

A. I. N° - 206958.0004/18-8
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/08/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0168-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a).** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM ISENÇÃO. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ajuste realizado pelo Autuante em sede de informação fiscal, reduz o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO EXCEDENTE. **d)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPETENTE. Fatos demonstrados nos autos. Infrações caracterizadas. 2. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não traz ao processo elementos que elidam as infrações. Infrações subsistentes. Indeferido pedido de diligência. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/09/2018, exige crédito tributário no valor de R\$287.357,26, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 01.02.03 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a junho e dezembro de 2016, junho a julho, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$12.892,29, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 01.02.06 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$66.154,59, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. 01.02.41 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a destaque a maior de imposto no documento fiscal, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$82.929,48, acrescido da multa de 60%;

Infração 04. 01.02.42 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento fiscal comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro de 2016 a outubro de 2017, no valor de R\$86.623,80, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. 03.02.04 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$38.757,10, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.53/69. Afirma que insatisfeita com o auto de infração em epigrafe vem tempestivamente, apresentar defesa, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

Observa a necessidade da lavratura do auto de infração ser realizada no local onde está estabelecida a empresa e não sendo possível, por razões fundamentadas e excepcionais, admite-

se que também, sejam lavrados na repartição fazendária ou no local onde se apurar a infração. Aduz que a obediência a regra geral, deve-se a preocupação do legislador de não autorizar o agente da fiscalização a adiar a aplicação da penalidade, ao prescrever que se lavre o auto no local da inspeção, sob pena de o auditor fiscal ser responsabilizado. Não tendo sido observado esse requisito, o auto de infração é nulo.

Aduz que a autuação precisa de clareza e precisão como exige o Processo Administrativo Fiscal. Diz que além da lavratura fora do seu ambiente comercial, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório. Aduz que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado, redundaram em erro do Fiscal. Tal fato por si só, eiva de nulidade o auto de infração lavrado, pois desobedece ao art. 142 do CTN, que reproduz.

Assevera que a igualdade constitucional que prevê a plena defesa, determina que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui contestadas, dado que deixa de informar as notas fiscais e valores corretos que geraram a emissão da notificação. Assim, possuindo as condições de exigibilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Sobre o tema cita jurisprudência. Comenta que eventualmente, não havendo acolhida a preliminar, adentra ao mérito para demonstrar que o direito reclamado pelo fisco estadual não existe.

Explica que é característica do ICMS o princípio constitucional da não cumulatividade, isso porque em cada operação ou prestação, é assegurada ao contribuinte, uma dedução correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.

Frisa que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte, no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar, a entrada da mercadoria, ou o direito à utilização do crédito.

Sustenta que tem direito ao crédito do imposto em relação às mercadorias adquiridas com o imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Conclui que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e conforme a documentação fiscal correspondente, comprovado nos autos. Nota que, estando suspensa e exigibilidade do tributo e face a interposição da defesa, as multas aplicadas devem permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Informa que ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais. O valor alocado pelas notificações e as multas impostas são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, prática vedada pela Constituição Federal.

Entende que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que lhe restou imposto, o qual não consta nos autos de infração. Acusa que prevalecendo o crédito tributário exigido pelo Fisco Estadual, caracterizado estará o confisco, pois, o imposto e seus acréscimos são superiores à capacidade econômica do contribuinte.

Afirma que, como preceitua a Constituição Federal, o ICMS é um imposto de natureza mercantil, que tem como fato gerador operações de circulação de mercadorias. Desconsiderando as operações em que haja substituição tributária, as operações onde geralmente ocorre o fato

econômico-jurídico que gera a obrigação do pagamento do ICMS são as saídas, pois estas, em sua maioria, representam o fato econômico - venda - que completa o *ciclo operacional* crédito-débito nas apurações do imposto. Como o procedimento fiscal trata de operações referentes à circulação de mercadorias, o procedimento natural esperado dos fiscais, para detectar se houve a omissão de saídas, seria o levantamento analítico de estoques, que deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado no livro de Registro de Inventário, acrescido das aquisições realizadas do período analisado e deduzidas as saídas promovidas no mesmo período. Explica o que entende como levantamento de estoques.

Assevera que além dos fiscais não terem efetuado o levantamento do estoque, seus livros fiscais e contábeis comprovam que não houve qualquer infração, estando todas as suas operações registradas, representando seu estoque, quantitativamente, o saldo de tais operações.

Apona os equívocos lançados pelo Auditor referente a produtos tributados, conforme relacionados em sua planilha:

- a) Ave temperada - não se enquadra no Anexo 1 do RICMS/2012;
- b) Bolo - não é alcançado pela substituição tributária da farinha de trigo Lanche Frimasa - Produto industrializado não enquadrado no Anexo 1 do RICMS/2012.
- c) Lenço Umedecido - Não se enquadra como produtos farmacêuticos;
- d) Massa para Pastel e outras massas frescas - não se enquadram na ST de macarrão;
- e) Pão de Queijo - Não se enquadra na ST, por não ser derivado de farinha de trigo;
- f) Pizza - refeição não enquadrada no regime de ST; g) Quibe - Idem
- h) Pó para sorvete - não se confunde com preparo para sorvete em máquina, que é o produto sujeito à ST.
- i) Silicone - Os relacionados são para uso capilar, portanto não enquadrados no Anexo 1.

Afirma que a forma de auditoria citada deveria ter sido trabalhada em atendimento aos critérios de avaliação de estoque adotados pela Contabilidade, pois é essa ciência que determina a sua forma de apuração. Os fiscais, ao optarem em não adotar tal forma e não seguirem a tais mandamentos legais imputou falha na formulação, pois desrespeitaram os fundamentos científicos-jurídicos característicos a este procedimento de exame.

Anota que o fiscal desprezou a base de cálculo constante no SPED que estava diferente do valor dos produtos e cobrou o ICMS sobre a diferença apurada. Os produtos tinham tributação “cheia” sem direito a qualquer redução de base de cálculo. Foi falha de sistema. Ao Fisco cabe o dever da investigação para efetuar o lançamento do crédito tributário. No desempenho de suas atividades, o Agente Fazendário deverá examinar as informações oferecidas pelo sujeito passivo para efetuar o referido lançamento, estando atrelado aos registros comerciais e fiscais como fonte de pesquisa, podendo se valer de outros meios para formar sua convicção.

Registra que a constituição do crédito tributário está vinculada à sua existência de fato, e deverá ser comprovada por aquele a quem cabe efetuar o lançamento. Fruto de uma fiscalização eivada de arbitrariedades, os fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, não fazendo qualquer prova a respeito. Nem sequer diligenciaram, no sentido de proceder ao levantamento analítico do estoque.

Aduz que os documentos juntados ao auto de infração carecem de qualquer força probante, posto que, além de se referirem a extratos bancários de terceiro alheio às atividades da reclamante, não comprovam a realização de circulação de mercadorias que pudessem ensejar o pagamento de ICMS. Diz ser esse entendimento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

Neste sentido, diz que não há validade jurídica para o presente lançamento, uma vez que: a)

decorre de violação a determinação constitucional, se fundamentando assim sobre prova ilícita; b) os documentos apresentados não dizem respeito à atividade da empresa, sendo a ela estranhos; c) não há envolvimento de fato gerador de ICMS. Repete ter verificado presunção na autuação. Cita dispositivos da legislação.

Repete que as operações mercantis não estão provadas. Diz que a falta de apresentação de prova ou a falha na elaboração do elemento probante, no procedimento investigatório, vulnera o ato por vício formal, conduzindo-o à insubsistência, devendo assim ser julgado.

Afirma que o grande princípio da capacidade contributiva, segundo o qual, ao ser instituída qualquer exação que seja, sempre há de ser levado em consideração a capacidade econômica dos contribuintes e a proporcionalidade entre o bem a tributar e a receita, não podendo estes serem obrigados a pagar mais tributos do que podem. Ou seja, é a capacidade para suportar uma parcela dos encargos públicos. Sobre o tema cita Alcides Jorge Costa e Roque Antonio Carrazza.

Diz que outros princípios podem ser referidos, e que estabelecem com maior ou menor precisão hipóteses de confisco sobre o patrimônio do contribuinte. Dentre eles, se pode citar o princípio da proporcionalidade. Outro princípio relevante é o da progressividade, mediante o qual a exigência de tributo varia conforme a riqueza, constituindo-se o confisco sempre que a exigência tributária fizer igualar ou superar as forças da fonte geradora de riqueza. Diz que embora não tenha dado maior relevo ao princípio da legalidade, evidentemente que este é o princípio maior de todos, sendo porquanto o formulador e norteador de todo o sistema jurídico, e fala por si só.

Requer o acolhimento das razões expostas, para acolher a preliminar suscitada e suas consequências, ou em sendo outro o entendimento, seja o auto, no mérito, julgado improcedente.

O Autuante presta a informação fiscal fls.75/78. Diz que a informação é base para o suporte processual à lide que se instala. Compõe-se a peça de 05 (cinco) infrações distintas, que exigiu imposto e/ou multa, explicitados em diversos demonstrativos, conforme planilhas anexadas ao processo e gravadas na mídia CD que integra o auto. Reproduz as irregularidades imputadas. Sintetiza os argumentos defensivos.

Registra que o contribuinte, em toda a sua defesa, não explicitou especificamente, qualquer valor, nota fiscal, data, etc., preferindo abordar todas as questões de forma teórica, com exposição de princípios constitucionais, como se apenas em sede de Juízo oficial se tratasse a matéria. Acrescenta ainda, que não houve qualquer documento novo, demonstrativo, cópia, etc., acostado ao processo junto à defesa.

Sobre a reclamação do local de lavratura diz que a previsão desta informação está presente na alínea "a" do Inc. II do art. 15 do RPAF/BA. Afirma que o Termo de Encerramento de Fiscalização, documento que integra o auto de infração, é lavrado intrinsecamente, e informa a Repartição Fazendária como o local de lavratura. Ignora, pois, o real motivo deste apontamento da empresa, que lhe parece absorto, carente de objetivo.

No que diz respeito a falta de discriminação de notas fiscais e valores, diz que não lhe parece que o Defendente esteja tratando do mesmo documento, pois as fls. 14 a 44 do PAF constituem os demonstrativos de suporte de todas as infrações, e nelas se percebe a presença dos dados reclamados. Além de anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia CD entregue em mãos, à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração. Vide fl. 46 do PAF.

No que tange a alegada falta de clareza da acusação, afirma que além de todos os demonstrativos estarem claríssimos, durante a ciência do auto de infração ao preposto da empresa, foi-lhe explicado, caso a caso, em que se constituíam cada uma das infrações e o mesmo, deu a entender sua perfeita compreensão de cada um dos itens.

Sobre o Princípio da não-cumulatividade aponta que nenhuma das infrações ou qualquer dos valores de imposto cobrados fere este princípio. Diz que, como não houve qualquer apontamento específico, não tem como fazer maiores elucidações.

Relativamente ao direito ao crédito e sua escrituração, diz que corrobora com todas as palavras da defesa que se apresentam em consonância à legalidade da escrituração fiscal atual. Sobre o percentual de multas superior a 2% - diz que não pode ir contra o art. 42 da lei 7014/96. Receia ainda, que qualquer exigência neste caminho, em sede administrativa ou judicial, não produzirá o efeito desejado.

Passa a discorrer, na Infração 02 - 01.02.06, sobre os produtos contestados:

- a) Ave Temperada - Vide item 11.31.1 do Anexo 1 do RICMS Ba, que cita: *NCM 0203, 0206, 0207, 0209, 0210.1, 0210.99 e 1501 > Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultante do abate de aves e de suínos*. Se o contribuinte confirmou que a ave é temperada, nada mais resta a dizer. Está enquadrada na ST.
- b) Bolo - Vide item 11.18 do Anexo 1 do RICMS Ba, que cita: *NCM 1905.20.9 > Bolo de forma, inclusive de especiarias*. Isto quer dizer que a empresa não observou corretamente a situação tributária deste item, utilizando indevidamente o seu crédito, erroneamente destacado na entrada, justificando esta infração.
- c) Lanche Frimasa -Acatado. Será retirado no novo demonstrativo da infração.
- d) Lenço Umedecido -Vide item 19.01 do Anexo 1 do RICMS BA, que cita: *NCM 3401.1900> Outros Sabões, produtos e preparações orgânicos tensoativos, inclusive papel, pastas, feltros e falsos tecidos, impregnados, revestidos ou recobertos de sabão ou de detergentes*. Outro Item que a empresa não atentou para seu enquadramento na ST.
- e) Massa para Pastel - Vide item 11.16 do Anexo I do RICMS BA, que cita: *NCM 1902.1 > Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*. Vê-se nas entradas, que em apenas uma das notas fiscais - a primeira de 2017 - o fornecedor citou o NCM incorreto, mas corrigiu-o logo em seguida para 1902.1, mantendo-o pelo restante do período fiscalizado.
- f) Pão de Queijo - Vide item 11.8 do Anexo 1 do RICMS/BA, que cita: *NCM 1905.90.9 > Salgadinhos Diversos*. É com este NCM que estão os dados da nota fiscal de Entrada deste item (NF 51445, de 01.06.2017). Vê-se que na 2ª NFe (523526 de 20.11.2017) o NCM citado é o 1901.2, *este sim, errado*, por apontar para “mistura de farinha de trigo” (que o pão de queijo não é). Logo, resta-lhe reconhecer o enquadramento na outra NCM, assumida pela empresa e pertinente à ST.
- g) Pizza - Acatado. Será retirado no novo demonstrativo da infração.
- h) Quibe - Acatado. Será retirado no novo demonstrativo da infração. O equívoco foi provocado pelo próprio contribuinte, vez que as NFs de Entrada, indicam o NCM 1905.90.9 > Salgadinhos Diversos, mas que não se aplicam ao produto.
- i) Pó para Sorvete - vide item 15.2 do Anexo 1 do RICMS BA, que cita: *NCM 2106> Preparados para fabricação de sorvete em máquina*. A empresa destaca que seu produto seria diferente deste previsto no item citado. Pergunta em quê? Questiona se o autuado acredita mesmo que por ser 150g será preparado à mão? Claro que não! Será preparado numa máquina também: o liquidificador. A especificação de ser num ambiente residencial ou num industrial, não está sequer ventilada no dispositivo.

Sobre a alegação da base de cálculo constante no SPED – diz que não compreende a alegação da empresa. Contudo, explica que todos os valores citados nos demonstrativos estão rigorosamente iguais aos lançados nos arquivos EFD que constituem a escrituração do estabelecimento fiscalizado.

Sobre o argumento de falhas de Sistema – diz que a empresa admite erros internos no seu sistema. Mas não indica com clareza a extensão deles ou sua vinculação às infrações apontadas.

No que diz respeito a alegação de que houve presunção da venda de mercadorias sem nota fiscal

– diz que não sustentou esta ocorrência entre as acusações. Nenhuma das infrações aponta para o fato combatido pela defesa.

Sobre argumento de falta de provas suficientes – afirma que não pode ajudar a empresa neste particular, sem haver o apontamento das infrações sobre as quais sustenta a aludida “falta de provas”. Garante que todas as infrações têm seus demonstrativos de suporte anexos ao auto de infração.

A respeito da alegação de confisco das multas – diz que como se trata de item teórico, talvez do campo constitucional, ou no mínimo no âmbito do Código Tributário Nacional, se exime de comentar por fugir à sua alçada.

Sobre o Princípio da Progressividade - discorda veementemente que uma empresa só tenha que pagar imposto até o limite do seu lucro. Isso seria uma catástrofe para qualquer atividade de administração tributária num país como o nosso, onde o sistema nacional, nem conhece os que têm e os que ganham em relação à quanto ganham. Aliás, da economia feita com o imposto não recolhido, conforme as infrações apresentadas, pode-se depreender que houve geração de riqueza suficiente para a contemplação das cobranças havidas. Os demonstrativos anuais da empresa garantem isso.

Sobre a arguição de nulidade e improcedência – diz ser incabíveis, a seu ver. A empresa mal contestou de fato as acusações, não citou qualquer valor indevido, não apontou qualquer elemento gritante no trabalho fiscal, enfim, quase concordou tacitamente com tudo.

Informa que o novo demonstrativo da infração 02 - exige, doravante, o montante de R\$ 65.975,09.

Diante dos argumentos que foram apresentados, no estudo do mérito da lide, pede reconhecimento da procedência parcial do feito, que representa o valor original, menos os valores acatados relativos à infração 02, conforme o novo demonstrativo desta infração.

Ao tomar ciência da informação fiscal o Autuado volta a se manifestar fls.98/99. Diz que o Autuante não observou a fundo as razões que trouxe em sua defesa, pois se limitou a tratar o assunto de forma superficial e genérica, não adentrou as razões de mérito apresentadas em sua defesa.

Entende que o Autuante apenas tratou da infração 02, deixando as demais sem o devido esclarecimento. Afirma que trouxe pontos importantes e relevantes ao julgamento do auto, informações novas, detalhadas atacando cada ponto do auto de infração. Apresenta entendimento que trouxe pontos principiológicos que devem ser observados, pois seria vedada a aplicação de punições como as ventiladas na presente autuação.

Frisa que mesmo diante da superficialidade da informação fiscal apresentada, houve reconhecimento de insubsistência de parte dos valores cobrados reduzindo o total do auto de infração. Reitera a improcedência da autuação.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe, é composto por cinco infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Preliminarmente, o defendente arguiu a necessidade da lavratura do auto de infração ser realizada no local onde está estabelecida a empresa. Não tendo sido observado esse requisito, disse que o auto de infração seria nulo.

Não acato esta reclamação, visto que carece de suporte jurídico. Noto que, o § 1º, do art. 39 do RPAF/BA, sobre a matéria, assim estabelece, *in verbis*:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(. . .)

§ 1º. O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Ademais, considerando que o SEAI – Sistema de Emissão de Auto de Infração é automatizado, se torna improvável a lavratura no estabelecimento do Autuado. Assim, não acato esta preliminar arguida, pois observo que não é motivo de nulidade esta alegação defensiva.

O defendente alegou que a autuação deve ser realizada com clareza e precisão, e no presente caso, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório, visto que foram omitidos a discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento fiscal.

No que tange a esta alegação, embora o Autuado não especifique objetivamente, a que infração estaria se referindo, compulsando os autos, verifico que este argumento carece de suporte fático e jurídico. Consta deste processo os demonstrativos inerentes a cada infração. Estas planilhas foram anexadas ao processo e gravadas na mídia CD, que integra o auto. As notas fiscais e valores foram devidamente discriminados, com todos os dados necessários a sua defesa, conforme fls. 14 a 44 do PAF. Além de anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia CD entregue em mãos, à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração, conforme documento à fl. 46 do PAF.

Desta forma, embora o Autuado não fundamente esta arguição, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas, estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, na autuação foram apuradas as seguintes irregularidades: **Infração 01.** utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto; **Infração 02.** - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária; **Infração 03.** utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a destaque a maior de imposto no documento fiscal; **Infração 04.** - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento fiscal comprobatório do direito ao referido crédito; **Infração 05.** recolheu a menos o ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

O defendente na sua peça impugnativa, não rebateu objetivamente estas infrações, com exceção da infração 02. Limitou-se a discorrer a respeito de teses tributárias de renomados juristas. Citou e transcreveu dispositivos da Constituição Federal e Acórdãos das jurisprudências dos Tribunais Federais e Superiores Tribunais do país, sem correlacionar estas respeitáveis teses com as irregularidades apuradas pela fiscalização.

Nesta toada, o Autuado, nas razões de defesa, discorreu longamente sobre Princípios constitucionais e tributários, mostrou conhecimento a respeito do direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, citando inclusive, as exigências legais para que exerça efetivamente o direito a utilização do crédito. Entretanto, deixou de trazer aos autos, elementos capazes de demonstrar qualquer erro supostamente cometido pelo fiscal Autuante, ao caracterizar estas infrações.

A infração 02, rebatida objetivamente pelo defendente, trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária.

Em sua defesa, o autuado listou mercadorias que em seu entendimento não estariam submetidas ao regime de substituição tributária. Nesse caso, sendo do regime normal de tributação, teria direito ao respectivo crédito.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que analisou, caso a caso, cada uma das mercadorias apontadas pela defesa, determinando o respectivo enquadramento no Anexo 01 do RICMS/2012. Acatou a alegação do impugnante quando procedente, excluindo a mercadoria que se encontrava fora do regime de substituição tributária, na época de ocorrência do fato gerador. Elaborou novo demonstrativo de débito.

Observo que o Autuado tomou conhecimento da informação fiscal e não mais questionou os dados sobre a infração 02. Voltou a discorrer sobre aspectos principiológicos da legislação, que entende deveriam ser observados pela fiscalização e mais uma vez, sem associar aos fatos discutidos nos autos.

Sendo assim, acolho as conclusões do Autuante e o novo demonstrativo que dá suporte à infração 02, remanesce no valor de R\$65.975,09, conforme fls. 79/92.

Nesta seara, verifico que o Autuado deixou de observar as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, que estabelecem: “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*, assim como, a *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Considerando que o sujeito passivo não carregou aos autos, elementos de prova necessários e com o condão de elidir integralmente a acusação fiscal, concluo pela procedência parcial do Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206958.0004/18-8, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$287.177,76**, acrescido das multas de 60% previstas no inciso VII, alínea “a” e inciso II, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR