

A. I. Nº - 233073.0002/15-4
AUTUADO - J. M. M. MODAS E UTILIDADES LTDA. - EPP
AUTUANTE - ETENY SANTANA CAVALCANTE
ORIGEM - INFAZ/FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.08.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0132-01/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Excluídas, de ofício, as notas fiscais que não estão sujeitas a antecipação parcial. Não acolhidas as preliminares. Negado o encaminhamento do feito à PGE, por falta de previsão legal. Pedido de perícia igualmente negado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de junho de 2015 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 27.531,06, pela constatação da seguinte infração, além da multa de 60%:

Infração 01. 07.21.03. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2011.

Tempestivamente, a autuada, por meio de seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 118 a 124, onde argüi que o mesmo deverá ser anulado, diante da previsão contida no artigo 18, incisos II, III e IV do RPAF/99, vez que houve preterição do direito de defesa, o lançamento não possui fundamentação, e não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o infrator.

Invoca o disposto no artigo 28 do RPAF/BA, vigente a época da autuação, que exige a elaboração de demonstrativos e levantamentos elaborados pela autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido como elementos essenciais que o processo deve conter.

Argumenta, ainda, que, para se determinar a base de cálculo, a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre nitidamente a mesma, que há de ser feita de forma compreensiva, apontando o critério ou método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. Isso porque a base de cálculo do imposto é a dimensão material do tributo, sendo essa demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário impositivo e a clareza da forma como foi apurado o débito é decorrência dos princípios da legalidade e da verdade material. Os atos dos autuantes devem se pautar no contido no Código Tributário Nacional (CTN), mais precisamente em seu artigo 142, parágrafo único, e a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita de forma mais clara e segura possível, incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto.

Da mesma forma, observa que o artigo 142 do Código Tributário Nacional, disciplina e define o procedimento administrativo do lançamento, consubstanciado numa série de atos jurídicos sucessivos, objetivando uma única finalidade, sendo que o lançamento, se traduz, sem possibilidade de contornos: no dever de autoridade administrativa conhecer, concretamente, as hipóteses passíveis de imposição (*an debeatur*), determinando, em consequência, o “*quantum debeatur*”; proceder ao lançamento com base nos dados concretamente detectados; expedir para o sujeito passivo respectivo aviso de lançamento (intimação e/ou notificação), acompanhado dos demonstrativos e levantamentos realizados pelo Autuante indispensável para esclarecimento do Lançamento.

Alega que no presente caso, cumpria ao Fisco lhe fornecer cópias de todas as notas fiscais que serviram de base da autuação acompanhadas dos demonstrativos e levantamentos realizados, que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, e que tal fato, além de macular o Auto de Infração a ponto, declara-lo nulo, por inobservância aos requisitos essenciais que a Lei determina e que devam constar do mesmo, ainda constitui ofensa ao Princípio Constitucional de Ampla Defesa e do Contraditório, instituído pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, transcrito.

Desta forma, entende provado de forma incontestável, que não lhe foi assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que não fornecidos os levantamentos elaborados pelo fisco, sendo nulo o lançamento.

No mérito, após divagar sobre a norma constitucional, entende necessária identificar a hipótese figurada, ou a figura do tipo tributável. Para tanto, há uma técnica que consiste na dissecação dessa norma para identificar nela os elementos constitutivos aos quais deverão corresponder todas as características do acontecimento do mundo social a que se quer atribuir a força de fazer nascer o dever Jurídico de pagar o Tributo. Esses elementos são quatro: o pessoal, que indica as pessoas envolvidas no acontecimento (sujeito ativo e sujeito passivo); o material, que revela a matéria (coisa ou pessoa) tributável, bem assim a mensuração dessa matéria (base de cálculo) e o referencial de quantificação do tributo (alíquota); o espacial, que descreve a área onde o acontecimento ocorrerá; o temporal, que determina o momento em que a caracterização desse tipo se completará.

Fala ser impossível nascer o dever Jurídico de pagar um imposto sem que todos esses elementos se tenham verificado, tanto que o Código Tributário Nacional, no seu artigo 142, impõe à Administração que assim proceda, isto é, examine à luz da lei do tempo de ocorrência do fato, todos esses elementos que tipificam, mencionando, a seguir, princípios diversos a serem obedecidos no processo administrativo fiscal, fazendo menção doutrinária a respeito.

Argumenta que no exame do mérito não merece outra sorte uma vez que a autuante não indicou a metodologia, o critério e o meio para chegar ao crédito reclamado que ora se combate, o que redundaria no pedido de deferimento de todos os meios de provas em direito admitidos, “*ex vi*” do artigo 5º, LV e 93, inciso IX da Constituição, indicando de logo, a juntada posterior de documentos inclusive em contraprova. Solicita, de igual modo, a realização de perícia por arbitramento e formulação de quesitos e revisão do procedimento fiscal com preposto diverso, tudo para que, ao final, seja julgado nulo e no exame do mérito seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

Informação fiscal prestada às fls. 129 a 132 pela autuante, indica que o autuado está equivocado, e que a autuação foi feita com base em planilha de cálculo anexa ao lançamento, e entregue ao sujeito passivo através dos Correios, identificando a mesma a data da ocorrência, a base de cálculo, discriminando os números das notas fiscais, lhe assegurando o pleno direito de defesa, motivo pelo qual sustenta a procedência do lançamento.

Diligência determinada às fls. 136 e 137, pede o encaminhamento ao contribuinte autuado de cópia dos demonstrativos de fls. 04 a 07, bem como das notas fiscais acostadas às fls. 09 a 114, cientificando-o da reabertura de prazo para apresentação de nova defesa de sessenta (60) dias, com manifestação da autuante caso viesse ao feito.

Em atenção à solicitação, foi intimada a empresa (fls. 140 e 141), retornando ao feito, (fls. 144 a 149), se manifestando no sentido de que em que pese o esforço e a dedicação da autuante na busca da constatação de ilícitos tributários, não logrou totalmente o êxito desejado, e conseqüentemente, não houve a alegada infração aos dispositivos invocados pela Autuante, sobretudo, quando examinado a questão sobre a luz dos fundamentos jurídicos que enumera, repetindo os mesmos argumentos anteriormente expostos, e asseverando que não são verossímeis os fatos elencados pela autuante no lançamento em questão, especialmente os fatos impugnados, ao tempo em que reconhece parcialmente o Auto de Infração, visto que as únicas mercadorias adquiridas correspondem as notas fiscais 821, 62392, 145952, 0004887, 41805, 2373, 41806, 13647, 136548, 41807, 88763, 0145, 137246, 42711, 009072, 153325, que de acordo os valores apurados pelo demonstrativo da autuante totalizam a importância de R\$ 5.965,12, conforme aponta.

Diz, ainda, ser o fisco sabedor do quanto ser comum empresas de outros Estados, e às vezes do mesmo, adquirirem mercadorias em nome de outras para fugir do pagamento dos impostos devidos. Tanto que esse Colendo Conselho não tem amparado autuações, como a presente, quando não fazem prova da imputação, ou seja, da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento acusado, observando que a autuante não acostou ao processo os respectivos canhotos das Notas Fiscais com a assinatura do seu representante ou preposto recebendo efetivamente as mercadorias, objeto do Auto de Infração.

Chama a atenção que não quer descaracterizar a circulação das mercadorias, até mesmo porque o fato de ter passado no Posto Fiscal permite-se concluir que elas circularam. Apenas demonstrar que não restou comprovada a entrada efetiva em seu estabelecimento das mercadorias objeto do Auto de Infração, sendo assim, não se pode exigir o pagamento do Auto de Infração em questão sem a prova efetiva da entrega das mercadorias à Autuada, nos termos do artigo 333 do CPC (transcrito), cabendo a quem alega o ônus da prova. A ambos, administração fazendária e contribuinte, cabe não só alegar, mas principalmente produzir provas que criem condições de convicção favoráveis a pretensão de cada um, cabendo, então, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário.

Elabora a seguir, quesitação dirigida à PGE/PROFIS, no sentido de responde-las, lembrando que o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a Administração Pública obedecerá, entre outros, ao princípio da moralidade, que ficou estremecido com a lavratura do presente Auto de Infração. Até porque moralidade é pressuposto integrante dos atos praticados pela Administração, uma vez que, está deve estar baseada na confiança, na boa-fé, na honradez e na probidade, tecendo comentários a propósito dos princípios da moralidade e razoabilidade, finalizando requer o deferimento de todos os meios de provas permitidos em direito, “ex vi” do art. 5º, LV, da Constituição, indicando de logo a juntada posterior de documentos inclusive em contra prova, ouvidas de testemunhas, cujo rol oportunamente apresentará; Perícia com Arbitramento e quesitos, vistorias por outros prepostos Fiscais que não o Autuante nos seus Livros, para que, enfim, seja julgado parcialmente procedente, o lançamento na quantia de R\$ 5.965,12, e improcedente o valor de R\$ 21.483,97 (valor histórico), que correspondem aos equívocos de boa fé existentes nos relatórios da autuante, que fundamentaram a lavratura do Auto de Infração.

Retornando ao feito, a autuante (fls. 158 a 160), anota que o lançamento consiste em fatos e não em presunção como alega a autuada, pois todo material, inclusive notas fiscais, acostado ao processo e que resultou no referido lançamento foi obtido decorrente de Intimação para apresentação de documentos fiscais (fls. 08), e através do Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Após conceituar a nota fiscal eletrônica, ressalta que as mesmas são especificadas e registradas em tempo real (on-line) com todos os dados delas constantes, nos respectivos portais particulares dos destinatários, entendendo que se a autuada não reconhecesse a idoneidade de parte das notas fiscais acostadas ao PAF, sob alegação de não ter recebido as mercadorias nelas contidas, deveria, em tempo oportuno, ter registrado a ocorrência do fato no órgão competente da Secretaria de Segurança

Pública do Estado da Bahia e em seguida ter apresentado petição ao órgão competente da SEFAZ, a fim de que a ocorrência do fato fosse apurado.

Observa que, não foi acostada nenhuma prova de que ele teria adotado alguma medida no intuito de caracterizar o suposto uso indevido de sua razão social por parte dos fornecedores, considerando descabida a alegação de que a autuante não acostou os canhotos das notas fiscais ao processo, pois estes são documentos de uso restrito do emitente das notas fiscais e não cabe ao fiscal apresentá-los, ainda mais no presente caso, cujo os documentos fiscais são eletrônicos e sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente.

Assim sendo, as Notas Fiscais autuadas foram objeto que causaram as infrações ocorridas e elencadas no Auto de Infração em epígrafe, instrumento legal, previsto em legislação pertinente, para cobrança de tributo, por ser peça justa de cobrança do imposto devido aos cofres públicos do Estado, sugerindo a manutenção da ação fiscal e do lançamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em apenas uma infração arrolada pela fiscalização, qual seja a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Inicialmente, analiso as questões preliminares suscitadas em sede defensiva, a começar pela preterição do direito de defesa, falta de fundamentação do lançamento, e ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o infrator.

Não posso acolher tais argumentos. Inexistiu cerceamento de defesa, inclusive a causa que poderia determinar tal fato, qual seja a ausência de entrega ao sujeito passivo de demonstrativos e documentos objeto da autuação, foi devidamente sanada através da realização de diligência saneadora, a qual restabeleceu a ordem jurídica no processo. Ademais, a infração encontra-se devidamente indicada, bem como fundamentada, lastreada em elementos de prova, sendo perfeitamente possível indicar-se com segurança a sua natureza, bem como o infrator.

Nesta seara, inexistiu qualquer desobediência ao comando inserido no artigo 142 do CTN, estando perfeito e acabado, tendo o sujeito passivo, em duas oportunidades, comparecido ao processo, e posto as questões relevantes que entendeu ampararem sua defesa, motivo pelo qual também não acolho tais argumentos.

Da mesma forma, nego o pedido de perícia solicitado, diante do fato de que a análise da matéria independe de conhecimento técnico específico, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea "a" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/99).

Quanto ao pedido de diligência, conforme já posto linhas acima, foi atendido, a fim de sanar falhas processuais, estando o feito com os elementos necessários para a solução da lide, sem que seja necessária nenhuma outra providência.

No que concerne ao pedido de remessa para a apreciação da PGE/PROFIS, igualmente não acolho o pleito, tendo em vista o disposto no artigo 118, inciso I, alínea "a", o qual determina que cabe àquele órgão emissão de parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei, no prazo de 10 (dez) dias, nos casos previstos pela legislação ou sempre que solicitado pela autoridade competente. no caso presente, inexistente motivo ensejador para a remessa, diante da matéria em discussão, ser eminentemente fática.

Quanto ao mérito, a legislação tributária do Estado, estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS. Esta regra está insculpida no artigo 12-A da Lei 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Por outro lado, o artigo 17 da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto é o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes é relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

O fato da autuada encontrar-se na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, me leva a fazer algumas observações adicionais:

Tal regime se caracteriza pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação, o denominado DAS, bem como pelo fato de haver disponibilização às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DAS e, a partir de janeiro de 2012, para constituição do crédito tributário, exigindo a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, sendo concedido prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

Pertinente mencionar o fato de que a implementação de tal sistema se deu através da promulgação da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

A mesma, determina no seu artigo 13, como deve ser efetivado pelo contribuinte inscrito no SIMPLES NACIONAL o seu recolhimento:

"Art. 13:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

(...)

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;"

Esta é a base legal para que o Estado da Bahia possa, através de sua fiscalização tributária, realizar a cobrança de antecipação parcial para as empresas optantes daquele regime de tributação, vez que tal sistemática não implica em encerramento da fase de tributação.

Ou seja: em relação a substituição tributária, e antecipação parcial, incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime pelo qual optaram,

obedecendo a legislação posta, especialmente os artigos 8º e 12-A da Lei 7.014/96, já mencionados e transcritos linhas acima.

O sujeito passivo na sua segunda intervenção no processo, após receber cópia dos demonstrativos e documentos fiscais que ensejaram a autuação, reconhece ser devida a cobrança do imposto relativamente aos seguintes documentos fiscais: números 821, 62392, 145952, 0004887, 41805, 2373, 41806, 13647 (em verdade, a defesa comete um pequeno equívoco, vez que o número correto da nota fiscal é 136547), 136548, 41807, 88763, 0145, 137246, 42711, 009072, 153325, que totalizariam o valor de R\$5.965,12. Em relação às demais, nega ter adquirido tais mercadorias, sem o seu recebimento no estabelecimento comercial.

Em relação a tal argumento, a autuante se contrapõe, alegando que não ter sido acostada prova de que teria adotado alguma medida no intuito de caracterizar o suposto uso indevido de sua razão social por parte dos fornecedores.

Em verdade, o regramento previsto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99 assim determinam:

“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.”

Ou seja: Não bastaria apenas alegar. Necessária e imprescindível a apresentação de prova, ainda mais se considerarmos que existem apenas notas fiscais eletrônicas arroladas na autuação, coletadas inclusive junto ao próprio contribuinte autuado, as quais poderiam, ainda que de forma não obrigatória, ter a emissão consultada através do respectivo portal, para fins de controle, e se evitar que a emissão indevida ocorresse, se fosse o caso.

Da mesma forma, o contribuinte, conforme bem mencionado na informação fiscal da autuante, não adotou qualquer providência, quer no âmbito policial ou administrativo, junto, respectivamente às Secretarias de Segurança Pública e Fazenda, no sentido de registrar o ocorrido, a fim de que tais entidades públicas adotassem as medidas necessárias para evitar tais práticas. Tal omissão atenta contra a empresa autuada.

O argumento defensivo, qual seja, a simples negativa de aquisição de notas fiscais eletrônicas, desacompanhado de qualquer outro elemento probante, tem sido corrente neste Órgão, o que tem motivado inúmeras decisões, dentre as quais destaco o Acórdão CJF 0403-11/13, no qual a relatora, Conselheira Raisa Catarina Fernandes, assim conclui o seu voto que não deu provimento ao Recurso Voluntário impetrado pelo contribuinte: *“... Neste contexto, alegar sem provar é o mesmo que nada dizer, caberia ao Recorrente trazer ao processo elementos comprobatórios capazes de fundamentar sua discordância. O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99. Na situação em comento, já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.”*

A este respeito, de igual forma, entendo necessário transcrever pequeno trecho do julgamento verificado no Estado de Pernambuco, pela 4ª Câmara de Direito Público, na Apelação Cível 0069947-52.2007.8.17.0001, no qual o Estado foi demandado por contribuinte, em relação a matéria de idêntico teor, qual seja, a negativa do contribuinte de aquisição das mercadorias constantes em diversos documentos fiscais, sendo Relator o Desembargador Rafael Machado da Cunha Cavalcanti,

publicado no Diário da Justiça do Estado de Pernambuco de 05 de janeiro de 2016, página 787, cujo trecho transcrevo abaixo:

“Destarte, a teor do que dispõe o art. 333, I, do CPC, compete ao autor o ônus de provar fato constitutivo de seu direito. Inexistentes ou insuficientes as provas carreadas aos fôlios, resta ao julgador, aplicando a regra do ônus da prova, julgar improcedente a demanda, tal como fez o magistrado de base.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a respeito do tema lecionam:

‘O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.’

No que tange ao mérito recursal, pretende a recorrente a anulação do débito fiscal apurado a partir do Auto de Infração nº 005.01064/07-9 (TATE 00.293/07-5), cujo fundamento é o de falta de recolhimento do ICMS devido por operações tributáveis não registradas nos livros e documentos fiscais.

Sucedendo que, em se tratando de ação anulatória, como no caso dos autos, repita-se que cabe à autora o ônus da prova quanto à desconstituição do crédito já notificado ao contribuinte, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, sendo, pois, imprescindível, prova irrefutável para desconstituição do mencionado crédito.

Foi então solicitado à Apelante que apresentasse em sua defesa quaisquer instrumentos comprobatórios dos lançamentos das operações relativas às citadas notas fiscais. Como tal pleito não foi atendido, as operações foram consideradas irregulares.

Veja-se que aqui, como bem pontuado pelo eminente Des. Bandeira, “Nessa espécie tributária, toda a estrutura das penalidades (senso estrito) tem a sua lógica direcionada a compelir o contribuinte a ser exato e fidedigno na documentação e escrituração de suas operações comerciais, pois é exatamente com base nesses dados do próprio contribuinte que a autoridade fazendária exerce a maior parte (e a parte principal) de sua atividade fiscalizatória’.

Confia-se nas informações prestadas pelo sujeito passivo, que deve pautar-se da forma mais escorreita possível. Não poderia o contribuinte agir de forma mais danosa, devendo tal conduta ser punida”.

Da mesma forma, a doutrina, aqui representada por Hugo de Brito Machado Segundo (Processo Tributário, Ed. Atlas, 2ª Ed., pág. 497), entende caber ao contribuinte a comprovação de alegações: *“...caso se trate de um lançamento formalmente perfeito, devidamente fundamentado e acompanhado dos elementos que comprovam os fatos sobre os quais se funda, será do contribuinte autor de uma ação anulatória o ônus de provar que tais fatos ocorreram de modo diferente do considerado pela autoridade lançadora, ou de que outros fatos ocorreram de sorte a alterar, modificar ou extinguir o direito consubstanciado no ato de lançamento.*

Desta forma, o presente lançamento tendo respaldo em notas fiscais idôneas, inclusive tal fato não foi questionado pelo sujeito passivo, todas elas presentes nos autos, e entregues em cópia ao contribuinte, na forma de diligência saneadora realizada, a qual, inclusive, reabriu prazo de sessenta dias para a defesa, não sendo originárias de simples informações de terceiros ou, relação de notas fiscais coletadas em sistemas, a exemplo do CFAMT ou SINTEGRA, sem sombra de dúvidas, posso concluir o Auto de Infração neste caso não prescinde de prova a ser constituída pela fiscalização, vez atendido a previsão contida no artigo 333, I, do Código de Processo Civil (CPC), então vigente, renumerado no novo diploma processual no artigo 373, o qual, apesar de em sua parte inicial manter a atual distribuição do ônus probatório entre autor e réu - sendo atribuído ao sujeito passivo quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e ao sujeito ativo da relação processual quanto ao fato constitutivo de seu próprio direito.

Ressalto que todas as notas fiscais autuadas se encontram no processo em cópias. Observo, ainda, que as mercadorias foram transportadas, não por transportadores autônomos, mas por empresas de transporte, o que fragiliza a defesa, pois, para se perpetrar tal fraude, qual seja, a de entregar as mercadorias em outros endereços a outros contribuintes, necessário seria a conivência das mesmas.

Assim, se apresentaria como cuidado indispensável que o sujeito passivo carresse aos autos aqueles elementos, documentos ou quaisquer outros tipos de provas decorrentes de negócios jurídicos celebrados, ou no caso presente, de que não houve as mencionadas aquisições, devendo se organizar para manter o máximo de documentos capazes de comprovar sua atuação de acordo com a legalidade, na forma alegada.

Temos, pois que a prova que embasa o Auto de Infração são os documentos fiscais emitidos atendendo as formalidades legais, estando os dados e informações neles contidos, em especial quanto ao contribuinte autuado como destinatário, albergados pela presunção de legitimidade, porque a prova constituída pela fiscalização é de presunção relativa, que aceita, não participou do negócio como declarado no documento fiscal, o que no presente caso não fez por mera opção, já que teve inteira possibilidade para tanto.

Todavia, da análise das notas fiscais elencadas na autuação, constato que algumas delas, pela natureza de suas operações, não se submetem à antecipação parcial, diante da inexistência de previsão legal, como as operações de devolução e remessas de brindes.

Desta forma, tais notas devem ser expurgadas do lançamento, o que faço de ofício, sendo excluídas as notas fiscais correspondentes aos seguintes DANFES:

197. 516 (fl. 18), por motivo de se tratar de nota fiscal de entrada, emitida pela empresa Teka Tecelagem Kuehnrich S. A., inserida no demonstrativo no mês de julho de 2013, por se referir a operação de devolução de vendas. O mesmo fato ocorre no mesmo período e para a mesma empresa emitente das notas fiscais, relativamente aos DANFES 223.897 (fl. 16), 223.898 (fl. 17), e 224.054 (fl. 19).

Com tais exclusões, a infração apontada para o mês de julho de 2011 se reduz para R\$ 707,47.

35.361 (fl. 106), por motivo de se tratar de nota fiscal de remessa de brinde, emitida pela empresa Kuka Produtos Infantis, no mês de dezembro de 2011, o que reduz o montante a ser cobrado em tal período para R\$ 13.295,21.

Por tais motivos, julgo o Auto de Infração procedente em parte, devendo ser alterados os valores do demonstrativo de débito original, relativos aos meses de junho e dezembro de 2011, para os valores acima indicados, mantendo-se os demais meses sem qualquer alteração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **233073.0002/15-4**, lavrado contra **J. M. M. MODAS E UTILIDADES LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.060,93**, acrescido da multa de 60%, prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea "d", e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA