

PROCESSO - A. I. Nº 269198.0012/21-2
RECORRENTE - LM SHOPING DA CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0264-04/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C/JF Nº 0073-12/22-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. Decretada, de ofício, o reenquadramento da multa aplicada para o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Afastada as arguições de nulidades. Modificada, de ofício, a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra à Decisão recorrida que julgou Procedente o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 08/06/2021, sendo constituído crédito tributário no valor de R\$ 123.283,44, conforme demonstrativo acostado à fl. 3 dos autos e CD/Mídia à fl. 7, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 – 003.001.004: *O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos nos anos de 2019 e 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 7. Constam, de informações complementares, valores debitados na EFD menor do que o destacado na Nota Fiscal do Consumidor Eletrônica – NFCE. Lançado ICMS no valor de R\$ 123.283,44, com enquadramento 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, demais ocorrências, c/c artigos 215, 248, 255, 257 à 259, 263, 304 e 332, do mesmo diploma legal e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.*

O sujeito passivo, às fls. 10/27 dos autos, apresenta defesa administrativa. O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 35/37 dos autos.

Na decisão de piso tem o seguinte voto condutor:

VOTO

O Auto de Infração, em tela, lavrado em 08/06/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ CHAPADA DIAMANTINA, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501339/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 123.283,44, 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 nos anos de 2019 e 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 7 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 as infrações 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 imputações 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 nos anos de 2019 e 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 7 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 269198.0012/21-2, 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 269198.0012/21-2, 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 descritivo de todos os arquivos/demonstrativos, com a

extensão PDF, que dão sustentação às imputações, originárias da O.S. 501339/21, que deu azo ao Auto de Infração, em tela, gravados no CD/Mídia, de fl. 07, 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 AR expedido pelo Correios indicando que o objeto foi entregue ao destinatário.

Compulsando o CD/Mídia de fl. 07, observa-se, com clareza, na sua inteireza, os demonstrativos, em PDF, que dão sustentação as imputações originárias da O.S. 501339/21, 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”, “VlBclcms”, “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.: 501339/21 no período fiscalizado de 01/01/2017 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 quaisquer das imputações, 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 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 diligência fiscal requerida, por considerar suficientes os elementos 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. 7 dos autos.

Há de 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 269198.0012/21-2, em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

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

Inconformado com a decisão recorrida, a patrona (Dra. Jaciane Mascarenhas Vivas – OAB/BA nº 26.354) da recorrente apresenta peça recursal, o tece o seguinte resumidamente os fatos da peça defensiva:

Relata quanto a tempestividade, discorre sobre o acórdão recorrido em relação aos fatos da autuação e reproduz a ementa da 4ª JF.

Alega, em preliminar de nulidade, por **falta de prévia intimação – falta de entrega de listagem**

diagnóstico sobre as divergências dos arquivos eletrônicos. Afirma que não foi observado procedimentos obrigatórios, como o dever de intimar previamente o contribuinte na hipótese de divergências verificadas nos arquivos eletrônicos; dever que consta expressamente previsto na redação da Instrução Normativa nº 55/2014.

Reproduz novamente as razões defensivas em relação a Instrução Normativa citada e pede pela atenção para observar que a falta de prévia intimação não se trata de descumprimento de dever meramente formal, na verdade ao deixar de intimar o contribuinte antes da lavratura do auto de infração, o autuante indevidamente tirou deste a possibilidade de autorregularização. Acosta entendimento adotado por este Eg. Conselho de Fazenda (2ª CJF - ACORDÃO CJF Nº 0391-12/18).

Requeru provimento ao presente recurso para reformar a Decisão recorrida e declarar a nulidade do auto de infração.

Defende, ainda em preliminar, à **indevida aplicação de dispositivo legal revogado**, sendo aplicado, neste caso, o art. 259 do RICMS, que foi revogado em 21/12/2018 pelo Decreto nº 18.801 com efeitos a partir de 01/01/2019, no qual introduziu uma série de mudanças no RICMS, dentre as quais a disposição do art. 249 que trata do arquivo EFD e determina que o contribuinte obrigado deve observar o Ajuste SINIEF 02/2009 e as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 44/18 e no Guia Prático da EFD-ICMS/IPI.

Disse que trouxe novas regras a serem observadas na escrituração do arquivo EFD, especialmente as especificações técnicas e o leiaute, previu expressamente a revogação das disposições em contrário então vigentes no RICMS, enumerando entre estes o art. 259 que determinava o atendimento das especificações técnicas estabelecidas no Convênio ICMS 57/95, sendo não se tratar da aplicação de dispositivo que estava vigente na época dos fatos geradores, como permitiria o art. 144 do CTN, mas da aplicação de dispositivo que já estava revogado muito antes dos fatos geradores ocorrerem (desde 01/01/2019).

Enfatiza que o revogado art. 259 do RICMS foi indevidamente utilizado para enquadrar as infrações supostamente ocorridas em 2019 e no período de 2020, período posterior a perda dos efeitos do dispositivo citado. Reporta que a regra contida no art. art. 39 do RPAF, sobretudo a vista do teor do inciso V que trata do enquadramento legal da infração, no qual a preliminar foi afastada pelo colegiado de piso.

Diz que o cerne da questão é justamente a obrigação acessória então prevista no dispositivo revogado. E roga ao princípio da legalidade, já que o ato normativo em questão, por força da revogação, está fora do ordenamento jurídico e não pode ser aplicado a situações posteriores a perda de sua validade, salvo na hipótese do art. 144 do CTN, o que não ocorre no caso sob estudo. Pede pela nulidade, requerendo a reforma da decisão recorrida para com base no exposto declarar nulo o auto de infração.

Impugna em relação à **inadequação do enquadramento legal da multa aplicada**, argui nulidade do lançamento fiscal por ter incorrido em divergências na escrituração da EFD relativa a apuração do tributo ali escriturado com o valor do ICMS destacado nas notas fiscais.

Esclarece que o dispositivo legal utilizado para fundamentar a penalidade aplicada trata de situação diversa; a penalidade capitulada no inciso II, alínea “b”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 trata do desencontro entre o valor do imposto recolhido e aquele apurado na escrituração e não de divergência entre o valor destacado na nota fiscal e aquele escriturado na EFD.

Afirma que não recolheu o imposto em desencontro com o informado nos arquivos eletrônicos, na realidade o valor informado coincidiria com o valor recolhido, como alega o próprio Autuante, tendo patente incongruência do dispositivo legal utilizado para enquadrar a multa, vez que a penalidade capitulada já citada.

Acrescenta que a descrição dos fatos no presente caso nos parece ser exatamente a matéria de que trata a Instrução Normativa nº 55/14 no tópico divergência, de modo que também neste aspecto –

adequação dos fatos à penalidade aplicada - verifica-se que o auto de infração não preenche os requisitos formais de validade estabelecidos no art. 39, inciso V, alínea “c” que trata da tipificação da infração e da multa aplicada. Portanto, pede pela nulidade do lançamento sob pena de ofensa ao princípio da legalidade insculpido no art. 2º do RPAF e no art. 142 do CTN.

Alega pela **insubsistência da infração por insuficiência de elementos probatórios dos fatos** (art. 42, II do RPAF). Disse que o autuante não anexou qualquer documento que comprove que a Recorrente teria procedido em dita divergência, mas tão somente apresentou estes demonstrativos de débito, serviriam apenas para a apuração do crédito tributário, mas não para a comprovação da existência da infração imputada.

Ademais, entendem que seria necessário evidenciar no auto de infração se o valor recolhido era de fato insuficiente, levando-se em conta o disposto na legislação que é o referencial normativo para a apuração do tributo devido. Chama atenção, **primeiro**, que a infração imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menor do imposto, no entanto, não há qualquer elemento nos autos que demonstre insuficiência dos recolhimentos realizados pela Recorrente no período. **Segundo**, que não há elementos probatórios nos autos acerca da existência de divergência entre o ICMS destacado na nota fiscal e aquele que foi escriturado na EFD do sujeito passivo, pois o autuante se limitou a anexar apenas demonstrativos elaborados no bojo da ação fiscal, sendo os recibos de fl. 10 mencionados na decisão de piso referentes à entrega destes demonstrativos elaborados pelo próprio Fiscal autuante, nos quais também não vemos qualquer elemento de prova acerca das alegadas divergências nos arquivos.

Entende que os demonstrativos servem tão somente para demonstrar a apuração dos valores lançados, tal qual uma memória de cálculos, servem também para demonstrar a metodologia e os procedimentos empregados pela auditoria no lançamento do crédito tributário, mas não servem como meio de prova do fato imputado a Recorrente que é o recolhimento a menor de ICMS. Repete que em nenhum dos demonstrativos elaborados pelo Autuante consta qualquer evidência de que a Recorrente teria recolhido imposto a menor em relação à hipótese legal incidente, não há qualquer descrição de mercadoria, de base de cálculo, de alíquota incidente ou de valor recolhido x valor devido com base na lei.

Discorreu sobre o **ônus da prova negativa ao contribuinte**, do contrário o contribuinte além de ser obrigado a se defender em face de acusação desprovida de mínimas provas, ainda estaria obrigado a comprovar que não cometeu ilícitos. Cita palavras de NERY JÚNIOR (2022) em seu sempre brilhante CPC e, doutrina da Professora Dra. Fabiana Tomé que, detalha uma relação de implicação entre a prova e o fato alegado.

Pugna pela reforma da decisão recorrida a fim de declarar a nulidade do auto de infração ou julgá-lo inteiramente improcedente.

Reclama quanto à **necessidade de diligência fiscal**, conforme requerido, em Primeira Instância, com base no § 3º, do art. 123 do RPAF, no qual foi indeferido. Lembra que também é dever do agente fiscal comprovar suas alegações a fim de que o órgão julgador possa formar seu convencimento, como determina o art. 153 do RPAF.

Pondera que considerando que o inciso II, do art. 41 e o art. 142 do RPAF deixam claro que não cabe apenas ao contribuinte autuado produzir as provas de sua inocência; é de ver-se que caberia ao Fisco comprovar os fatos que alega contra o contribuinte para sustentar a autuação e justificar a penalidade aplicada, a qual no caso sob estudo atinge o patamar de 60%.

Reitera o pedido de realização de diligência fiscal, pois não constam nos autos qualquer elemento probatório da divergência entre os documentos transmitidos, nem tampouco da alegada insuficiência do imposto recolhido pela Recorrente.

Conclui requerendo o conhecimento e provimento do Recurso a fim de declarar a nulidade do auto de infração ou julgá-lo improcedente. No caso de procedência reitera 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.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado no sentido de modificar o Auto de Infração e a decisão recorrida de piso que julgou Procedente a autuação, no qual a representante trouxe as razões recursais reiterativas da peça de impugnação. O recurso está devidamente conhecido, conforme os regulamentos processuais.

O patrono do ora recorrente volta registrar as mesmas razões da peça defensiva sob 05 (cinco) fundamentos: **(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; **(iv)** Da insubsistência da infração por insuficiência de elementos probatórios dos fatos imputados à Autuada (art. 42, II do RPAF); e **(v)** Reclama quanto à necessidade de diligência fiscal, com base no § 3º, do art. 123 do RPAF.

De início, passo a contrapor em relação ao quinto item (**necessidade de diligência fiscal**), no qual indefiro, pois, apesar de ter nova oportunidade de apresentar documentos que possam modificar o Auto de Infração, o representante não o fez, portanto, como a prerrogativa para solicitar diligência ou perícia vem da parte que me cabe, não vejo nos autos nenhum indício de dúvida para tal ato, conseqüentemente, nego tal pedido.

Reitero que o Auto de Infração não é de inconsistência das EFDs enviadas, pelo próprio recorrente, ao repositório nacional do SPED, sendo tão somente da constatação de erros e omissões levantadas no desenvolvimento da ação fiscal. Neste sentido não cogito qualquer diligência fiscal. Portanto, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, entendo desnecessária a diligência fiscal requerida, por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção, por entender que o recorrente exerceu o direito da ampla defesa e contraditório, quando demonstra pleno conhecimento dos fatos arrolados na autuação, além de ser uma matéria com julgados já exposto neste Conselho de Fazenda.

Em relação a **falta de prévia intimação da Autuada para sanar as omissões nos arquivos magnéticos**, aduz que o Autuante imputou ao ora recorrente o recolhimento a menor do imposto de divergência entre o valor do imposto destacado nos documentos fiscais e o valor que foi escriturado nos arquivos eletrônicos e que não foi intimado, previamente, para sanar as irregularidades de seus arquivos, conforme se observa o procedimento preconizado na Instrução Normativa nº 55/2014.

Sustento que não há qualquer razão para esta arguição de nulidade, pois verifico novamente, como foi feito na instância anterior, a infração imposta não se trata de exigência de termo de intimação para constatação dos fatos imputados, sendo que este normativo em que fundamenta para arguição da nulidade diz respeito a um instrumento normativo de orientação da fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei nº 7.014/1996, que trata do ICMS no Estado da Bahia.

Para este argumento da falta de intimação arguida pelo sujeito passivo para corrigir as inconsistências de sua EFD, como já expliquei e repito, não se trata de imputações por falta de envio de informações entregue com inconsistência, mas a 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 nos anos de 2019 e 2020, conforme demonstra na fl. 7 dos autos.

Observei que tais ocorrências fiscais não são por inconsistência na escrita fiscal, e por tal razão,

não precisaria de prévia intimação para sanar as omissões nos arquivos de sua 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 55/2014, 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.

Em relação à **aplicação de dispositivo revogado para fundamentar a exigência fiscal**, onde alega que a cobrança levada a efeito neste Auto de Infração ora em discussão, a fiscalização aplicou dispositivo revogado para fundamentar a exigência fiscal, 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 nº 18.801/2019, com efeitos a partir de 01/01/2019.

Tal alegação também não se sustenta a arguição de nulidade, pois a autuação não se fundamenta apenas no artigo 259, pois se relacionava a obrigatoriedade do usuário de SPED enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Convênio ICMS 57/95, quando à época dos fatos geradores já abarcava tal obrigatoriedade.

Na realidade a fundamentação legal da autuação está devidamente enquadrada, conforme a descrição das folhas iniciais do Auto de Infração e descrita no início deste relatório, no qual não repetirei todos os dispositivos aplicados, por isso não observo qualquer razão a arguição de nulidade.

Para o saliente da advogada de **arguição de nulidade quanto inadequação do enquadramento legal da multa aplicada à descrição da infração**, destaco que, 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 a menor e aquele apurado na escrituração, devidamente e corretamente adequado.

Explico, conforme entendimento já exposto na decisão de piso, no qual não se ver qualquer incongruência na acusação, ou seja, o Contribuinte 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). Portanto em sintonia com os termos da autuação. No entanto, eu discordo deste entendimento, pois a descrição da infração é recolhimento a menor do imposto e, no dispositivo aplicado, seria falta de recolhimento do imposto.

Vejo também que a JJF não está fora de sua razão pela manutenção da aplicação pois realmente há divergência entre os dados da apuração e ao recolhido e, também a recorrente teria uma certa razão pela alegação da nulidade, mas fica comprovado por ser uma omissão de parte do recolhimento que a aplicação correta seria o art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96 – multa de 100%.

No entanto, não podemos majorar a cobrança do Auto de Infração e, na análise dos dados verifica-se que não é a divergência do valor recolhido de imposto X escriturado pelo contribuinte. O recolhimento a menor se dá pela divergência do ICMS destacado nas NF-e e NFC-e emitidas X Apuração da Escrituração Digital. Portanto, não é caso de nulidade como a requerente solicita, mas, de ofício, reenquadro a tipificação da multa para o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Mantendo o percentual de 60%.

Neste sentido, afasto também essa nulidade suscitada com o devido reenquadramento.

Para a **preliminar de nulidade, de que a cobrança do Auto de Infração em tela, está desprovida de elementos probatórios**. Também não observo dos elementos constitutivos do lançamento fiscal, qualquer irregularidade, sendo que consta nos autos: I) Recibo de Arquivos Eletrônicos, com o descritivo de todos os arquivos/demonstrativos, que dão sustentação às imputações; II) Termo de Intimação de envio ao ora recorrente, pela inspetoria de sua circunscrição, para ciência de todos os elementos que compõe o lançamento fiscal, conforme documento AR expedido pelo Correios indicando que o objeto foi entregue ao destinatário.

Também observei que: **a)** os demonstrativos, dão sustentação as imputações, no qual fundamenta o Auto de Infração em tela; **b)** todos os demonstrativos foram extraídos da EFD do Contribuinte recorrente, onde se tem as informações necessárias à constituição do lançamento fiscal; **c)** a fiscalização trouxe todos elementos de comprovação da existência da imputação exigida; e **d)** o procedimento adotado pela fiscalização é baseada na EFD do recorrente, em nenhum momento arguida, sobre as informações transmitidas à base de dados do repositório nacional do SPED. Assim, não há qualquer ocorrência de registro do lançamento fiscal que enseje arguição de nulidade, pois está em perfeita sintonia com que prevê a legislação pertinente.

Repito 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 autuação em tela.

Nas questões de mérito, não houve nenhuma alegação, não apontou qualquer erro material na autuação, se limitando a contestar em relação tão somente à nulidade e a solicitar diligência. Ressalto ainda que, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 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.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, e conseqüentemente, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração com reenquadramento, de ofício, para da multa aplicada no sentido alterar para o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269198.0012/21-2**, lavrado contra **LM SHOPING DA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 123.283,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS