

PROCESSO - A. I. N° 269198.0011/21-6
RECORRENTE - DERMIVALDO SANTIAGO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0262-04/21
ORIGEM - DAT NORTE / INFAC CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/01/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0370-11/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O VALOR INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS, EM DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS E/OU ARQUIVOS ELETRÔNICOS. Razões de defesa não são capazes elidir a autuação. Afastada as arguições de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo diz respeito ao Recurso Voluntário impetrado pela autuada, em virtude da decisão proferida pela 4ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em tela, lavrado em 07.06.21, ciente em 30.06.21, no valor original de R\$141.670,82, pelo cometimento da infração abaixo descrita:

INFRAÇÃO 01 – 003.001.004

Valor debitado na EFD menor do que o destacado na NOTA FISCAL DO CONSUMIDOR ELETRÔNICA – NFCE. Conforme demonstrativo em mídia DVD anexa.

Analizando o Auto de Infração acima descrito e seus demonstrativos, a defesa protocolada pela autuada em 27.08.21, fls. 10 a 27 e a Informação Fiscal prestada pelo autuante, protocolada em 13.10.21, fls. 35 a 36, em sessão do dia 17.12.21, por meio do Acórdão JJF nº 0262-04/21, fls. 42 a 49, assim decidiu a 4ª JJF:

O Auto de Infração, em tela, lavrado em 07/06/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAC CHAPADA DIAMANTINA, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501338/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 141.670,82, referente a 01 (uma) infração, sob a acusação de que o contribuinte recolheu a menos ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos no ano de 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 6 dos autos.

O sujeito passivo, em sede de defesa, registra, preliminarmente, arguições de nulidade do Auto de Infração sob 04 (quatro) fundamentos, quais sejam: (i) “Da falta de prévia intimação da Autuada para sanar as omissões nos arquivos magnéticos”, (ii) “Da aplicação de dispositivo revogado para fundamentar a exigência fiscal”, (iii) “Da inadequação do enquadramento legal da multa aplicada à descrição da infração” e (iv) “Da insubsistência da infração por insuficiência de elementos probatórios dos fatos imputados à Autuada (art. 42, II, RPAF)”

Sobre a falta de prévia intimação da Autuada para sanar as omissões nos arquivos magnéticos, aduz, o sujeito passivo que, como decorre da leitura do auto de infração, o agente Autuante está imputando o recolhimento a menor do imposto em razão de “Débito Escriturado na EFD Menor que o Destacado na NFE e NFCE”, ou seja, uma divergência entre o valor do imposto destacado nos documentos fiscais e o valor que foi escriturado nos arquivos eletrônicos; entretanto, não obstante tenha constatado a existência de omissão, consigna que não foi intimado, previamente, para sanar as irregularidades de seus arquivos, vindo, o Autuante, a lavrar o auto de infração sem observar o procedimento preconizado na Instrução Normativa nº 55/2014 que diz tratar do assunto.

Não vejo restar qualquer razão a tal arguição de nulidade, pois além de não tratar a infração de exigência de termo de intimação para constatação dos fatos imputados, o normativo em que o sujeito passivo fundamenta para arguição da nulidade diz respeito a um instrumento normativo de orientação à fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei nº 7.014, de 04/12/1996, que trata do ICMS no Estado da Bahia.

Sobre o aspecto da falta de intimação arguida pelo sujeito passivo, onde deixa a entender que, caso fosse intimada para corrigir as inconsistências de sua escrituração fiscal digital, teria oportunidade de proceder as devidas correções, não se trata a imputação de falta de envio de informações entregue com inconsistência, mas tão somente de constatação de divergência entre o valor do imposto destacado dos documentos fiscais – Nota Fiscal do Consumidor Eletrônica (NFCE) - e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos no ano de 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 6 dos autos.

Neste sentido, diferentemente do entendimento do defendente, não me apresenta que tais ocorrências fiscais sejam por inconsistência na escrita fiscal, e que por isso, à luz do seu entendimento, ensejaria de prévia intimação da Autuada para sanar as omissões nos arquivos de sua escrituração fiscal digital – EFD; portanto, não há que se arguir a nulidade do lançamento por afronta a tal falta de intimação, muito menos por descumprimento da Instrução Normativa nº 55/74, que trata eminentemente de orientação a fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, que não é o caso objeto do Auto de Infração, em tela.

De outro modo, ainda em sede de preliminar de nulidade, pontua, o sujeito passivo, que a cobrança levada a efeito no Auto de Infração nº 269198.0007/21-9, em tela, o agente Autuante aplicou dispositivo revogado para fundamentar a exigência fiscal, isso em relação ao artigo 259 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, cujo dispositivo citado fora revogado em 21/12/2018 pelo Decreto n. 18.801 com efeitos a partir de 01/01/2019.

Também não se sustenta tal arguição de nulidade, pois a autuação não se fundamenta apenas no artigo 259, arguido, aliás tal artigo não era para constar da fundamentação, pois se relacionava a obrigatoriedade do usuário de SEPD enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Conv. ICMS 57/95, quando à época dos fatos geradores outros dispositivos, inclusive já apontados na própria fundamentação arguida abarcava tal obrigatoriedade.

Na realidade a fundamentação legal da autuação está devidamente enquadrada nos artigos 24 à 26, 32 e inciso III, do artigo 34, da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 248, 304 e 332, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, até a data de ocorrência a 31/10/2020, e para as demais ocorrências, c/c artigos 215, 248, 255, 257 à 259, 263, 304 e 332, do mesmo diploma legal, onde não observo qualquer razão a arguição de nulidade se outros dispositivos relacionados, no enquadramento citado, absorve o que dispõe o artigo 259 arguido.

A defendente traz aos autos a arguição de nulidade quanto inadequação do enquadramento legal da multa aplicada à descrição da infração. Como destacado na inicial dos autos, bem assim na peça de defesa, no caso em análise, foi aplicada a penalidade capitulada no inciso II, alínea “b” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 que trata do desencontro entre o valor do imposto recolhido e aquele apurado na escrituração:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

*b) **em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido pelo contribuinte e o escriturado na apuração do imposto;** (destacamos).*

Neste contexto, não vejo qualquer incongruência na acusação, ou seja, o Contribuinte Autuado recolheu o imposto (ICMS) em desencontro com o informado nos documentos fiscais e o escriturado na apuração do imposto, decorrente da subtração de parte do ICMS destacado em Notas Fiscais do Consumidor Eletrônica (NFCE), como assim está posto na Informação Fiscal. Portanto em sintonia com os termos da autuação. Afasto, também, esta arguição de nulidade.

Por fim, ainda em sede de preliminar de nulidade, pontua, o sujeito passivo, que a cobrança levado a efeito no Auto de Infração nº 269198.0007/21-9, em tela, está desprovida de elementos probatórios. Examinando, então, o inteiro teor da peça inicial acusatória diz, o sujeito passivo, ter constatado que o autuante apenas descreveu os fatos, mas não trouxe os elementos probatórios para fundamentar suas acusações.

Não é o que observo dos elementos constitutivos do lançamento fiscal. Têm-se à fl. 5 dos autos o expediente denominado “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, com o descriptivo de todos os arquivos/demonstrativos, com a extensão PDF, que dão sustentação às imputações, originárias da O.S. 501338/21, que deu azo ao Auto de Infração, em tela, gravados no CD/Mídia, de fl. 06, associado ao Termo de Intimação de envio, ao Contribuinte Autuado, pela inspetoria de sua circunscrição, para ciência de todos os elementos que compõe o lançamento fiscal, onde se ver, na fl. 08 dos autos, documento expedido pelos Correios indicando que o objeto foi entregue ao destinatário.

Compulsando o CD/Mídia de fl. 06, observa-se, com clareza, na sua inteireza, os demonstrativos, em PDF, que dão sustentação as imputações originárias da O.S. 501338/21, mais especificamente o demonstrativo “VALOR DEBITADO NA EFD MENOR DO QUE O DESTACADO NA NOTA FISCAL DO CONSUMIDOR ELETRÔNICA – NFCE”, que fundamenta o Auto de Infração, em tela.

Todos os demonstrativos foram extraídos da Escrita Fiscal Digital – EFD do Contribuinte Autuado, onde se tem as informações necessárias à constituição do lançamento fiscal, conforme a natureza de cada uma das imputações, objeto da O.S. 501338/21, no caso do Auto de Infração, em análise, tipo: “DtaEmiss”, “DtaLcto”, “NumDoc”, “ChvNfe”, “Valor”, “VlBcIcms”, “VlIcms”, “VlDebMenor”, “Mês” e “Ano”.

Portanto, não há que se cogitar que o agente Autuante não trouxe, aos autos, quaisquer elementos que comprove a existência das imputações, objeto do Auto de Infração. Trata-se de um procedimento de autoria baseada na Escrita Fiscal Digital – EFD do Contribuinte Autuado, em nenhum momento arguida, pelo mesmo, sobre as informações transmitidas à base de dados do repositório nacional do SPED, ao qual o agente Fiscal se apropriou para desenvolver a ação fiscal, em cumprimento da O.S.: 501338/21 no período fiscalizado de 01/01/2020 a 31/12/2020.

Vê-se, também, neste tópico de arguição de nulidade o destaque do art. 42, inciso II, do RPAF/BA, que trata da função fiscalizadora a ser exercida pelos agentes Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Neste aspecto não vejo qualquer ocorrência de registro do lançamento fiscal que enseje qualquer arguição de nulidade, pois fora exercido por Auditor Fiscal, portanto em perfeita sintonia com que prevê a legislação pertinente.

Observa-se, ainda, a arguição do defendente quanto a necessidade de diligência fiscal, com fundamento no § 3º, do art. 123, do RPAF/BA, para exigir do agente Autuante a comprovação das alegadas omissões nos arquivos digitais e também a comprovação que previamente intimou o defendente e entregou a listagem diagnóstico.

Neste aspecto, como já exaustivamente discorrido linhas acima, não se trata a imputação, constante do Auto de Infração, em tela, de inconsistência na Escrituração Fiscal Digital (EFD) enviadas, pelo próprio Contribuinte Autuado, ao repositório nacional do SPED, mas tão somente de constatação de erros e omissões levantadas pelo agente Autuante no desenvolvimento da ação fiscal. Neste sentido não há que se cogitar qualquer diligência fiscal a se constatar tal fato.

Portanto, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária a diligencia fiscal requerida, por considerar suficientes os elementos. Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a atuação, vejo restar subsistente o Auto de Infração nº 269198.0011/21-6, em tela, onde contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, bem assim, por entender que o autuado exerceu o direito da ampla defesa e contraditório, quando demonstra na sua manifestação pleno conhecimento dos fatos arrolados no Auto de Infração, além de ser uma matéria comumente tratada em outros julgados deste Conselho de Fazenda.

No mérito, o sujeito passivo, não traz qualquer arguição. A defesa se limita a contestar a autuação, pedindo a nulidade e a solicitar diligência. Portanto, a autuação está devidamente comprovada pelo demonstrativo constante do CD/Mídia de fl.6 dos autos.

O agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

Ciente da decisão acima, inconformada e tempestivamente, a Recorrente, devidamente assistida juridicamente pela Dra. Jaciene Mascarenhas Vivas, OAB/BA nº 26.354, protocolou, na data de 18.08.2022, fls. 93 a 101 do processo, Recurso Voluntário, pugnando pela sua reforma, ora objeto de análise.

Afirmando estar atendendo ao que especifica o artigo 169, alínea “b” do RPAF, requer a recepção do instrumento recursório e sua reforma pelas razões que elenca.

Diz da apresentação da sua defesa inicial e dos argumentos apontados que indicariam a nulidade da autuação, não acatados pela Junta Julgadora que entendeu totalmente procedente a autuação, e que retorna a este Conselho pugnando pela improcedência, com base nos argumentos que passa a apresentar.

Apresentando as RAZÕES RECURSAIS, inicialmente apresenta o item **Indeferimento da realização de diligência fiscal - nulidade do v. acórdão.**

Afirma que a Junta Julgadora indeferiu seu pedido de diligência, apresentando como sustentação

o que define o RPAF/BA no artigo 147, inciso I, alínea “a”, muito embora tenha apresentado em sua impugnação documentos que demonstram, com riqueza de detalhes, a presença de “*fortes indícios*” de erro no lançamento fiscal, que determinaram a não apuração correta da ocorrência dos fatos geradores, culminando com o lançamento fiscal objeto do processo.

Diz que o lançamento fiscal decorreu de inconsistências em seus arquivos magnéticos “*os quais foram demonstrados através das auditorias eletrônicas e livros de apuração do ICMS anexados pela contribuinte*”.

O não atendimento ao seu pedido, em face dos indícios concretos de erro nos lançamentos, afirma, configura cerceamento de defesa e afronta o determinado no artigo 2º do RPAF/BA, que transcreve, assim como o artigo 18.

Repisa que o não atendimento ao seu pedido de diligência configura cerceamento da sua defesa, visto não ter a autoridade administrativa atentado para os argumentos e provas que diz haver apresentado.

Em sequência, a Recorrente, apresenta sua análise sobre *Da falta de prévia intimação da Autuada para sanar as divergências nos arquivos magnéticos* onde destaca haver apresentado, quando da sua impugnação, a preliminar de nulidade do lançamento fiscal em face de não ter sido intimada a efetuar o saneamento dos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, cujas inconsistências geraram a autuação ora combatida, destacando, como sustentação legal para suas alegações, o que está contido nos artigos 2º, 18 e 41 do RPAF/BA e a Instrução Normativa SAT nº 55/2014.

Destaca trecho do Acórdão prolatado pela Junta Julgadora, e reclama pela não intimação para correção dos arquivos magnéticos apresentados, como estabelecido no § 4º, do art. 247 do RICMS e o procedimento descrito na IN 55/14.

E destaca: “*Diante deste expediente, entendemos que o autuante deveria ter intimado a contribuinte para sanar as irregularidades de seus arquivos antes do lançamento de ofício. Como não houve a intimação, entendemos que o lançamento fiscal padece de vício de nulidade posto realizado com descumprimento de preceito legal*”.

Transcreve a Ementa do Acórdão CJF nº 0389-12/17, da 2ª CJF, que diz ser o assunto semelhante ao que se discute no presente processo, e reafirma que a atitude da Junta Julgadora confirma o cerceamento que lhe foi imposto à defesa, prejudicada que foi e mais que: “*Além do cerceamento de defesa, fica evidente também que houve descumprimento do procedimento formal previsto na legislação aplicável que por sua vez implica em clara ofensa do devido processo legal*”.

Comenta sobre o que está previsto no CTN, artigo 142, sobre ser a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, assim como o descumprimento da legalidade objetiva prevista no artigo 2º do RPAF/BA, transcrevendo, novamente, os artigos 2º e 18 do RPAF, assim como ementa do Acórdão CJF nº 0391-12/18, com base em que, novamente, postula a nulidade da autuação.

Tratando **Da aplicação de dispositivo revogado para fundamentar a exigência fiscal**, a Recorrente, contesta o enquadramento da infração com base no que determina o artigo 259, do RICMS/BA, quando o mesmo fora revogado pelo Decreto nº 18.801/19, portanto anterior à lavratura da autuação.

Tal enquadramento, afirma, afronta ao determinado pelo artigo 39, do RPAF, que transcreve e complementa: “*Não é demais lembrar que o art. 39 do RPAF traz lista taxativa do que deve conter o auto de infração, não sendo possível cogitar de discricionariedade na lavratura, sob pena de descumprimento do art. 142 do Código Tributário Nacional e do comprometimento dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade do lançamento tributário*”.

Em seguida, a Recorrente, trata **Da inadequação do enquadramento legal da multa aplicada à descrição da infração**, afirmando que a capituloção da multa definida na autuação não guarda relação com a infração que lhe é imputada, que seria “*divergências na escrituração da EFD*

relativa a apuração do tributo ali escriturado com o valor do ICMS destacado nas notas fiscais” quando o inciso II, alínea “b”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 “trata do desencontro entre o valor do imposto recolhido e aquele apurado na escrituração”.

E transcreve trecho do julgado na decisão de piso, abaixo apresentado:

“Neste contexto, não vejo qualquer incongruência na acusação, ou seja, o Contribuinte Autuado recolheu o imposto (ICMS) em desencontro com o informado nos documentos fiscais e o escriturado na apuração do imposto, decorrente da subtração de parte do ICMS destacado em Notas Fiscais do Consumidor Eletrônicas (NFCE), como assim está posto na informação fiscal. Portanto em sintonia com os termos da autuação afasto, também, esta arguição de nulidade”

E destaca a fundamentação apresentada na decisão de piso quando diz que a Recorrente teria recolhido a menor o imposto destacado nas notas fiscais que embasaram a autuação, entendimento manifestado pelo julgador de piso, que assim afirma:

“Neste contexto, não vejo qualquer incongruência na acusação, ou seja, o Contribuinte Autuado recolheu o imposto (ICMS) em desencontro com o informado nos documentos fiscais e o escriturado na apuração do imposto, decorrente da subtração de parte do ICMS destacado em Notas Fiscais do Consumidor Eletrônicas (NFCE), como assim está posto na informação fiscal. Portanto em sintonia com os termos da autuação afasto, também, esta arguição de nulidade”

Volta a citar o que estabelece o RPAF/BA no artigo 39, que novamente transcreve, reiterando a postulação da nulidade da autuação.

Continuando, a Recorrente discorre sobre: **Da insubsistência da infração por insuficiência de elementos probatórios dos fatos imputados à Autuada (art. 42, II, RPAF) – falta de apuração de saldo de imposto a pagar.**

Afirma que o autuante descreveu os fatos que determinaram a acusação fiscal mas, não apresentou elementos probatórios para sustentar sua acusação e que o julgador de piso, em trecho do acórdão prolatado, afirma:

“Não é o que observo dos elementos constituídos do lançamento fiscal. Têm-se a fl.5 dos autos o expediente denominado ‘Recibo de Arquivos Eletrônico’, com o descriptivo de todos os arquivos/demonstrativos, com a extensão PDF, que dão sustentação as imputações, originárias da O.S. 501338/21, que deu azo ao Auto de Infração, em tela, gravados em CD/Mídia, de fl.06, associado ao Termo de Intimação de envio ao Contribuinte Autuado, pela inspetoria de sua circunscrição”

Diz que nos demonstrativos anexados aos autos consta tão somente uma listagem “com data, número da NFE e NFCE, chave de acesso, ICMS escriturado, ICMS destacado, ICMS debitado a menor e nenhum documento probatório”. E, que tal atitude nada comprova a título de ato infracional por ela cometido, pois, da forma como apresentado, poderia ter ocorrido, também, recolhimento a maior, não tendo, pois, sustentação a acusação que buscam lhe impor.

Diz que tal imputação infracional, sem sustentação fática, causa dificuldade de análise de sua parte, assim como, por parte dos julgadores, dificultando um julgamento justo do processo em comento, pois não atende ao que está definido no artigo 42, inciso II, do RPAF/BA, que transcreve.

Destaca que a acusação que lhe é imputada, sem as comprovações, transfere-lhe o ônus da prova, no caso negativa, afrontando o disposto no artigo 153 do RPAF/BA, que transcreve, e, complementa afirmando que não cabe unicamente ao contribuinte produzir provas da sua inocência, o que leva ao enquadramento da acusação no que estabelece o artigo 142 do RPAF, que transcreve, como abaixo:

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

Ante o que está acima disposto, afirma que: **“Não é dado ao Estado, portanto, simplesmente lavrar um auto de infração que se faz acompanhar apenas de demonstrativos de débitos, de nenhuma prova do fato alegado e sem mínima observância dos requisitos formais.**

Também não é dado ao Estado transferir inteiramente o ônus da prova negativa ao

contribuinte que não apenas precisa entender claramente do que está sendo acusado como ainda precisa provar que não cometeu ilícitos, dos quais não pode sequer ter pleno conhecimento, já que não há documentos comprovando a infração”.

Reafirmando que o autuante não carreou aos autos qualquer prova que comprove o cometimento da infração apontada, apresenta a sua.

CONCLUSÃO:

“Diante do exposto, a Recorrente requer a este Eg. Conselho receba o presente Recurso Voluntário com todas as suas razões para declarar a nulidade do v. Acórdão ou para determinar a reforma Decisão recorrida, declarando-se a nulidade do auto de infração ou julgando-o improcedente.

No caso de procedência reiteramos o pedido de realização de diligência fiscal.

Pugna pelo envio de todas as intimações para a advogada subscritora no endereço constante do instrumento do mandato a fim de que a defesa do sujeito passivo que foi entregue à profissional não seja prejudicada por não tomar conhecimento dos atos praticados no processo”.

VOTO

O cerne da questão ora em lide está definida na acusação feita à Recorrente pelo autuante, assim descrita na Infração 01: *Valor debitado na EFD menor do que o destacado na NOTA FISCAL DO CONSUMIDOR ELETRÔNICA – NFCE. Conforme demonstrativo em mídia DVD anexa.*

Igualmente ao apresentado em sua impugnação inicial, em seu Recurso Voluntário, a Recorrente limita-se a, repetidamente, indicar possíveis nulidades na autuação, temas tratados pela Junta Julgadora ao proferir a decisão de piso.

Muito embora possa parecer redundante, em face do que descrito na Informação Fiscal e ainda justificado no voto condutor da primeira instância, as nulidades suscitadas tenham sido todas devidamente elididas, abordá-las-ei.

Analiso a primeira: **Indeferimento da realização de diligência fiscal - nulidade do v. acórdão.**

Em se tratando de divergência entre os valores dos tributos destacados nas notas fiscais emitidas pela Recorrente e aqueles constantes nos seus arquivos digitais encaminhados à SEFAZ, as provas da ocorrência estão devidamente identificadas nos autos do processo. Caso a Recorrente entenda que algum erro ocorreu na autuação deve carregar ao processo as falhas encontradas e comprovar, documentalmente, o ocorrido, o que não se vislumbra em sua peça recursiva.

O atendimento a pedido de diligência fiscal está definido no RPAF/BA, inclusive quanto à competência do julgador em aprová-la ou rejeitá-la, conforme abaixo apresentado:

“Art. 137. Compete ao relator, tanto na primeira como na segunda instância, avaliar se o processo se encontra em condições de ser levado a julgamento a salvo de dúvidas ou incorreções, devendo nesse sentido:

I - mediante despacho fundamentado, submeter à Junta ou Câmara a discussão quanto à:

a) realização de diligência ou perícia fiscal, levando-se em consideração sua necessidade e possibilidade”;

O RPAF, também, facilita ao autuado pleitear diligência com fins de averiguar e constatar possíveis omissões e errôneas avaliações efetuadas pelo autuante, estabelecendo condições para tanto, e isto está definido no artigo 145, como abaixo:

“Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço”.

O artigo 147 do RPAF facilita ao julgador a apreciação do pedido efetuado pelo autuado, com base em que defere ou não o pedido de diligência, como abaixo apresentado:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

(...)

§ 2º O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:

I - pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto”;

Considerando não estar o pedido da Recorrente preenchendo os pressupostos necessários para seu atendimento, nego o pedido de diligência formulado.

Em suas postulações pela nulidade da autuação, a Recorrente destaca: **Da falta de prévia intimação da Autuada para sanar as divergências nos arquivos magnéticos.**

O RICMS/BA, em seu artigo 247, assim define:

“Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06)”.

O contribuinte sujeito à obrigatoriedade de apresentação da EFD deve manter sistemas de geração dos arquivos obrigatórios ao envio das informações à SEFAZ, devidamente integrados, ou prestando informações consonantes entre si, devendo a EFD ser o resultante dos arquivos de registros das movimentações fiscais do contribuinte em que, normalmente, não se pode admitir que arquivos resultantes desta integração (no caso a geração da ECF), contenham divergências.

A ocorrência de divergências só pode ser debitada a erros de sistemas, caso em que as empresas de software que os elaboram devem atestar tal situação ou erro deliberado por alteração dos arquivos antes da sua remessa ao depositário do fisco estadual.

No caso, a geração da EFD deveria recepcionar os dados contidos nas informações das notas fiscais de vendas, e, o que ocorre no presente processo é a constatação de valores divergentes entre os constantes das notas fiscais e os registrados na EFD, sem que tenha a Recorrente apresentado razões para tanto.

Quanto ao pedido de retificação o RICMS, também define as condições para tanto, conforme disposto no artigo 251, a seguir transcrito:

“Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>”

Quanto ao argumento de que teria incorrido inconsistências em seus arquivos magnéticos apresentados, comungo plenamente com o que afirmou o julgador de piso, em trecho do seu voto, assim prolatado:

“Não vejo restar qualquer razão a tal arguição de nulidade, pois além de não tratar a infração de exigência de termo de intimação para constatação dos fatos imputados, o normativo em que o sujeito passivo fundamenta para arguição da nulidade diz respeito a um instrumento normativo de orientação à fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei nº 7.014, de 04/12/1996, que trata do ICMS no Estado da Bahia.

Saliento que, mesmo em se autorizando a retificação pretendida, a mesma apenas viria a corroborar, caso viesse a representar a verdade dos fatos, a confissão da irregularidade praticada

pela Recorrente, em face das provas cabais do recolhimento a menor do tributo devido sobre as operações objeto da autuação.

Razão, pois, não cabe à Recorrente, conforme acima relatado, pelo que, seguindo o decidido pela Junta Julgadora, rejeito tal preliminar.

Também postula a Recorrente nulidade da autuação pela capitulação dada pelo autuante ao enquadrar a infração com base nos artigos 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332, pelo fato de o artigo 259 haver sido revogado em data anterior aos fatos geradores, por meio do Decreto nº 18.801/19, ao tratar **Da aplicação de dispositivo revogado para fundamentar a exigência fiscal**.

O artigo 259 elencava os itens obrigatórios na apresentação do SEPD, com base no Convênio ICMS 57/95, substituído pelo SPED, do qual faz parte a ECF, o que em nada invalida a autuação, devidamente identificada e enquadrada legalmente nos demais dispositivos indicados.

Desta forma, rejeito, também, tal preliminar de nulidade.

Adentrando ao mérito da lide, a Recorrente, trata **Da insubsistência da infração por insuficiência de elementos probatórios dos fatos imputados à Autuada (art. 42, II, RPAF) – falta de apuração de saldo de imposto a pagar**.

Os elementos probatórios alegados pela Recorrente lhe foram apresentados em CD Mídia, fl. 6 do processo e detém ela os arquivos por ela mesma gerados e transmitidos ao depositário da SEFAZ/BA, que são os constantes da relação contida no “Recibo de Arquivos Eletrônicos” à folha 05 do processo.

A autuação, como destacado pelo autuante em sua Informação Fiscal, “*não se tratou apenas de uma formalidade de correção de EFD, que poderia estar relacionada aos argumentos da defesa, mas de subtração de parte do ICMS destacado em notas fiscais (NFCE's) e que implicaram no recolhimento a menor do ICMS, tudo devidamente previsto nas normas legais*”.

E, prova alguma acosta a Recorrente ao processo que possa elidir a infração que lhe foi imputada.

Também trata a Recorrente **Da inadequação do enquadramento legal da multa aplicada à descrição da infração**, quando afirma que a capitulação infracional não guarda relação com a infração lhe imputada que seria: “*divergências na escrituração da EFD relativa a apuração do tributo ali escriturado com o valor do ICMS destacado nas notas fiscais*” quando o inciso II, alínea “b”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 “*trata do desencontro entre o valor do imposto recolhido e aquele apurado na escrituração*”.

Talvez uma leitura mais acurada por parte da Recorrente do que está enunciado na infração 01, esclareça o motivo do enquadramento da multa reclamada, como se pode ver: “*Valor debitado na EFD menor do que o destacado na NOTA FISCAL DO CONSUMIDOR ELETRÔNICA – NFCE. Conforme demonstrativo em mídia DVD anexa*”.

Ao debitar-se a menor do tributo que deveria ter recolhido a Recorrente, em realidade declarou a menor o valor que seria devido, quando da emissão das notas fiscais, o que é plenamente enquadrado no que dispõe a Lei nº 7.014/96, no artigo 42, como abaixo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

b) em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido pelo contribuinte e o escriturado na apuração do imposto;

Desta forma, diante do que foi analisado, comprovado e legalmente enquadrado, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pela Recorrente, assim como seu pedido de diligência, NEGO PROVIMENTO ao seu Recurso Voluntário e julgo PROCEDENTE o Auto de Infração em apreço, mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269198.0011/21-6, lavrado contra **DERMIVALDO SANTIAGO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$141.670,82, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2022.

RUBEN BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REP. DA PGE/PROFIS