

A. I. N° - 206915.0015/22-2
AUTUADO - LCR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ AGRESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/12/2023

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0207-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. A autuação atende aos requisitos legais, e restou devidamente configurada nos autos, tendo em vista que o contribuinte emitiu NFC-e de saídas de mercadorias tributáveis, sem o destaque do ICMS. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 27/09/2022, cuida de exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 299.332,69, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 002.001.003: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.*

“O Contribuinte efetuou diversas operações de venda de mercadorias tributadas, lançando-as como operações não tributadas, conforme Demonstrativos anexos (em papel ou digitalizados em CD), que tiveram como fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e os dados da Nota Fiscal emitidas por ele ou destinadas ao mesmo”.

Refere-se aos meses de novembro e dezembro de 2019; janeiro a dezembro de 2020 e janeiro a dezembro de 2021.

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada: artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 05/10/22 (DT-e à fl. 10), e ingressou com defesa administrativa às fls. 15 a 29.

Inicialmente reclama que todos os arquivos apresentados pelo autuante foram em formato com extensão PDF, com 263 páginas, expondo que se torna impossível analisá-los.

Considera que tal fato fere frontalmente as regras estabelecidas no RPAF, e acrescenta que os arquivos gravados em CD, constantes nas descrições dos fatos do A.I., nunca foram entregues.

Comenta que, ainda que se considere que erros acontecem no levantamento fiscal, a apresentação dos arquivos nos formatos não editáveis impossibilita completamente, ao contribuinte, ao julgador, e até mesmo ao próprio autuante, ter certeza de que os valores apontados são realmente devidos ou não.

Entende que o cerceamento do exercício do direito à ampla defesa é muito claro, e pede que lhe seja concedida condições necessárias ao contraditório, tendo em vista as razões abaixo:

- a) *Impossibilidade de Conversão em Excel ou similar, haja vista que as colunas ficam distorcidas e desconfiguradas, além, do fato de estarem os demonstrativos em “orientação paisagem” junto com*

demonstrativos em “orientação retrato”;

- b) Inexatidão de informações em colunas que não possuem conteúdo inteligível;
- c) Informações importantes na identificação dos documentos parcialmente omissas.
- d) Lista confusa com CFOP e demais dados dos documentos fiscais diversos, que não se consegue consolidar sem a planilha editável.

Visando sustentar sua tese de cerceamento de defesa, traz à colação parte de algumas decisões desse Conselho de Fazenda, a exemplo dos Acórdãos JJF N° 0090-02/21-VD, JJF N° 0111-02/21-VD e JJF N° 0108-00/21-VD.

Por outro lado, alega também falta de Indicação da Origem dos Dados constantes do Auto de Infração. Explica que nem o Auto, nem o Demonstrativo apresentado indicam com clareza em que se baseia o autuante para confecção e montagem da Base de Cálculo, ratificando que os demonstrativos em PDF não são suficientes para possibilitar que o contribuinte de fato possa conferir.

Expõe que na EFD de ICMS e IPI, as Notas Fiscais de emissão própria não contemplam as informações dos itens de mercadorias, mas que nos demonstrativos elaborados pelo autuante (no rodapé) são informados que os itens de mercadorias têm fonte de origem na EFD.

Argumenta, ainda, que as Notas Fiscais eletrônicas só ficam disponíveis por 90 (noventa) dias nos portais da NF-e, pelo que diz se tornar obrigatório o fornecimento dos arquivos que serviram de fonte para a elaboração do demonstrativo e, consequentemente, do Auto de Infração, sobretudo com referência às NFC-e, que estão sendo questionadas.

Afirma que as informações que aparecem no demonstrativo são as seguintes: CNPJ, Data, CFOP, AnoMes, Item, NCM, Código, Descrição, VlItem, VlDesc, VlBcIcmsInf, AliqUtil, VlIcmsInff, VlBcAud, RedBC, VlIcmsAud, VlBcRedAud, AliqAud, VlIcmsAud, Diferença.

Diante disso, considera que ou se está omitindo informações do Contribuinte para impossibilitar sua conferência, ou há nítido erro de informação que compromete de forma insanável o levantamento fiscal.

Em seguida diz que ainda que impossibilitado do Pleno exercício a ampla defesa, mesmo assim é possível identificar vários equívocos no levantamento fiscal.

Assinala que além do fato de que a SEFAZ não disponibiliza a consulta em lotes dos documentos fiscais do modelo 65 (NFC-e), o autuante não apresentou cópia destes documentos nos autos, nem os disponibilizou para a empresa autuada, reafirmando que fica impossibilitada de verificar se houve algum tipo de erro no processamento em seu ERP emissor de documentos fiscais.

Pontua que em informação obtida junto a Supervisão, soube que nem mesmo o autuante possui os XMLs destes documentos, e que seu trabalho é elaborado a partir de planilhas com extensão CSV, que são importados dentro de limites de linhas típicas deste tipo de arquivo.

Diz supor que o autuante deixou de importar a totalidade das informações que serviram de base para seu levantamento, ou misturou as diversas tributações em seu banco de dados.

Ressalta que a atividade de supermercados exige a emissão de muitos documentos, que no caso deste contribuinte movimentou uma quantidade enorme de itens de notas fiscais do modelo 65 no período fiscalizado, todos devidamente registrados na EFD.

Consigna que o demonstrativo analítico elaborado pela autoridade autuante, não contém informações capazes de possibilitar, sequer por amostragem, a veracidade das informações ali constantes, ou seja, que não possui a identificação do destinatário, nem sequer o número do documento fiscal a que supostamente se referem as mercadorias.

Argumenta que não se sabe qual foi a fonte da informação utilizada, porque não possui a identificação das Notas Fiscais correspondentes, nem mesmo as chaves. Assevera que a origem apontada no rodapé do demonstrativo (Fonte: Escrituração Fiscal Digital (EFD)), é incorreta, haja

vista que as notas de emissão própria não são informadas no registro C170 da EFD, que traz apenas as Notas Fiscais Eletrônicas de emissão de terceiros.

Assevera que ainda que eventualmente assista razão ao autuante, em relação às mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, com CFOP 5405 nas saídas, o mesmo deixou de levar em consideração e abater dos supostos débitos, tanto os créditos que seriam devidos, quanto aos valores recolhidos de forma antecipada ou retidos pelos fornecedores. Acrescenta que isto traz graves danos ao contribuinte, pois pagaria em duplicidade os valores das mesmas mercadorias.

Aduz que de qualquer forma, não houve prejuízo ao fisco, mas sim antecipação de recolhimentos e não postergação ou manipulação.

Solicita a realização de diligência, citando o artigo 123 do RPAF, Decreto 7.629/99;

Na sequência, volta a reclamar do demonstrativo apresentado, cita a “Carta de Serviços” constante do site da SEFAZ, a Súmula Conseg nº 01, e elenca os seguintes Acórdãos da CJF: 1064/99, 1071/99, 1123/99, 1132/99, 0122/00, 0292/00, 0457/00, 0721/00, 0734/00, 0864/00, 0948/00, 1098/00, 1271/00, 1440/00, 1772/00, 1811/00, 1915/00, 0045/01 e 0103/01.

Conclui dizendo que estão presentes as hipóteses de nulidades apontadas no artigo 18, incisos I a IV do RPAF/99.

Ao final, afirmando que calculou e recolheu todos os tributos devidos, apresenta os seguintes pedidos:

1. *Seja acolhido a presente Impugnação, para cancelar-se o valor do crédito reclamado cobrado em lançamento de ofício, julgando nulo ou improcedente o presente Auto de Infração;*
2. *Seja convertido em Diligência ao agente autuante, caso entenda contrário às alegações de nulidade, para que apresente os Demonstrativos conforme exigido na legislação e em consonância com a jurisprudência deste egrégio CONSEF elencadas nesta impugnação, com a necessária reabertura pelo prazo sessenta dias, para que possibilite a conferencia e correção dos erros cometidos no levantamento fiscal;*
3. *Seja entregue mídia contendo todos os XMLs utilizados na fiscalização para cotejamento com os lançamentos efetuados nas respectivas EFDs, inclusive e principalmente os XMLs ou planilhas CSV utilizadas e que correspondem às NFCes.*

O autuante em informação fiscal, às fls. 35 a 39, inicialmente expõe que o contribuinte foi intimado, via Domicílio Tributário Eletrônico - DTE, para entrega/disponibilização dos livros e documentos fiscais referentes aos exercícios fiscalizados de 2018, 2019, 2020 e 2021.

Consigna que após conclusão dos procedimentos de auditoria fiscal, foi dada Ciência ao Contribuinte, via DTE, do Auto de Infração lavrado, com o seu respectivo Demonstrativo de Débito e Planilhas/Relatórios do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal — SIAF.

Em relação ao questionamento do autuando quanto ao formato das planilhas que embasaram a autuação, diz entender que o contribuinte está preocupado com seu tempo de trabalho.

Aduz que a conversão das planilhas enviadas, do formato PDF para o Excel, contrariamente ao que afirma a defesa, é possível de ser feita pelo contribuinte.

Assinala que o art. 46 do RPAF/99, não lhe permite anexar ao Auto de Infração arquivos digitais em PDF e encaminhar ao contribuinte os mesmos arquivos no formato Excel. Ressalta que os demonstrativos e levantamentos encaminhados ao sujeito passivo devem ser cópias dos mesmos demonstrativos e levantamentos anexados ao Auto de Infração.

Considera que o direito do autuado a ampla defesa está respeitado, e comenta que as planilhas foram alimentadas pelos os arquivos da sua Escrituração Fiscal Digital — EFD, além das Notas Fiscais Eletrônicas por ele emitidas (NFe modelo 55 e NFCe modelo 65) e ao mesmo destinadas

(NFe).

Em seguida transcreve o art. 28, § 4º, inciso II, o art. 41, inciso II e art. 46, do RPAF/99, visando demonstrar que a precisão e racionalidade exigidas estão presentes nas planilhas em PDF anexas ao processo.

Quanto à Infração propriamente dita, explica que o contribuinte ao utilizar o CFOP 5405 — venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, se sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído, em Operações de Saídas Tributadas de mercadorias (bombom, bebida láctea, chocolate, polpa de abacaxi, copo descartável, esponja de aço, prato descartável, achocolatado, creme dental, absorvente etc.), ao invés do CFOP 5102 — venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro. Assevera que tal erro cometido pelo autuado, provocou a falta de destaque do ICMS nos documentos de vendas emitidos, como se essas mercadorias estivessem sujeitas às regras da substituição tributária, com a fase de tributação já encerrada.

Quanto à alegação de abater do débito levantado os créditos referentes às entradas das mesmas mercadorias, explica que o contribuinte já o fez na sua escrituração fiscal mensalmente, pois trata-se de mercadorias tributadas cujas entradas permitem o creditamento do ICMS destacado em cada nota fiscal de compra, procedimento padrão determinado pela legislação tributária estadual.

Assevera que o autuado não apresentou dados ou planilhas que refutassem categoricamente a ocorrência da infração que lhe foi imputada, limitando-se a reclamar que os lotes das NFCe (modelo 65) por ele emitidas não são disponibilizadas para consulta pela Secretaria da Fazenda, ou que o autuante não apresentou cópias das NFCe no Auto de Infração.

Assinala que os documentos aos quais o Contribuinte se refere são as Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas (NFCe modelo 65), por ele emitidas diariamente para as operações de saídas das mais diversas mercadorias que compõem o seu estoque, e que são esses arquivos eletrônicos (XML) individualizados de cada NFCe emitida que estão lançadas/informadas nas planilhas constantes do Auto de Infração, cujas cópias lhe foram entregues.

Ressalta que seria irracional e imprudente, do ponto de vista processual, imprimir todos esses documentos e anexá-los ao processo.

Em relação aos Acórdãos mencionados pelo autuado, diz se referirem a falta no lançamento da necessária e imprescindível demonstração da base de cálculo do imposto exigido e da falta de informação fiscal pelo autuante, além de outras inconsistências que não ocorrem no presente processo.

Quanto à diligência solicitada entende como medida protelatória, dizendo que todas as planilhas que fundamentam o lançamento da infração discutida, constam do processo e lhes foram enviadas para o seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE.

Ressalta que o contribuinte não comprovou um erro específico nos demonstrativos e levantamentos efetuados pelo autuante, limitando-se a apontar o formato da planilha, tamanho da fonte, quantidade de folhas, impressão em modo retrato ou paisagem, como limitadores do seu Direito de Defesa.

Ao final, dizendo que considera que devem ser aplicadas as regras estabelecidas nos arts. 143 e 147, inciso I, letra "b", do RPAF/BA, pede a procedência da autuação.

Considerando que o autuado alegou que os demonstrativos lhe foram entregues apenas no formato "pdf", que os mesmos contêm 263 páginas, e que tais fatos prejudicaram o exercício pleno do direito de defesa; esta JJF, a fim de evitar futuras arguições de nulidade, converteu o feito em diligência à INFRAZ AGRESTE (fl. 42), para que fossem adotadas as seguintes providências:

1 – o autuante deve anexar ao processo as referidas planilhas no formato Excel,

2 – em seguida o autuado deve ser cientificado, via DT-e, sendo-lhe fornecido cópia, em meio magnético, dos demonstrativos na forma acima mencionada, concedendo-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias para que, querendo, sobre eles possa se manifestar.

O autuante, em atendimento a diligência supra, informou à fl. 44 que foram anexados ao processo as planilhas em formato Excel na mídia à fl. 46.

Acrescentou que o autuado foi cientificado, via DT-e, com o fornecimento de cópia das referidas planilhas, reabrindo-se o prazo de defesa.

O autuado apresentou manifestação, às fls. 49 a 55, repetindo as alegações apresentadas na sua defesa inicial, excetuando-se a questão do formato das planilhas.

Ao final, requereu o seguinte:

1. *Seja acolhido a presente Impugnação, para cancelar-se o valor do crédito reclamado cobrado em lançamento de ofício, julgando nulo ou improcedente o presente Auto de Infração;*
2. *Seja convertido em Diligência ao agente autuante, caso entenda contrário às alegações de nulidade, para que apresente os Demonstrativos conforme exigido na legislação e em consonância com a jurisprudência deste egrégio CONSEF elencadas nesta impugnação, contendo, ao menos, os abatimentos dos valores efetivamente pagos;*
3. *Que em face da reclassificação das tributações declaradas pelo contribuinte como sendo por Substituição Tributária e que a autuação considerou integralmente tributada, uma vez o imposto foi pago antecipadamente, sejam abatidos os valores efetivamente pagos a título de antecipação tributária;*
4. *Que em face da reclassificação das tributações declaradas pelo contribuinte como sendo integralmente tributada e que a autuação considerou como Substituição Tributária, uma vez o imposto foi destacado e pago como se tributada fosse, seja cobrado apenas a multa correspondente e não o ICMS integral, como equivocadamente consta do Auto de Infração.*
5. *Seja entregue mídia contendo todos os XMLs utilizados na fiscalização para cotejamento com os lançamentos efetuados nas respectivas EFDs, inclusive e principalmente os XMLs ou planilhas CSV utilizadas e que correspondem às NFCes, com a consequente reabertura de prazo, uma vez que a fonte de dados apontada no presente Auto de Infração é a EFD, que claramente sabemos não possuir informações dos itens nas Notas de Emissão própria, solicitação não-atendida na Diligência atual.*

O autuante prestou nova informação às fls. 60/61, ressaltando que o contribuinte, na sua peça contestatória ao resultado da Diligência, não apresenta qualquer novo argumento ou documento que possa ser confrontado com os dados fiscais constantes das novas planilhas, em arquivos editáveis (formato Excel), inclusive com novas colunas indicando o número das Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas (NFCe) e as suas respectivas chaves eletrônicas.

