

A. I. N° - 206915.0009/22-2
AUTUADO - LCR COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ AGRESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/12/2023

4º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0260-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. **a)** SAÍDAS COM ISENÇÃO; **b)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA Razões de defesa não elidem as infrações. Itens subsistentes 2. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Levantamento inicial calculou o imposto sobre os totais mensais das saídas de cada espécie de mercadorias (bebidas). Refeito o demonstrativo de forma analítica pelo fiscal autuante. Item subsistente parcialmente. Rejeitadas as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2022 e refere-se à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 176.653,40, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.003 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, no valor de R\$ 35.703,23.

“O Contribuinte lançou Créditos Fiscais de ICMS na sua EFD de valores destacados nas notas fiscais de compra de diversas mercadorias Isentas (feijão, sal, cuscuz, uva, alho e coco) conforme Demonstrativos anexos (em papel e digitalizados em CD), que tiveram por fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e dados das Notas Fiscais emitidas e destinadas ao mesmo.”

Infração 02 - 001.002.006 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 83.477,67.

“O Contribuinte lançou na sua EFD Créditos Fiscais de ICMS de valores destacados nas notas fiscais de aquisição de diversas mercadorias sujeitas à Substituição Tributária (biscoito, lâmpada, partes comestíveis de frango, peru e suíno, e, bebida alcoólica ice), com a fase de tributação já encerrada, conforme Demonstrativos anexos (em papel e digitalizados em CD), que tiveram por fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e os dados das Notas Fiscais emitidas ou destinadas a ele mesmo”.

Infração 03 - 003.002.002 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$ 57.472,50.

“O Contribuinte utilizou a alíquota de 18% (dezoito por cento) em vez de a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) mais 2% (dois por cento), em operações de Venda Interna de Bebidas Alcoólicas, conforme Demonstrativos anexos (em papel e Digitalizados em CD), que tiveram por fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e dados das Notas Fiscais por ele emitidas ou a ele destinadas”.

O autuado apresenta impugnação, fls. 80 a 96, e após transcrever o teor das acusações assevera que aconteceram as seguintes condutas por parte do autuante, que merecem reparo, especialmente pela apresentação de todos os arquivos em formato com extensão PDF, ferindo

frontalmente as regras estabelecidas no RPAF, conforme veremos pormenorizadamente adiante. Diz que em 05/10/2022, o Contribuinte foi cientificado, através do DT-e, em que constam como anexos “01” e “02”, apenas arquivos em PDF, mais precisamente 158 páginas em que contém informações que se tornam impossíveis analisá-las no formato em que foi entregue.

A menção aos arquivos gravados em mídia (CD) constante do complemento das descrições dos fatos no Auto, apenas repete os mesmos demonstrativos apresentado no DT-e, com os mesmos formatos ali constantes.

Além disso, para embasar o Auto de Infração ora discutido, o autuante enviou via DT-e, vários arquivos em formato PDF contendo todas as peças do Auto de Infração e seus anexos, precisamente contendo 158 (cento e cinquenta e oito) páginas, diga-se de passagem, em letras extremamente pequenas, nada em favor do que se esperava homenagear o exercício pleno do direito à **ampla defesa** consagrado na Constituição Federal e garantido no nosso Regulamento do Processo Fiscal – RPAF, direito que o Contribuinte tem e precisa exercê-lo com plenitude.

Ainda que consideremos 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 sem o uso das ferramentas de auditoria e exportação em tabelas, conhecer, ter certeza de que os valores apontados são realmente devidos ou não.

Com os relatórios enviados em PDF (e não em Excel, por exemplo), só produzem efeito a favor do fisco, uma vez que o contribuinte jamais terá condições de classificar, examinar, comparar as chaves de NF-e e NFCe apontadas como constantes da EFD, nem as tributações correspondentes e, consequentemente, apontar os erros que claramente se vê no levantamento fiscal. Sim, porque há um efeito importante, mesmo em se apurando eventuais infrações, no fato de que da forma apresentada não se sabe, com completude, quais erros eventualmente foram ou não cometidos.

Assevera que o cerceamento do exercício do direito à ampla defesa é muito claro, haja vista que não se pode conferir um volume tão grande de informações (158 páginas) com letras de tamanho 5 ou 4 em sua maioria, fazendo anotações manuais em cadernos ou folhas avulsas, já que muito mais seguro, prático e eficaz, a conferencia e em seguida a aceitação ou contestação do que é devido ou indevido, se tudo estivesse numa planilha Excel, por exemplo.

Em suma, com referência aos anexos do Auto em PDF, acredita que a fiscalização não deseja cobrar nada que saiba ser indevido, e por esta razão deve fornecer todos os elementos que possibilitem ao contribuinte ter certeza de que não está a ocorrer nenhum excesso de exação, muito menos proceder com arbitrariedade. Ao contrário, o fisco cumpre um papel fundamental na orientação e educação de todos os atores envolvidos com os trabalhos contábeis e fiscais e tem ao longo do tempo oferecido as condições necessárias ao contraditório, não de forma simbólica, mas com efetividade e amplitude, refletidos em vários julgados deste Conselho de Fazenda.

Arremata dizendo que o presente processo precisa corrigir as seguintes imperfeições:

1. **Formato Indevido e Falta de Clareza nos Demonstrativos:** Os Demonstrativos apresentados como anexo ao presente Auto de Infração, em PDF, possuem:

- a) Impossibilidade de Conversão em Excel ou similar, haja vista que as colunas ficam distorcidas e desconfiguradas, além, do fato de estarem 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.

Neste sentido, copia diversos julgados que concluíram pela nulidade em face de cerceamento de defesa. Portanto, resta muito clara a necessidade de fornecer ao contribuinte mínimas condições

de análise da cobrança dos valores constantes deste Auto de Infração.

2. Da Falta de Indicação da Origem dos Dados constantes do Auto de Infração.

Assevera que nem o Auto, nem o Demonstrativo apresentado como anexo ao Auto de Infração, indicam com clareza em que se baseia o Autuante para confecção e montagem da Base de Cálculo, já que os demonstrativos em PDF apresentados não são suficientes para possibilitar que o contribuinte de fato possa conferir.

Diz ser notório que conhecido que na EFD de ICMS e IPI, as Notas Fiscais de emissão própria não contemplam as informações dos itens de mercadorias e nos Demonstrativos elaborados pelo Autuante, no rodapé dos demonstrativos, informam que os itens de mercadorias têm fonte de origem na EFD, o que não procede e é de conhecimento de todos.

Acrescenta que as Notas Fiscais eletrônicas só ficam disponíveis por 90 (noventa) dias nos portais da NF-e, o que torna 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 foram lançadas, ao que parece, de forma globalizada, sem dar conhecimento de sua numeração.

As informações que aparecem no Demonstrativo são: CNPJ, Data, CFOP, AnoMes, Item, NCM, Código, Descrição, VlItem, VlDesc, VlBcIcmsInf, AliqUtil, VlIcmsInff, VlBcAud, RedBC, VlIcmsAud, VlBcRedAud, AliqAud, VlIcmsAud, Diferença. Por conseguinte, ou se está mais uma vez omitindo informações do Contribuinte visando a impossibilitar sua conferência ou há nítido erro de informação que compromete de forma insanável o levantamento fiscal.

Ainda que impossibilitada do Pleno exercício a ampla defesa pelos motivos já expostos até aqui, ainda assim é possível identificar vários equívocos no levantamento fiscal, como passa a apontar:

Infração 01 - 001.002.003 - R\$ 35.703,23 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.

Nesta suposta infração, o autuante apresentou uma relação genérica de produtos sujeitos à isenção, sem apresentar as informações necessárias para a conclusão de que foram ou não objeto de estorno em sua escrita fiscal.

Além disso, a entrega de arquivos apenas em PDF impossibilita ao contribuinte conferir e verificar com clareza se os valores (ainda que eventualmente sejam devidos) são, de fato, os apontados no Auto de Infração.

Diante do claro cerceamento de defesa pelos motivos e fatos já apontados, não resta alternativa a não ser pelo julgamento improcedente ou nulo no presente processo.

3.2 - Infração 02 - 001.002.006 - R\$ 83.477,67 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária.

Igualmente nesta infração, o autuante apresentou uma relação genérica de produtos sujeitos à Substituição Tributária, sem apresentar as informações necessárias para a conclusão de que foram ou não objeto de estorno em sua escrita fiscal.

Do mesmo modo, além disso, a entrega de arquivos apenas em PDF impossibilita ao contribuinte conferir e verificar com clareza se os valores (ainda que eventualmente sejam devidos) são, de fato, os apontados no Auto de Infração.

Outro ponto a ser considerado é estes mesmos produtos saíram com tributação normal e não foram considerados pelo autuante. Ou seja, se, após conferencia através de planilhas editáveis (Excel) ficar constatado algum erro, na tributação de entradas que geraram créditos, deveriam ser considerados os valores também pagos nas saídas, o que não foi feito pelo ilustre autuante.

Diante do claro cerceamento de defesa pelos motivos e fatos já apontados, não resta alternativa a não ser pelo julgamento improcedente ou nulo no presente processo.

“Infração 03 - 003.002.002 - R\$ 57.472,50 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Igualmente à infração anterior, diante da impossibilidade de analise pelos motivos anteriormente destacados, identifica-se em linha gerais que os demonstrativos não apresentam informações que possibilitem a identificação de eventuais erros.

Veja-se no demonstrativo analítico elaborado pela autoridade autuante, que não contém informações capazes de possibilitar, sequer por amostragem, a veracidade das informações ali constantes.

Não possui a identificação do destinatário, nem sequer o número do documento fiscal a que supostamente se referem as mercadorias, impossibilitando saber quais informações procedem ou não.

Em linhas gerais, vê-se que não se sabe qual foi a fonte da informação utilizada, porque não possui a identificação das Notas Fiscais correspondentes, nem mesmo as chaves (se é que tratam de documentos eletrônicos) e a origem apontada no rodapé do demonstrativo (Fonte: Escrituração Fiscal Digital (EFD)), sabemos ser 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.

Parece óbvio que não pode prosperar a cobrança, por total incoerência nas informações contidas nos autos, quer por omissão de planilha editável que possibilite algumas análises, quer pela ausência de quais documentos se referem a suposta infração, quer pelas informações claramente improcedentes das fontes de informações que deram origem às informações.

A fiscalização cometeu equívocos primários que demonstram, mais uma vez, os vícios insanáveis do presente Auto de Infração e devem ser excluídos em sua totalidade, sob pena de grave cerceamento ao mínimo direito, quanto mais ao amplo direito de defesa.

Em resumo, devem ser excluídos totalmente os débitos referentes a esta infração.

Com base no artigo 123 do RPAF, Decreto 7.629/99, requer a realização de verificação ou diligência no curso do processo, para que se possa dar seguimento ou não ao crédito reclamado em discussão.

Se reporta a SÚMULA CONSEF Nº 01 e diz ser nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo e cita diversos acórdão deste Conselho que decidiram neste sentido.

Portanto, não deve prosperar a cobrança, uma vez que comprovadamente o contribuinte está cerceado do seu direito à ampla defesa, sem possibilidade de corrigir os erros cometidos no levantamento fiscal, em que pese todo o zelo e urbanidade que o autuante empregou no exercício de suas honrosas funções.

No período fiscalizado o contribuinte atendeu a todas as intimações, prestou esclarecimentos e apresentou memórias de cálculos sempre em arquivos texto ou planilhas, e requer igual tratamento pelo fisco.

Afirma que estão presentes as hipóteses de nulidades apontadas no artigo 18, incisos I a IV do RPAF/99, e conclui que, pelos motivos expostos com clareza e objetividade, não pode prosperar a autuação, sob pena de grave ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

Finaliza formulando 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 possilite 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 presta Informação Fiscal às fls.102 a 107, transcrevendo o teor das infrações e em seguida faz um resumo dos argumentos defensivos, e passa a se pronunciar, asseverando que o contribuinte foi intimado, via DTE, para entrega/disponibilização dos livros e documentos fiscais referente aos exercícios fiscalizados de 2018 a 2021, com Início de Fiscalização. Após conclusão dos procedimentos foi dada ciência, via DTE do Auto de Infração com seu respectivo Demonstrativos de Débito e Planilha/Relatórios, todos com arquivo PDF, concedendo o prazo de 60 dias para apresentação de defesa.

Em relação a reclamação da entrega dos arquivos em formato PDF entende que o mesmo pode fazer a conversão para o Excel, e afasta todas as arguições de nulidade.

No mérito, no que diz respeito à infração 01, em relação ao argumento defensivo de que as planilhas tratam-se de uma relação genérica de produtos isentos do ICMS, cujas operações de entradas tiveram a apropriação dos créditos fiscais de ICMS lançados na sua escrituração fiscal digital, informa que os produtos (sal, feijão, alho a granel, coco seco, uva, cuscuz, arroz, caju, ovos, morango, lima e pitaya) estão listados individualmente nas respectivas planilhas, com datas, quantidades, valores da operação, base de cálculo, alíquotas e valores de ICMS, documentos fiscais, CFOP etc.

Também reclama o autuado de que com os dados fornecidos nas referidas planilhas, não lhe é possível averiguar se houve estorno ou não dos créditos fiscais apropriados, entretanto, durante todo o processo de fiscalização, não constatou nenhum estorno de crédito fiscal de ICMS nos seus Registros Fiscais de Apuração do ICMS - EFD, referente às operações que embasaram a presente infração. Portanto, o Contribuinte deveria consultar os seus registros fiscais da EFD para comprovar os estornos de créditos fiscais alegados e poder contestar o presente lançamento, não dependendo da planilha anexa ao auto de infração para fazê-lo.

Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária.

Também para essa infração foi alegado que foi apresentada no auto de infração uma relação genérica de produtos da substituição tributária, cujas operações de entradas tiveram a apropriação dos créditos fiscais de ICMS lançados na sua escrituração fiscal digital. Os produtos (coxa de frango, gatinha, biscoito, costela salgada, lombo, peru, file de peito, aguardente 51 Ice, coração de frango e lâmpada) estão listados individualmente nas respectivas planilhas, com datas, quantidades, valores da operação, base de cálculo, alíquotas e valores de ICMS, documentos fiscais, CFOP etc.

Reclama o autuado de que com os dados fornecidos nas referidas planilhas, não lhe é possível averiguar se houve estorno ou não dos créditos fiscais apropriados. Durante todo o processo de fiscalização, não constatei nenhum estorno de crédito fiscal de ICMS nos seus Registros Fiscais de Apuração do ICMS - EFD, referente às operações que embasaram a presente infração. Portanto, o Contribuinte deveria consultar os seus registros fiscais da EFD para comprovar o alegado por ele e poder contestar o presente lançamento, não dependendo da planilha anexa ao auto de infração para fazê-lo. Quanto à alegação do mesmo de que possui saídas desses mesmos produtos em operações tributadas pelo ICMS, não constatei esse procedimento durante todo o processo de fiscalização, restando comprovado que os produtos listados como sujeitos à substituição tributária foram objeto de operações de venda sem o destaque do imposto durante os exercícios fiscalizados;

Infração 03 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Afirma que as planilhas são claras e precisas na especificação da infração cometida, com data, individualização das operações, discriminação dos produtos, das alíquotas utilizadas pelo contribuinte, das alíquotas apontadas pela legislação tributária para tais operações, do valor de ICMS recolhido pelo Contribuinte, do valor correto de ICMS a ser lançado e recolhido, da diferença de ICMS a ser recolhido etc.

O Contribuinte não apresentou dados ou planilha(s) que refutasse(m) 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, nem o autuante apresentou cópias das NFCe no auto de infração, também não disponibilizando os documentos para o Contribuinte. Os documentos aos quais o Contribuinte se refere são as Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas (NFCe), por ele emitidas diariamente para acobertaas operações de saldas das mais diversas mercadorias que compõem o seu estoque, e são esses arquivos eletrônicos (XML) individualizados de cada NFCe emitida que estão lançadas/informadas nas planilhas constantes do auto de infração, cujas cópias foram entregues ao Contribuinte através do Domicílio Tributário Eletrônico.

Entende ser irracional e imprudente, do ponto de vista processual, imprimir todos esses documentos e anexá-los ao auto, com cópias para o Contribuinte. O Contribuinte ainda cita alguns julgamentos da 2º Junta de Julgamento Fiscal como sendo favoráveis ao envio para o Contribuinte autuado pelo Autuante de planilhas editáveis (em Excel), como necessário ao exercício pleno do Direito de Defesa por aquele. Observa que os julgamentos citados pelo Contribuinte referem-se à falta no lançamento necessários e imprescindível demonstração da base de cálculo do imposto exigido e da falta de informação fiscal pelo autuante além de outras inconsistências, fatos esses que não ocorrem no presente auto de infração.

Quanto à diligência solicitada pelo Contribuinte para que o autuante apresente os Demonstrativos conforme exigido na legislação e em consonância com a jurisprudência do CONSEF, com a reabertura do prazo de sessenta dias, para que possibilite a conferência e correção dos erros cometidos no levantamento fiscal, entende, apenas, como medida protelatória, já que todas as planilhas que fundamentam os lançamentos das infrações discutidas, constamdo processo e lhes foram enviadas para o seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE.

Afirma que dentre os vários produtos e operações informados no auto de infração e demonstrativos/planilhas, o Contribuinte não comprovou um erro específico nos demonstrativos e levantamentos efetuados pelo autuante, confrontando esses com demonstrativos e levantamentos efetuados por ele próprio, 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. Portanto, entendo aplicável ao caso as regras estabelecidas nos arts. 143 e 147, inciso I, letra “b” do já citado RPAF.

Finaliza opinando pela Procedência Total do Auto de Infração.

Considerando que os demonstrativos anexados na mídia de fl. 74, de fato se encontram em formato PDF, e na planilha que dá sustentação à infração 03, não foram indicados os números das NFC-e, na sessão suplementar realizada em 28 de abril de 2023, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência à Inspetoria de origem para que o autuante, em relação à infração 03 elaborasse nova planilha inserindo uma coluna indicando os números das NFC-e.

Posteriormente, foi solicitado que o sujeito passivo fosse intimado, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia do demonstrativo indicado no item acima, assim como os demonstrativos relacionadas às infrações 01 e 02, todos em meio magnético, em arquivos editáveis, reabrindo o prazo de defesa.

O autuante em atendimento à diligência, fls. 112, em relação à infração 03, lembra que os arquivos das Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas recepcionados no SIAF, estão em poder do Contribuinte e por ele foram emitidas, devendo mantê-los por, no mínimo, 05 (cinco) anos, para, quando intimado, apresentá-los ao Fisco.

Diz que seguem 03 (três) arquivos eletrônicos editáveis (anexados ao auto de infração), cujas Planilhas Demonstrativo de Recolhimento a Menor do ICMS, no formato Excel (Microsoft Office), contém colunas com os números das Notas Fiscais de Consumidor (NFC-e) emitidas pelo Contribuinte, e suas respectivas chaves eletrônicas, durante os exercícios de 2019, 2020 e 2021, que embasaram a infração 03 (três), lançada no auto de infração discutido, além das demais informações já apresentadas nas primeiras planilhas anexas ao auto.

Também informa estar anexando 01 (um) arquivo editável, em Excel, referente às Notas Fiscais eletrônicas - NF-e emitidas pelo contribuinte durante o exercício de 2021, as quais também embasaram a Infração 03 lançada no auto de infração discutido.

Comunica que o contribuinte foi cientificado, via DTE, com cópia das referidas Planilhas, reabrindo-se o prazo de Defesa de 60 (sessenta) dias.

Em relação às infrações 01 e 02 informa que foram anexados ao presente processo 06 (seis) planilhas no formato Excel (Microsoft Office), em arquivos eletrônicos editáveis, com os mesmos dados fiscais lançados nas primeiras planilhas, as quais embasaram as infrações 01 e 02, com cientificação, via DT-e, do Contribuinte, e, reabertura do prazo de 60 (sessenta) dias para, querendo, apresentar Defesa. Também foi encaminhado arquivo com Novo Demonstrativo de Débito do auto de infração discutido.

O sujeito passivo após ter sido cientificado e reaberto o prazo de defesa, se pronuncia às fls. 123 a 129, e preliminarmente diz que o processo precisa corrigir as imperfeições, já relatadas na apresentação da defesa às fls. 88 a 89, acarretando, no seu entender a nulidade do lançamento. Também apresenta os mesmos argumentos, da inicial, que acarretaria a improcedência da autuação.

Finaliza formulando 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, 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 às fls. 134 a 135 diz que em nenhum momento foram feridos os princípios da ampla

defesa do contribuinte e do devido processo Legal, pois inicialmente foram disponibilizadas ao defendant Planilha em formato PDF, e depois, em cumprimento a diligência determinada planilhas editáveis, em formato Excel, e reaberto o prazo de defesa.

Entende que os argumentos apresentados pelo contribuinte são protelatórios pois sem qualquer planilha ou documento que refute categoricamente o que lhe está sendo exigido, inclusive observou que a nova defesa é a mesma apresentada antes da diligência solicitada e atendida, pois repete os mesmos argumentos em dois momentos diferentes da discussão do auto de infração combatido.

Finaliza pugnando pela Procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de infração lavrado em 27/09/2022 e diz respeito a exigência de ICMS no valor total de R\$ 176.653,40, em face das seguintes acusações:

Infração 01 – 001.002.003- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas isenção do imposto, no valor de R\$ 35.703,23.

“O Contribuinte lançou Créditos Fiscais de ICMS na sua EFD de valores destacados nas notas fiscais de compra de diversas mercadorias Isentas (feijão, sal, cuscuz, uva, alho e coco) conforme Demonstrativos anexos (em papel e digitalizados em CD), que tiveram por fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e dados das Notas Fiscais emitidas e destinadas ao mesmo.”

Infração 02 - 001.002.006 Infração 03 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 83.477,67.

“O Contribuinte lançou na sua EFD Créditos Fiscais de ICMS de valores destacados nas notas fiscais de aquisição de diversas mercadorias sujeitas à Substituição Tributária (biscoito, lâmpada, partes comestíveis de frango, peru e suíno, e, bebida alcoólica ice), com a fase de tributação já encerrada, conforme Demonstrativos anexos (em papel e digitalizados em CD), que tiveram por fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e os dados das Notas Fiscais emitidas ou destinadas a ele mesmo.”

Infração 03 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$ 57.472,50.

“O Contribuinte utilizou a alíquota de 18% (dezoito por cento) em vez de a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) mais 2% (dois por cento), em operações de Venda Interna de Bebidas Alcoólicas, conforme Demonstrativos anexos (em papel e Digitalizados em CD), que tiveram por fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e dados das Notas Fiscais por ele emitidas ou a ele destinadas”.

O defendant suscita a nulidade da presente autuação, alegando cerceamento de defesa, afirmando que as planilhas que embasam o presente lançamento, e que lhe foram entregues, em meio magnético estão apenas em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que impossibilita a sua conversão em Excel, ou similar, haja vista que as colunas ficam distorcidas e desconfiguradas, não lhe permitindo, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações.

Acrescenta, em relação à infração 03, que a planilha elaborada pela fiscalização não possui sequer o número do documento fiscal a que supostamente se referem as mercadorias autuadas, impossibilitando saber quais informações procedem ou não.

Apesar do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, ao se referir a textos e tabelas no § 3º do art. 8º, não fazer distinção entre Excel e Adobe Acrobat Reader, e, existir diversos conversores para EXCEL, de fácil acesso no mercado, o que permitiria ao sujeito passivo

efetuar as devidas conversões, foi observado que a planilha que dá sustentação à infração 03, também em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), não foram indicados os números das NFC-e.

Assim é que o processo foi convertido em diligência para que o autuante, em relação à infração 03 elaborasse nova planilha inserindo uma coluna indicando os números das NFC-e. Dita planilha, assim como os demonstrativos relacionadas às infrações 01 e 02, todos em meio magnético, e **em arquivos editáveis** foram fornecidos ao sujeito passivo, e reaberto o prazo de defesa, conforme se verifica através do teor da Intimação a ele dirigida, via DT-e, com data de leitura em 31/07/2023, razão pela qual não acolho o pedido de nulidade suscitado na peça defensiva.

Quanto à arguição de nulidade por falta de indicação da origem dos dados constantes no Auto de Infração e falta de clareza quanto a constituição da Base de Cálculo do imposto também não há como prosperar, pois, os levantamentos fiscais ocorreram com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, portanto, todos os documentos são do seu conhecimento. Assim, a Fiscalização embasada na legislação do ICMS elaborou planilhas analíticas para todas as infrações, demonstrando claramente os ilícitos cometidos. Verifico inclusive que as colunas e linhas encontram-se perfeitamente legíveis, contendo diversas informações necessárias para a demonstração das infrações.

Ditas planilhas foram entregues ao sujeito passivo, em duas oportunidades. No momento da ciência da lavratura do Auto de Infração, em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), e em cumprimento à diligência solicitada por este órgão julgador, desta vez em formato EXCEL atendendo o pleito formulado pelo autuado, e reaberto o prazo de defesa, como visto anteriormente.

Assim, inexiste qualquer vício ou falha que possa imputar nulidade ao Auto de Infração, não sendo detectada nenhuma ocorrência das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, a infração 01 encontra-se assim descrita: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas isenção do imposto. “O Contribuinte lançou Créditos Fiscais de ICMS na sua EFD de valores destacados nas notas fiscais de compra de diversas mercadorias Isentas (feijão, sal, cuscuz, uva, alho e coco) conforme Demonstrativos anexos (em papel e digitalizados em CD), que tiveram por fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e dados das Notas Fiscais emitidas e destinadas ao mesmo.*

Na apresentação da defesa o sujeito passivo, nas duas intervenções no processo, não apresentou qualquer equívoco cometido pela fiscalização, apenas alega que: *“o autuante apresentou uma relação genérica de produtos sujeitos à isenção, sem apresentar as informações necessárias para a conclusão de que foram ou não objeto de estorno em sua escrita fiscal”.*

Como esclarecido nas preliminares, a auditoria foi efetuada através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, sendo de responsabilidade exclusiva a sua escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ. Assim, de acordo com a planilha elaborada, inserida no CD de fl. 74 e 111, restou devidamente comprovado que o contribuinte se apropriou de créditos, referentes a aquisição de produtos beneficiados pela isenção, que se encontram descritos no referido demonstrativo, inclusive com as respectivas NCMs, não se tratando, portanto, de uma relação genérica como arguido pelo defendant.

Assim, para tornar insubstancial o lançamento seria bastante que o contribuinte comprovasse que ditos valores foram objeto de estorno em sua escrita fiscal, o que não ocorreu. Consequentemente a infração subsiste em sua totalidade.

A infração 02 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

O defensor repete o mesmo argumento já enfrentado na infração anterior, e aqui também fica rejeitado pelos mesmos motivos.

Foi alegado também que os produtos autuados saíram com tributação normal, fato não

considerado pelo autuante, entretanto, não apresentou qualquer prova documental. Assim, pelo que dispõe o art. 142 do RPAF/99, 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. Consequentemente a infração 02 subsiste em sua totalidade.

A infração 03 acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS em razão de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O sujeito passivo apresentou defesa reclamando que o levantamento elaborado pela fiscalização não continha o número do documento fiscal a que supostamente se referiam as mercadorias autuadas, impossibilitando saber quais informações eram ou não procedentes.

De fato, foi observado que o levantamento inicial inserido na mídia de fl. 74 não continham as informações questionadas pelo autuado, entretanto, tal falha foi suprida através de diligência requerida por este órgão julgador, oportunidade em que foram elaborados novos demonstrativos, inserindo os dados faltantes, cujas cópias foram entregues ao autuado reabrindo o prazo de defesa.

O autuado ao se manifestar não apresentou qualquer equívoco cometido pela fiscalização, limitando-se a apresentar os mesmos argumentos da inicial.

Assim é que, de acordo com o inserido na acusação, o *Contribuinte utilizou a alíquota de 18% (dezoito por cento) em vez de a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) mais 2% (dois por cento), em operações de Venda Interna de Bebidas Alcoólicas, conforme Demonstrativos anexos (em papel e Digitalizados em CD), que tiveram por fonte os arquivos da EFD do Contribuinte e dados das Notas Fiscais por ele emitidas ou a ele destinadas”*.

Em relação as bebidas alcoólicas verifico que a alíquota a ser aplicada é de 25%, conforme disposto no art. 16, inciso II, da Lei 7.014/96, adicionado o percentual de dois pontos, relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, com previsão no Art. 16-A, resultando no total de 27%. Ocorre que de acordo com as planilhas elaboradas pela fiscalização, inseridas no CD de fl. 74 e 116, se verifica que o sujeito passivo aplicou o percentual de 18%, devendo, portanto, serem mantidas na autuação, como procedeu a fiscalização.

Entretanto, observo que na planilha inicial a fiscalização calculou o imposto sobre os totais mensais das saídas de cada espécie de bebidas, porém, ao refazê-la, analiticamente, indicando, individualmente, os números das NFC-e, como solicitado na diligência, verifico que em alguns meses foram apurados valores superiores ao autuado. Como neste momento não se pode alterar o valor do lançamento fiscal nos referidos meses, o ICMS a ser exigido deve ser o lançado na ação fiscal, conforme demonstrativo a seguir.

| Data Ocorr | ICMS A. Infração | ICMS Diligência | ICMS Julgado |
|------------|------------------|-----------------|--------------|
| 30/11/2019 | 1.483,72 | 1.483,68 | 1.483,68 |
| 31/12/2019 | 3.020,33 | 2.997,03 | 2.997,03 |
| 31/01/2020 | 1.322,21 | 1.323,53 | 1.322,21 |
| 29/02/2020 | 1.489,26 | 1.495,37 | 1.489,26 |
| 31/03/2020 | 1.562,19 | 1.563,97 | 1.562,19 |
| 30/04/2020 | 3.499,47 | 3.493,02 | 3.493,02 |
| 31/05/2020 | 2.320,25 | 2.320,28 | 2.320,25 |
| 30/06/2020 | 2.665,34 | 2.667,15 | 2.665,34 |
| 31/07/2020 | 1.501,95 | 1.501,98 | 1.501,95 |
| 31/08/2020 | 1.828,18 | 1.831,07 | 1.828,18 |
| 30/09/2020 | 1.922,58 | 1.923,54 | 1.922,58 |
| 31/10/2020 | 1.689,69 | 1.690,00 | 1.689,69 |
| 30/11/2020 | 1.731,24 | 1.737,45 | 1.731,24 |
| 31/12/2020 | 3.600,08 | 3.577,60 | 3.577,60 |
| 31/01/2021 | 1.615,78 | 1.616,30 | 1.615,78 |
| 28/02/2021 | 1.556,67 | 1.559,67 | 1.556,67 |
| 31/03/2021 | 2.031,82 | 2.036,31 | 2.031,82 |

| | | | |
|---------------|------------------|------------------|------------------|
| 30/04/2021 | 2.503,82 | 2.512,47 | 2.503,82 |
| 31/05/2021 | 2.104,34 | 2.104,95 | 2.104,34 |
| 30/06/2021 | 2.908,89 | 2.908,92 | 2.908,89 |
| 31/07/2021 | 1.798,80 | 1.798,81 | 1.798,80 |
| 31/08/2021 | 1.901,92 | 1.906,11 | 1.901,92 |
| 30/09/2021 | 2.013,44 | 2.017,81 | 2.013,44 |
| 31/10/2021 | 2.019,36 | 2.021,49 | 2.019,36 |
| 30/11/2021 | 1.780,53 | 1.773,75 | 1.773,75 |
| 31/12/2021 | 5.600,64 | 5.590,28 | 5.590,28 |
| Totais | 57.472,50 | 57.452,54 | 57.403,09 |

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 176.582,99 conforme a seguir:

| INFRAÇÃO | AUTO INFRAÇÃO | VLR. JULGADO |
|------------------|-------------------|-------------------|
| 01 - 001.002.003 | 35.703,23 | 35.703,23 |
| 02 - 001.002.006 | 83.477,67 | 83.477,67 |
| 03 - 003.002.002 | 57.472,50 | 57.403,09 |
| TOTAL | 176.653,40 | 176.583,99 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206915.0009/22-2, lavrado contra **LCR COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar do pagamento do imposto de R\$ 176.583,99, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII e II, “a”, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA