

**A. I. N° - 298958.0018/19-9**  
**AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**  
**AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES**  
**ORIGEM - IFEPE NORTE**  
**PUBLICAÇÃO INTERNET 25.05.202**

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0049-02/20**

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. DESTAQUE MAIOR QUE O LEGALMENTE PREVISTO.** Crédito manifestamente indevido tem contagem de prazo decadencial pela regra geral contida no art. 173, I do CTN. Não comprovada nos autos a alegação defensiva de se referir a mercadorias devolvidas, conforme previsto no art. 455 do RICMS-BA, e art. 123, § 5º do RPAF. Indeferido o pedido de diligência. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Lavrado em 25/09/2019, o Auto de Infração em epígrafe formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$232.648,11, decorrente da seguinte infração à legislação do ICMS:

**INFRAÇÃO 01 - 01.02.41.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Valor: R\$232.648,11. Período: Julho 2014 a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Arts. 29 e 31, da Lei 7.014/96, c/c o art. 309, § 7º, do RICMS-BA/2012. MULTA: 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da lei 7.014/96.

Na Impugnação (fls. 17 a 27), tendo em vista que tomou ciência do AI em 01/10/2019, preliminarmente, o sujeito passivo argui a decadência do crédito tributário para as ocorrências anteriores a 30/09/2014, por entender aplicar-se ao caso a regra do período decadencial exposta no art. 150, § 4º, do CTN, conforme excertos doutrinários, ementas de decisões judiciais e Súmula 555/STJ que reproduz.

A seguir passa a pontuar sua contestação da seguinte forma:

No item “IV. MERCADORIAS OBJETO DE DEVOLUÇÃO: ESTORNO DO CRÉDITO, AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO FISCO”, diz que a fiscalização não observou os valores estornados no LRAICMS, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência fiscal. Acrescenta que nesse caso, conforme indica na planilha formato excel gravada no CD que anexa (Doc. 2), também não houve prejuízo ao Fisco da Bahia na medida em que, se ocorreu creditamento do imposto, também ocorreu estorno quando da devolução da mercadoria, razão pela qual requer “a parcial reforma do v. acórdão de 1ª instância, para que sejam excluídas das infrações 02, 03 e 04 as mercadorias objeto de devolução”. (sic)

No item “V. DOS PRINCÍPIOS NORTOEADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL: A BUSCA PELA VERDADE MATERIAL”, diz que devido a diversas devoluções ocorridas no período autuado, estornou créditos do ICMS, não gerando prejuízo ao Fisco, mas o autuante desconsiderou essas devoluções, exigindo imposto indevido. Assim, caso o AI seja mantido ele lesará o patrimônio do Impugnante, mas, isso poderá ser solucionado se a JJF converter o PAF em diligência determinando que a apuração do contribuinte seja reanalisada de forma completa e objetiva, já que o PAF é o ambiente próprio para investigação fiscal e ampla possibilidade de produção de provas nessa fase é o que alicerça a legitimação dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material.

Aduz que, nesse cenário, essa verdade é apurada de acordo com a análise de documentos, análise de perícias técnicas e na investigação dos fatos, que, de ofício, deve promover o órgão administrativo judicante e, para tanto, pede que o AI seja convertido em diligência, pois, segundo o Impugnante, não há saldo de imposto a pagar nem fato gerador de qualquer penalidade.

Concluindo, pede:

- a) realização de diligência fiscal por Auditor lotado na ASTEC para exame da planilha constante do CD anexo (Doc. 02), dos documentos que serão disponibilizados por conta da diligência, bem como responder às seguintes questões:
  - a.1) Poderia o diligente confirmar se existem operações autuadas cujos fatos geradores ocorreram antes de 30/09/2014? Se sim, foram alcançadas e extintas pela decadência?
  - a.2) Poderia o diligente confirmar se parte das mercadorias foram objeto de devolução de venda e consequente estorno do crédito do imposto?
- b) Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações de defesa, requer seja dado integral provimento à Impugnação, cancelando o AI.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 44-A a 47. Quanto à preliminar de decadência, divergindo do Impugnante, informa que, conforme o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, para a infração em lide, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador e, neste caso, os valores cobrados não são alcançados pela decadência.

Aduz que, conforme a Nota 2 do Incidente de Uniformização citado, a verificação do pagamento a menos por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, poderá se subsumir a hipótese de dolo, fraude ou simulação, e que, neste caso, o prazo decadencial é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte. Assim, diz, não ocorreu a decadência alegada, pois o contribuinte foi cientificado em 30/09/2019. Portanto, antes de transcorrido o prazo decadencial de cinco anos contados do primeiro dia seguinte ao exercício de ocorrência do fato gerador.

Quanto à alegação de que parte das mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período compreendido pela autuação, cujo crédito equivaleria ao imposto destacado na venda da mercadoria, de modo a anulá-lo, diz que o Impugnante apenas alega o fato sem informar ou provar tal alegação, tais como: número da NF, data de emissão, chave de acesso, etc.

No que diz respeito aos estornos, informa que se não houve comprovação das devoluções, não há falar em estorno de crédito relativo às devoluções não comprovadas.

Conclui mantendo a exação fiscal.

## VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige ICMS por uso de crédito fiscal indevido, em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais.

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 03, 05 e 07, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e

com os requisitos legais (CD de fl. 08); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Tendo em vista que os elementos autuados são suficientes para formação de minha convicção e que a diligência requerida é destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, caso existam, estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, a indefiro com fundamento no artigo 147, I do RPAF.

Indo ao mérito do caso, de logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta, apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º, do artigo 150 do CTN).

A acusação fiscal tem suporte probatório no demonstrativo “CRÉDITO FISCAL UTILIZADO A MAIOR”, constante do CD de fl. 08, cuja planilha identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlr item, BC ICMS, alíquota e vlr do crédito utilizado, alíquota e vlr do ICMS legal, diferença objeto da autuação.

Sem arguição de nulidade formal, a Impugnação se resume a: a) arguição de extinção parcial do crédito por incidência de decadência ao direito do fisco constituir crédito fiscal para fatos geradores anteriores a 30/09/2014; b) desconsideração do fato de que parte das mercadorias vendidas e incluídas na autuação foram devolvidas por adquirentes, conforme exposto na planilha contida no CD anexado à Defesa (fl. 41), para a qual requer diligência por Auditor lotado na ASTEC, no sentido de examiná-la juntamente com demais documentos que disponibilizará no curso da diligência.

Em relação à decadência, dizendo somente ter conhecido o A.I. lavrado em 25/09/2019, quando da sua assinatura em 30/09/2019, o impugnante suscitou a decadência parcial dos créditos tributários reclamados, esses, relacionados aos fatos geradores anteriores a 30/09/2014, sob o argumento de que ao caso se aplica a regra de contagem do prazo decadencial exposta no art. 150, § 4º do CTN.

A *contrarium sensu*, a Autoridade fiscal autuante, dizendo tratar-se de lançamento tributário de ofício, sustenta a aplicação da regra decadencial expressa no art. 173, I do CTN, ao caso.

Nesse sentido, observo que o artigo 107-A do COTEB que dispunha como “*dies a quo*” da contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento tributário poderia ter sido efetuado, para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte, foi revogado pela Lei 13.199, de 28/11/2014, fundamentalmente, por força da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008 do STF, que afastou a possibilidade de regulação desse instituto do direito em outra legislação que não seja Lei Complementar à Constituição Federal.

Em âmbito nacional, como regra geral, o CTN regula o prazo decadencial no art. 173, dispondo que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Ocorre que para o lançamento por homologação, que se dá quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o § 4º, do artigo 150 do CTN, dispõe que, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Expirando-se esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Esta regra decadencial, tida pela doutrina como “especial”, se aplica ao ICMS nas regulares antecipações feitas pelo contribuinte.

Como havia divergentes interpretações entre os julgamentos do CONSEF e a jurisprudência dos órgãos superiores do Poder Judiciário baiano e nacional, a Procuradoria Geral do Estado, órgão de assessoramento jurídico do Estado, competente para formar, em última instância a jurisprudência administrativa do Estado (Constituição Estadual: Art. 140; Regimento Interno da PGE: Art. 2º, incisos I, V e XXI), foi instada a pronunciar-se acerca do tema. Por consequência, a PGE enunciou o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, abaixo transscrito, consolidando a jurisprudência administrativa acerca da decadência, com relação ao ICMS:

***Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0***

**Entendimento firmado:** Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

**Ressalva:** O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

**Nota 1:** Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

**Nota 2:** As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação.

*De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. (grifos meus)*

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Pois bem, para o crédito tributário decorrente de lançamento de ofício – que pode ser aplicado a todos os tributos - e que é o caso, a maior doutrina brasileira entende que sua constituição se completa com a ciência do devedor acerca da exigência tributária, pois esta lhe possibilita conhecer as condições em que deve adimplir a dívida, bem como exercer seu direito de contestá-la.

Para o lançamento de ofício, quanto aos tributos sujeitos originalmente ao lançamento por homologação, que pode ocorrer por lançamento de ofício ou por decurso de prazo, essa corrente doutrinária defende que a homologação tem por objeto o pagamento do tributo (Carvalho, Paulo de Barros, “Lançamento por homologação – Decadência e pedido de restituição”, *Repertório IOB Jurisprudência*, nº 3/97, p. 73; Navarro Coelho, Sacha Calmon de *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Forense, Rio de Janeiro, 2006. p. 774).

Nesse caso, havendo declaração e pagamento do valor mensal que o contribuinte apura, a publicidade e a constituição definitiva do crédito, ocorre com a confissão da existência da obrigação tributária. Esta confissão é explicitada e primeiramente valorada pelo próprio contribuinte nas informações que passa ao fisco, por exemplo, em face da entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais – DCTF, ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, hoje DMA.

Quando o imposto é apurado, ainda que declarado ao ente tributante, mas não é recolhido, a jurisprudência não só é firme que a contagem do prazo ocorre pela regra do art. 173, I do CTN, como se configura crime contra a ordem tributária (HC 442494 SC 2018/0068488-5, DJ 03/04/2018, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz). Portanto, situação que se inclui na norma de exceção contida na parte final do § 4º, do art. 150 do CTN.

Nesse caso, ainda que o ente tributante tenha 5 (cinco anos) para cobrar o valor declarado, nem mesmo há necessidade de constituição do crédito fiscal por lançamento de ofício, podendo ser diretamente inscrito na Dívida Ativa (RPAF: Art. 54-A).

Portanto, quando há pagamento do imposto devido, ainda que por equívoco, seja parcial ou seja sem ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conta-se o prazo decadencial pela regra especial exposta no CTN (art. 150, § 4º), dedicada aos tributos sujeitos originalmente ao lançamento por homologação, excetuando-se as condições de dolo, fraude ou simulação.

É que para tais tributos – como é o caso do ICMS – o legislador foi bastante claro ao afirmar na exceção expressa na parte final do § 4º, do art. 150 do CTN, que apenas excepcionalmente se pode considerar a aplicação da regra geral de contagem de prazo contida no CTN (art. 173, I), ou seja, “*salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”, e é a isto que se refere o último parágrafo da parte acima reproduzida do *Incidente de Uniformização n° PGE 2016.194710-0*, que aqui não se faz demais repetir:

*Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação. (grifos meus)*

Pois bem, tratando de fato gerador com período de apuração mensal, a primeira observação a fazer é que todas as ocorrências de cada período, se concentram na data de cada apuração para efeito de formação da relação jurídica obrigacional, data também em que se deve considerar a do fato gerador para cada bloco de operações mensais.

Segundo, tratando-se de tributo primeiramente apurável pelo contribuinte, em caso de auditoria posterior, muitas são as situações que podem ocorrer e que para efeito de contagem do prazo decadencial, podem enquadrar-se na regra do art. 150, § 4º, ou, por exceção, na regra do art. 173, I, ambos do CTN. Por exemplo:

- a) Em caso de apuração de imposto devido por auditoria de levantamento quantitativo de estoque em que se constata imposto devido por omissão de saídas de mercadoria tributável (que não é o caso em tela), assim como em outras omissões com repercussão tributária não levada a conhecimento do fisco pelo contribuinte, dúvida não há que as respectivas operações não foram registradas nos livros fiscais próprios; não foram declaradas; não teve o débito pago e, então, dúvida também não há que o prazo decadencial deve ser contado com a regra do art. 173, I do CTN;
- b) Do mesmo modo, em caso de uso indevido de crédito fiscal decorrente de operações com mercadorias cuja saída posterior ocorre sem tributação ou com BC reduzida, ou uso de crédito fiscal a mais que o previsto na legislação, (como é este caso), dúvida também não há quanto ao uso de crédito fiscal **manifestamente ilegítimo**, pois antecipadamente o sujeito passivo é consciente da situação, e se assim procedeu, agiu, inequivocamente,

com intenção de dolo, fraude ou simulação. É o caso constante do paragrafo final da nota 2 do Incidente de Uniformização da PGE, pois, todas as operações que suportam a exação fiscal, cujos valores excedidos não são objetados pelo Impugnante, estão arroladas em específico demonstrativo (CD-R) de fl. 08, do qual recebeu cópia. Aplica-se, portanto, a regra geral do art. 173, I do CTN, **pois vejo corresponder ao entendimento exposto no segundo parágrafo da nota 2 do Incidente de uniformização da PGE, retro transcrito;**

Portanto, nesse caso, não tem sentido lógico nem jurídico o argumento defensivo de incidência de extinção parcial do crédito arguido pelo impugnante.

Superada a preliminar de mérito, passo a apreciar o argumento defensivo relacionado à alegada desconsideração de crédito fiscal relativo à devolução de mercadoria vendida.

Para o que interessa ao caso, a legislação a respeito é:

RICMS-BA:

*Art. 454. O contribuinte que receber em virtude de troca ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada a emissão de nota fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.*

*§ 1º Na hipótese deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:*

*I - emitir nota fiscal na entrada das mercadorias, mencionando a quantidade e a descrição da mercadoria, o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;*

*II - obter, na nota fiscal referida no inciso I ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;*

*III - lançar a nota fiscal referida no inciso I no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso.*

*§ 2º A nota fiscal (entrada) emitida na forma do § 1º deste artigo servirá para acompanhar a mercadoria em seu transporte até o estabelecimento de origem.*

*Art. 455. Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante o dia ou a semana, devendo especificar a quantidade e a descrição das mercadorias, o número, a série, a subsérie e a data dos documentos fiscais originários, sem prejuízo dos procedimentos previstos nos incisos II e III do § 1º do art. 454. (grifos meus)*

Ora, no processo administrativo fiscal, o ônus probatório é bem repartido entre as partes. Ao fisco cabe provar o cometimento da infração, o que no caso foi feito com aporte de documentação comprobatória aos autos, extraída da própria escrituração do autuado (EFD) e repassada ao fisco no cumprimento de obrigações acessórias específicas. Do mesmo modo, compete ao sujeito passivo, na forma prevista no artigo 123 do RPAF, abaixo transcrito, provar, indubitavelmente, as alegações defensivas:

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.*

*§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

*§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.*

...

*§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

*I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*

*II - se refira a fato ou a direito superveniente;*

*III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.*

Deste modo, não sendo o caso possibilidade de posterior apresentação de prova e observando que, além de a Impugnação parecer desatenta ao caso concreto, vez que fala em parcial reforma de acórdão de 1<sup>a</sup> instância, visando exclusão relativa às infrações 02, 03 e 04, que não existem no presente AI (item 28, fl. 24), tenho que apenas citando determinadas mercadorias saídas com o documento fiscal identificado no demonstrativo suporte da autuação, a planilha apresentada pelo Impugnante indicando que a mercadoria vendida foi objeto de “devolução e estorno”, afronta a normativa acima reproduzida.

Assim, considerando que: a) o levantamento fiscal, sem alterar os dados originais, tem por fonte a própria escrituração fiscal efetuada pelo autuado; b) os dados do levantamento fiscal não foram objetados pelo Impugnante; c) o efeito jurídico da escrituração empresarial provando contra seu autor (CPC: Art. 417), é de se concluir que os elementos de prova aportados aos autos pelo Impugnante não servem ao interesse probatório do contribuinte.

*Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.*

Portanto, ao contrário do feito pelo fisco no cumprimento do seu ônus probatório, os autos denotam que o sujeito passivo não se desonerou do seu ônus probatório, sendo este um caso enquadrável nas disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF:

*Art. 142. 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.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298958.0018/19-9**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$232.648,11**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, VII, “a”, da Lei 7014/96, além dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2020

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR