadores da EFD, e (I) atestasse se efetivamente o contribuinte foi intimado a retificar os arquivos da EFD referente a 02/2016, 03/2016 e 02/2017; (II) informasse a data de recebimento pelo contribuinte da citada intimação e o prazo concedido para retificação; (III) informasse se os arquivos foram transmitidos pelo contribuinte no prazo concedido na intimação; (IV) atestasse se os arquivos efetivamente serviram de base para a autuação; e, (V) autorizasse a GERÊNCIA DE CADASTRO E INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS da DPI - DIRETORIA DE PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES, validar os arquivos entregues no prazo da intimação, se for o caso.

No cumprimento do quanto solicitado, o autuante informou às fls. 91 e 92, que o contribuinte foi intimado a retificar os arquivos da EFD, referentes aos períodos de fevereiro, março de 2016 e fevereiro de 2017, tendo tomado ciência da em 25/04/2019 a ser cumprida no prazo de trinta dias, que se encerrou em 27/05/2019.

Informou ainda que o arquivo retificador da EFD de fevereiro de 2016 foi transmitido em 27/05/2019, o de março de 2016 em 12/07/2019 e o arquivo referente a fevereiro de 2017 em 24/05/2019, portanto, os arquivos retificadores de fevereiro de 2016 e de 2017 foram transmitidos dentro do prazo concedido.

Ratifica sua informação de que os arquivos retificadores da EFD de fevereiro de 2016 e fevereiro de 2017 serviram de base para a auditoria realizada.

Por fim, ressalvando em que pese sua competência, autoriza a Gerencia de Cadastro de Informações Econômico-Fiscais da DPI, validar os arquivos retificadores da EFD de fevereiro de 2016 e 2017.

O processo foi convertido em nova diligência a Gerencia de Cadastro de Informações Econômico-Fiscais da DPI – Diretoria de Produção da Informação para que, após análise da pertinência e legalidade, validasse no sistema de Gerenciamento da EFD os arquivos retificadores de fevereiro de 2016 e fevereiro de 2017.

A GECIF atendendo à diligência informou na fl. 104:

*“1. Conforme extraído do sistema INC (fl. 100), foram emitidas em 2019 duas OS, ambas indicadas para fiscalizar o período de 01/01/2016 a 31/12/2017, a de número 501526/19 que teve o período de fiscalização iniciado em 01/04/2019 e finalizado em 28/06/2019, e a de número 504651/19 que teve o período de execução iniciado em 01/09/2019 e finalizado em 30/10/2019;*

*2. Durante o período de execução da OS 504651/19 - 01/09/2019 a 30/10/2019, o contribuinte não entregou qualquer arquivo retificador;*

*3. Durante o período de execução da OS 501526/19 - 01/04/2019 a 28/06/2019, o contribuinte entregou voluntariamente os seguintes arquivos retificadores (fls. 101 a 103):*

*a. Fev./2016 - entregue em 27/05/2019 às 16h43m42s;*

*b. Abr./2016 - entregue em 10/06/2019 às 18h03m27s;*

*c. Fev./2017 - entregue em 24/05/2019 às 17h21m47s;*

4. Referente ao período fiscalizado, 01/01/2016 a 31/12/2017, além dos arquivos retificadores referidos no item ‘3’ acima, o contribuinte entregou voluntariamente o seguinte arquivo retificador (fls. 101):

a. Mar/2016— entregue em 12/07/2019 às 14h37m43s;

5. Arquivos retificadores, quando a solicitação de autorização para retificação é feita por iniciativa do contribuinte através do sistema EFDW disponível no site da SEFAZ-BA, são recebidos e armazenados. No momento do pedido de autorização pelo contribuinte, o sistema informa que os arquivos retificadores só terão validade jurídica se cumprirem o que estabelece o Ajuste SINIEF 02/2009, informando inclusive, ao lado de cada mês solicitado, se para aquele período o estabelecimento está sob ação fiscal ou se tem débito lançado;

6. A verificação das informações contidas nos arquivos, original e retificador, pode ser feita a qualquer momento, tanto pelo auditor que executou a OS quanto pelos membros da CONSEF, bastando para tanto baixar os arquivos utilizando o sistema EFDG (Sistema de Gestão da EFD) disponível na página da SEFAZ na Intranet;

É o relatório.

## VOTO

O contribuinte autuado é inscrito no Cadastro Estadual na condição NORMAL, explora a atividade econômica principal de comércio atacadista de açúcar e secundárias de fabricação e comércio atacadista de alimentos para animais, comércio atacadista de farinhas, amidos e féculas, de cereais e leguminosas beneficiados, farinhas, amidos e féculas, com atividade de fracionamento e de produtos alimentícios em geral, dentre outras, sendo-lhe imputado o cometimento de nove infrações à legislação tributária, todas tempestivamente impugnadas.

Preliminarmente registro que a impugnação ao lançamento, automaticamente suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme art. 151, inc. III do CTN, sendo desnecessário o requerimento de tal reconhecimento.

A autuada solicita a realização de prova pericial, com o intuito de demonstrar a inexistência das irregularidades que lhe foram imputadas e “para conferir e atestar a falha do sistema” que “criou uma autuação equivocada pelo sistema de auditor eletrônico.

Verifico que a perícia requerida se afigura irrelevante e desnecessária, uma vez que constam nos autos todas as informações para a compreensão plena da acusação, especialmente após a as providências atotadas na fase anterior ao julgamento em primeira instância, permitindo a formação da convicção dos julgadores quanto à correção da autuação, bem como sobre a consistência legal das exigências decorrentes das irregularidades apuradas.

Ademais, conforme requerido, a perícia deveria investigar e atestar a ocorrência de falha no sistema que a defesa cognominou de AUDITOR ELETRÔNICO, figura inexistente no âmbito da administração tributária baiana.

Sobre tal sistema, posso intuir que a autuada está se referindo ao SISTEMA INTEGRADO DE AUDITORIA FISCAL – SIAF, homologado pela Administração Tributária da Bahia, utilizado nos trabalhos de auditoria como ferramenta para leitura dos arquivos e notas fiscais eletrônicas, bem como auxiliar na realização de roteiros de auditoria fiscal-contábil, que incorpora todos as determinações legais, sendo previamente necessária à sua utilização, que se realize a parametrização prévia, momento que requer a interferência do Auditor Fiscal que, entre outros aspectos, insere o tratamento tributário a determinada mercadoria, isto é, se tributada, isenta ou substituída. O seu uso requer ainda, que se considere a situação legal vigente no período fiscalizado, assim como no caso de terem ocorrido alterações na legislação em período anterior e no período fiscalizado, considerados como exceções.

Assim, conclui-se que o sistema SIAF, não se constitui em um sistema que possa executar as tarefas isolada e automaticamente, por ser apenas em uma ferramenta auxiliar na execução dos

trabalhos de auditoria, necessária e indispensável atualmente, uma vez que todos os registros e documentos fiscais, referentes as operações mercantis realizadas pelos contribuintes do imposto são registradas eletronicamente, congregando uma grande quantidade de dados e informações, além de geralmente envolver grande volume de operações, realidade que impossibilitaria as auditorias serem realizadas nos moldes de outrora, ou seja, através do exame físico desses documentos e registros.

Portanto, indefiro o pedido de realização de perícia, com base no art. 147, inc. II, alínea “b” do RPAF/99, não cabendo a alegação de cerceamento de direito defesa.

Compulsado os autos, verifico que o lançamento encontra-se em consonância com o Código Tributário Nacional, haja vista que o crédito tributário foi constituído mediante instrumento apropriado, por autoridade administrativa competente para tal, que através da aplicação de roteiro de auditoria fiscal, utilizando ferramenta homologada e disponibilizada oficialmente pela Secretaria da Fazenda, verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade prevista na Lei nº 7.014/96 para cada tipo infracional.

O início da ação fiscal foi levado ao conhecimento da autuada pela intimação para apresentação de livros e documentos, encaminhada via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, mensagem 115800, postada em 09/04/2019, cuja leitura e ciência ocorreram em 25 do mesmo mês.

O devido processo legal foi plenamente respeitado, assim como foi preservado o direito à ampla defesa e contraditório, inexistindo qualquer mácula que possa inquinar o lançamento de nulidade.

As infrações estão todas descritas de forma detalhada, tendo o autuante indicado os dispositivos legais e regulamentares, tidos como infringidos e os demonstrativos analíticos, gravados em arquivos eletrônicos na mídia – CD, fls. 14, além dos sintéticos que também estão impressos e anexados aos autos às fls. 15 a 25, onde explicitam de forma clara e didática os cálculos efetuados contendo todos os elementos necessários à cognição de cada infração.

Estes demonstrativos foram entregues a autuada quando da intimação para quitação do débito ou apresentação de defesa, encaminhada via Correios, conforme fls. 27 e 28.

Tais fatos, des caracterizam por completo a arguição da defesa de cerceamento de defesa uma vez que resta demonstrado que na peça acusatória, de forma detalhada, foi explicada as irregularidades observadas, tendo o autuante indicado precisamente todos os dispositivos legais e regulamentares, tidos como infringidos, de forma que a arguição de nulidade não tem sustentação, motivo pelo qual a afasto.

O autuante preliminarmente esclarece que a fiscalização foi realizada utilizando o SISTEMA INTEGRADO DE AUDITORIA FISCAL – SIAF, tendo como base nos dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD, das Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e emitidas pelo contribuinte e a ele destinadas, dos Conhecimentos de Transportes Eletrônicos - CT-e referentes a serviços tomados pelo contribuinte, além de outros documentos.

Portanto, não merece guarida os argumentos da defesa de que a fiscalização não examinou os arquivos da sua EFD e das notas fiscais eletrônicas, pois, como dito linhas acima, foram estes dados os substratos dos exames da auditoria realizados.

Não poderia ser diferente, frente as facilidades oferecidas pela tecnologia da informação e diante do grande volume de informações que estão agregadas em cada operação mercantil realizada. Assim, os fiscos estaduais e federal, têm lançado mão de ferramentas que viabilizem este trabalho como o Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, que permite a comunicação bidirecional fisco-contribuinte, com encaminhamento de arquivos anexos, tanto pelo fisco quanto pelos contribuintes ou escritórios de contabilidade, e é completamente integrado à verificação das inconsistências fiscais, criando uma importante base de informações.

A autuada defende que o lançamento deve ser anulado “*em razão dos procedimentos adotados serem diversos do estabelecido, bastando ver que inexistem sob o processo de fiscalização qualquer motivo que conduza ao arbitramento das penalidades impostas.*”, argumento sem respaldo e, portanto, afastado.

Nesse sentido esclareço que no presente lançamento não houve arbitramento da base de cálculo, apesar de tratar-se de procedimento autorizado pela Lei nº 7.014/96 no seu art. 22, *in verbis*:

*Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:*

*I - operação ou prestação sem emissão de documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea;*

*II - falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;*

*III - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;*

*IV - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto.*

Não foi, portanto, empregado tal instituto, em razão de não se ter observado nenhuma das ocorrências que autoriza o arbitramento da base de cálculo do ICMS. Não houve caracterização de documentos inidôneos, tampouco foi identificada a ocorrência de operações ou prestações sem emissão de documento fiscal; os documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa foram apresentados e examinados, assim como, não se identificou o uso irregular de ECF ou PDV, ocorrências que sequer foram aventadas na autuação.

Assim sendo, não há que se falar em arbitramento, e mesmo que utilizado, não se configuraria motivo de nulidade do lançamento, caso atendesse os requisitos legais.

A autuada apontou como outra causa de nulidade do lançamento, o fato de ter sido “*intimada para realizar a retificação, mas antes da retificação fora surpreendida com o auto de infração, (...) fez a retificação no prazo devido, ou seja, tornando-se patente a nulidade do Auto de Infração*”.

Esta questão também merece o devido esclarecimento, haja vista que foi este fato motivador da determinação de diligência, cumprida pelo autuante, conforme informações prestadas às fls. 76 a 78.

Conforme intimação encaminhada via DT-e, mensagem 115801, postada em 09/04/2019, fl. 13, a autuada foi intimada a retransmitir os arquivos da EFD, dos períodos de fevereiro de 2016, 2017 e 2018, no prazo de trinta dias, em razão de ter o Auditor Fiscal identificado que os estoques de 31/12/2015, 31/12/2016 e 31/12/2017, informados em fevereiro, não constavam registradas mercadorias e a EFD de março de 2016 por apresentar divergências em relação as notas fiscais emitidas e destinadas ao estabelecimento.

Durante o processo de análise dos autos, ficou constado que os arquivos referentes a EFD de fevereiro de 2016 e fevereiro de 2018, foram transmitidos dentro do prazo, contudo, recepcionados SEM VALIDADE JURÍDICA, o que significaria que não foram considerados no levantamento fiscal. Já o arquivo referente a março de 2016, efetivamente foi entregue fora do prazo e corretamente não foi recepcionado com validade jurídica, sendo que, o único arquivo considerado com validade jurídica, foi aquele referente ao período de fevereiro de 2018.

O autuante em cumprimento a diligencia, esclareceu que o Auto de Infração tendo sido lavrado posteriormente a retransmissão dos arquivos da EFD, estes foram admitidos e considerados nos exames e execução dos roteiros de auditoria, sendo o conteúdo deles gravados no DVD, fl. 14.

Ademais, o autuante ressalta que “*Ainda que os arquivos retificadores não tivessem sido considerados no levantamento fiscal, o que não foi o caso, (...) ratificamos suas utilizações nos exames fiscais, este fato não seria capaz de promover qualquer alteração na autuação, tendo em vista que as divergências apontadas pelo Fisco em relação aos arquivos em questão, diziam respeito apenas à falta de escrituração do Registro de Inventário, sendo, desta forma, tais*

*divergências incapazes de causar modificações na autuação, visto que não tem repercussão em nenhuma das infrações...”.*

Dessa forma, resta esclarecida a questão, descabendo qualquer argumento tendente a considerá-la como motivador de nulidade ou improcedência do lançamento.

Por todo o exposto, rejeito as arguições de nulidade.

Quanto ao mérito, identifico na peça defensiva duas arguições.

A primeira, refere-se especificamente a matéria tratada na infração 01, quando a defesa argumenta que “...o auditor fiscal não se atentou para atividade desenvolvida pela empresa. Onde, torna-se, plenamente possível a utilização de créditos de energia. “, e, postando algumas fotos do estabelecimento diz não ser necessário “pervagar pelo acme dos demais acontecimentos, insta trazer à lume fotos de produção, e comprovação que a empresa está no rol de indústria, não sendo apenas um atacadista como faz crer o auto de infração “.

Nesse aspecto, constato através de consulta ao SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE – INC, que a autuada sempre esteve inscrita no CAD-ICMS na atividade principal de comércio varejista de farinhas, amidos e féculas, isto, até 15/03/2018, quando alterou para a atividade de comércio atacadista de açúcar – CNAE 4637-1/02. Ou seja, durante o período fiscalizado a autuada não estava cadastrada como indústria.

Cabe, portanto, trazer à luz o que estabelece o art. 309 do RICMS/2012:

*Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário: (...)*

*IV - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento:*

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;*
- b) quando consumida no processo de industrialização;*
- c) comercial, na proporção das operações de saída ou prestações de serviço destinadas ao exterior sobre as saídas ou prestações totais;*

Ora, a autuada apesar de arguir que desempenha também atividade industrial, considerando válida tal premissa, é fato que a energia elétrica adquirida nessa condição, não seria totalmente consumida no processo fabril, ou seja, a autuada exerceria o que comumente se rotula de atividade mista: indústria e comércio.

É patente, a partir da leitura dos dispositivos transcritos, o entendimento de que o crédito fiscal decorrente da aquisição de energia elétrica, nestes casos, somente pode ser apropriado os valores correspondentes à parcela da energia consumida exclusivamente na atividade industrial, observando a proporção de uso nas atividades fabril e administrativa/comercial, considerando também a proporção das operações de saída ou prestações de serviço destinadas ao exterior sobre as saídas ou prestações totais.

Em ambos os casos, não é direito do contribuinte apropriar-se da parcela do crédito decorrente da aquisição de energia elétrica, consumida nas atividades administrativas e/ou comerciais, devendo o contribuinte industrial/comercial providenciar contadores do consumo de energia distintos para cada setor da indústria, administrativa e comercial, sendo-lhe concedido o direito ao crédito apenas da parcela de energia consumida no processo industrial. Se assim não proceder, deverá apropriar-se dos créditos na proporção estabelecida com base em laudo técnico que ateste tal proporção de consumo.

A autuada não trouxe aos autos qualquer documento, laudo ou parecer técnico que lhe respalde utilizar como crédito fiscal integralmente o valor do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica, tampouco, demonstrou que o crédito fiscal apropriado corresponde a parcela consumida na industrialização. Portanto, é subsistente a infração 01.

A segunda arguição respalda-se na afirmação defensiva de que “*O auditor, para lavratura do Auto de Infração em combate, define o documento que acompanha as mercadorias como nota fiscal (DANFE) inidônea.*”, e “*Ocorre que, com o advento da tecnologia através da escrituração fiscal digital, as empresas (e aqui inclui-se a autuada) não se encontram seguras com os procedimentos fiscais ‘digitais’.* Ou seja, houve erro de conversão de alguns poucos produtos quando do envio das INFORMAÇÕES, pelo contribuinte, ora impugnante, posto que o sistema de conversão aplicou para o produto e outros poucos uma conversão quando comercializados em unidade caixa”.

Esta arguição se apresenta totalmente fora do contexto da autuação, pois em nenhuma das infrações o autuante citou a existência de documentos inidôneos, recebidos ou emitidos, tampouco, houve imposição de exigência de imposto ou penalidade decorrente de erro de conversão de unidades de medidas.

Por fim, registro que a defesa não carreou aos autos provas ou fatos que pudessem elidir as infrações, reservando-se a se valer de argumentos que não encontram eco nos fatos apurados pela autoridade fiscal, deixando de se contrapor ao mérito das demais infrações, o fazendo somente, contra a infração 01, não a esta se reportando especificamente, mas tratando da matéria nela abordada.

Neste caso, reporto ao que determina o RPAF/99 no seu art. 123, que assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento no prazo de sessenta dias, contado da data da intimação desde que:

*Art. 123. (...)*

*§ 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 oportunamente, por motivo de força maior;*

*II - se refira a fato ou a direito superveniente;*

*III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

Não tendo apresentado provas de suas alegações, tampouco argumentos coerentes que se prestassem a elidir as infrações, cabe aplicar o disposto nos artigos 142 a 143 do citado 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.*

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

Quanto à solicitação para que conste da autuação, expressamente, o nome do seu patrono indicado na defesa, e que todas as notificações e publicações desse processo sejam enviadas, exclusivamente, para o advogado, sob pena de nulidade da notificação, conforme os termos do art. 271, § 2º do CPC, registro que a defesa possivelmente refere-se ao art. 272, § 2º do CPC/2015 – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que assim dispõe:

*Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial. (...)*

*§ 2º Sob pena de nulidade, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados.*

Lembro que os procedimentos aplicáveis aos processos administrativos fiscais, devem obedecer ao RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de forma que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no art. 127 do Código Tributário Nacional, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Ademais, a regra trazida pela defesa, segundo o art. 180 do citado RPAF/99, aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, por se tratar de norma contida no Código de Processo Civil.

Ressalto que a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico DT-e, pela Lei nº 13.199/2014, a qual que alterou o COTEB no seu art. 127-D, estabelecendo que a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal.

Assim, os advogados, representantes dos contribuintes em processos contenciosos administrativos fiscais, poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade em que o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Para receber as intimações, notificações ou comunicações referentes a processos administrativos fiscais, os advogados que patrocinam os contribuintes deverão previamente se cadastrar.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269511.0003/19-0**, lavrado contra **IMPERIAL ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 216.842,27** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f”, e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 126.510,51** prevista no art. 42, inc. IX do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2022.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VLADIMIR MORGADO MIRANDA – JULGADOR