Destaca que mesmo após atendido integralmente o seu pedido de diligência para apresentação de planilhas em arquivos editáveis, com a numeração das Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas ali informadas, o Contribuinte ignora os dados apresentados.

Assevera que nenhuma linha na peça de defesa do Contribuinte, contesta o mérito da infração lançada.

Entende que em nenhum momento foram feridos os Princípios do Amplo Direito de Defesa e do Contraditório, além do Devido Processo Legal.

Considera que o autuado não quer se Defender da Infração a ele imputada, ou, não tem como se defender, restando-lhe apenas argumentos protelatórios apresentados na sua peça de defesa, sem

qualquer Planilha ou Documento da sua lavra que refute categoricamente o que lhe está sendo cobrado.

Comenta que a segunda peça de Defesa do Contribuinte, parece a mesma peça apresentada antes da diligência solicitada, portanto sem elaborar suas próprias planilhas, sem editar as planilhas encaminhadas a seu pedido, e, por fim, praticamente repetindo os mesmos argumentos.

VOTO

Preliminarmente o autuado arguiu a nulidade da autuação, sob o argumento de que houve cerceamento ao seu direito de defesa, uma vez que a planilha fiscal apresentada pelo autuante estava em formato PDF, com 263 páginas, impossibilitando uma análise devida.

Entretanto, esta JJF converteu o feito em diligência, para que o autuante anexasse ao processo as referidas planilhas no formato Excel, reabrindo-se o prazo de defesa.

Dessa forma, foi cumprida a determinação supra, não havendo mais do que se falar de qualquer cerceamento de defesa nesse sentido.

Vale, ainda, frisar que também descabe a alegação defensiva de que o demonstrativo analítico não contém informações suficientes para averiguar a veracidade da acusação, haja vista que no mesmo constam os números das NFC-e, suas respectivas chaves eletrônicas, data, valores, descrição das mercadorias, base de cálculo, imposto devido, etc.

Portanto, resta evidente que o sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, assinalando, ainda, que os cupons fiscais são de emissão do próprio deficiente, não havendo necessidade de que os mesmos sejam anexados ao processo ou mesmo os arquivos “xml”.

Destarte, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

No mérito, o presente Auto de Infração exige crédito tributário pelo fato do autuado ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado reclamou que, em relação às mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, o autuante deixou de levar em consideração e abater dos supostos débitos, tanto os créditos que seriam devidos, quanto aos valores recolhidos de forma antecipada ou retidos pelos fornecedores.

O autuante, por sua vez, esclareceu que nesses casos o autuado ao invés de utilizar o CFOP 5405 (venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros), utilizou o CFOP 5102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro), deixando de fazer o destaque do ICMS nos documentos de vendas emitidos, como se essas mercadorias estivessem sujeitas às regras da substituição tributária, com a fase de tributação já encerrada.

Todavia, nas novas planilhas anexadas ao processo, constantes na mídia à fl. 46, o autuante efetuou algumas correções culminando com a redução do valor exigido de R\$ 299.332,69 para R\$ 297.080,88, conforme novo demonstrativo de débito à fl. 45, com o que concordo.

Vale frisar que apesar das reclamações defensivas, o sujeito passivo não apontou explicitamente qualquer erro do levantamento fiscal, nem apresentou qualquer documento ou planilha que refutasse a ocorrência da infração que lhe foi imputada.

Nos termos do art. 123, do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuísse, inclusive, levantamentos e documentos que pudessem se contrapor a ação fiscal, o que não ocorreu de forma a elidir a autuação.

Ademais, conforme dispõe o artigo 142, do mesmo regulamento supracitado, 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.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 45.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206915.0015/22-2, lavrado contra **LCR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 297.080,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR