

**A. I. N °** - 278858.0003/21-2  
**AUTUADO** - SIMAC MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - DEIA CUNHA ERDENS  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ DIAMANTINA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 09/03/2023

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0034-04/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não foram apresentadas questões de mérito. Infração comprovada. **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Não foram apresentadas questões de mérito. Infração parcialmente subsistente em razão da retificação da multa aplicada. Não acolhidas às arguições preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 26/06/2021, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 126.700,90, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.006 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no montante de R\$ 16.599,77, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 002.001.002 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no valor de R\$ 1.286,29, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 002.001.003- Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor lançado R\$ 108.814,84, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa, fls. 100 a 108, e após transcrever o teor das acusações assevera serem as mesmas totalmente improcedentes, ou mesmo nulas em função do disposto no Art. 247, § 4º do RICMS-BA e conforme JURISPRUDÊNCIA do próprio CONSEF nos ACÓRDÃOS JJF nº 0242-04/16 e CJF nº 0403-12/17 (anexos) que exige uma INTIMAÇÃO ao CONTRIBUINTE para que no PRAZO de 30 dias, possa regularizar as situações de falta de entrega ou de divergências encontradas nos ARQUIVOS FISCAIS, pertencentes ao SISTEMA DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL DE DOCUMENTOS FISCAIS, denominado nacionalmente como SPED, o que causou um ERRO procedimental, que puniu o CONTRIBUINTE sem oportunizá-lo a regularização definida na legislação.

Copia parte dos votos relativos aos referidos acórdãos JJF nº 0242-04/16 e CJF nº 0403-12/17 e finaliza concluindo: “*Diante do exposto e comprovado com a própria JURISPRUDÊNCIA deste CONSELHO (anexos), verifica-se, em síntese, que o autuante não utilizou a legislação para comprovar os fatos elencados no AUTO DE INFRAÇÃO em lide, e além disso os TRIBUTOS foram recolhidos, fato este que demonstra que o contribuinte não gerou nenhum prejuízo ao fiscal estadual.*”

A Recorrente requer através deste que seja a presente infração, considerada **IMPROCEDENTE** de acordo com o JULGADO no ACÓRDÃO JJF N° 0242-04/16 (anexo) e caso ultrapasse as condições de

*improcedência a autuação fiscal seja julgada NULA de acordo com o JULGADO no ACÓRDÃO CJF Nº 0403-12/17 (anexo), nos termos de tudo que foi.”*

A autuante presta a Informação Fiscal à fl. 121 e diz que o contribuinte apresentou defesa tempestiva requerendo total improcedência ou nulidade da autuação alegando que, por força do art. 247, § 43 EFD ICMS, ou seja, que dever-lhe-ia ser concedido prazo de 30 dias para correção dos arquivos nos quais se basearam a fiscalização. Para reforçar a alegação em seu favor, junta dois Acórdãos do CONSEF que julgam respectivamente, improcedente e nulo, pela falta de concessão do prazo referido no artigo acima mencionado.

Ocorre no entanto, que o dispositivo no qual se baseia a defesa foi revogado pelo Decreto nº 19.274, de 04/10/19, DOE de 05/10/19, com efeitos a partir de 01/11/19, portanto, não há mais lastro para a alegação da contribuinte.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr<sup>a</sup>. Jéssica da Silva Curvelo Silveira, OAB/BA nº 214.586, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

O presente Auto de infração lavrado em 26/06/2021 e diz respeito à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 126.700,90, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.006 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no montante de R\$ 16.599,77, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 002.001.002 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no valor de R\$ 1.286,29, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor lançado R\$ 108.814,84, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, valendo-se de interpretação ao Art. 247, § 4º do RICMS/BA, arguiu que deveria ter sido intimado pela fiscalização, com a concessão de 30 dias para entrega ou retificação da EFD.

De início destaco que o presente Auto de Infração é resultante da Ordem de Serviço emitida em 31/03/2021, conforme se verifica às fls. 09, portanto, o referido § 4º do Art. 247 do RICMS/BA, já se encontrava revogado desde 01/11/2019, através do Decreto nº 19.274 de 04/10/2019, com efeitos a partir de 01/11/2019. Ademais, as infrações objeto do presente lançamento não se relacionam a falta de entrega ou inconsistência no envio da EFD, passível de correção, intimado pelo Fisco nesse sentido.

Logo, no caso presente, ainda que o § 4º do Art. 247 do RICMS/BA estivesse vigente, não se trata de situação passível de concessão de prazo de trinta dias para correções de falta de entrega ou inconsistência na EFD, pois, de tudo que consta dos autos, tem-se que a ação fiscal tomou por base o exame levado a efeito na EFD do autuado, não tendo detectado a falta de entrega da mesma, ou apontado qualquer inconsistência nos arquivos magnéticos por ele transmitidos.

Destaco que os Acórdãos a que o defendente se reportou os de nºs 0242-04/16 e 0403-12/17 tratam de questão diversa da ora analisada neste auto de infração, pois os mesmos se referem a situação em que a auditoria foi realizada com base em livros fiscais impressos pela empresa autuada, considerados sem validade jurídica, em razão dos arquivos da EFD apresentados pelo contribuinte conterem inconsistências.

Assim é que, por não vislumbrar falha procedimental do autuante ao não intimar o autuado, com

concessão de prazo de trinta dias para, neste caso, processar o refazimento de sua escrita fiscal referente aos exercícios fiscalizados, no caso, 2018 a 2020, é que não acolho este pedido de nulidade do Auto de Infração.

Ademais, após examinar as peças componentes do presente Processo Administrativo Fiscal, verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e o fato gerador do débito tributário reclamado e no que tange aos aspectos formais e materiais do auto de infração.

A fiscalização constituiu o crédito tributário, registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visto que as infrações estão caracterizadas conforme demonstrativos apensos aos autos.

Constato também que foram respeitados o direito à ampla defesa e ao contraditório inexistindo, assim 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, observo que não foram apresentados quaisquer questionamentos para contrapor aos levantamentos elaborados pela autuante, relativos a todas infrações, anexados ao PAF às fls. 11 a 92, cujas cópias foram entregues ao autuado via “Correios”, com data de entrega em 09/09/2021, conforme se verifica à fl. 98.

Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais, cabendo ao mesmo apontar as divergências, acaso existentes, entre os mencionados documentos fiscais e as informações contidas nos arquivos enviados por meio da EFD, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, como o defendente não se reportou, especificamente, sobre qualquer documento fiscal objeto da autuação, contrariando o disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que assim estabelece; *“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”*, e como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções acaso existentes, porém, assim não procedeu.

Dessa forma, considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF, que rezam que 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, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Consequentemente, as infrações objeto do presente auto de infração são totalmente subsistentes, tendo em vista que o autuado não apontou qualquer equívoco, por acaso existentes, nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, que deram respaldo ao presente lançamento. Entretanto, observo, em relação à infração 02, que foi aplicada a multa de 100%, quando no caso específico deve ser de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei 7.014/96, razão pela qual fica a multa retificada de 100% para 60%. Infração 02 parcialmente subsistente, em razão da alteração da multa.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em função da alteração do percentual da multa de 100% para 60% na infração 02.

## 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 **278858.0003/21-2**, lavrado contra **SIMAC MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 126.700,90**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos VII “a” e II, alíneas “a” e “f”, da Lei 7.014/96 e 100%, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR