

PROCESSO	- A. I. Nº 093310.0064/03-9
RECORRENTE	- LEMOS CAETANO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0426-02/04
ORIGEM	- INFRAZ CAMAÇARI
INTERNET	- 14/03/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0049-12/05

**EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO DO ICMS. MULTA.** Confirmado o descumprimento da obrigação. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de multa no valor de R\$146.389,81, em decorrência de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuado apresentou impugnação afirmando desconhecer a existência das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, além de não ter realizado as operações por ela acobertadas, razão pela qual as mesmas não constam em seus registros fiscais.

Sustenta que é dever do Fisco provar e não presumir a prática de infrações e, por isso, a teor do art. 112 do CTN e do RPAF, suscita a nulidade do lançamento por não ser possível se determinar com segurança a infração ou o infrator.

O autuante, em informação fiscal, ratifica o Auto de Infração em todos os seus termos.

A ilustre relatora da Decisão recorrida, em seu voto, inicialmente rejeita as preliminares de nulidade argüidas aduzindo que as notas fiscais são provas materiais irrefutáveis das aquisições das mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas ao sujeito passivo, cujos documentos estão anexados ao PAF.

No mérito aduziu que a multa foi aplicada pela não escrituração nos livros fiscais, de documentos fiscais relativos a aquisições de mercadorias tributadas, aplicando-se a presunção *juris tantum* do art. 4º, §º 4º de Lei nº 7.014/96, e que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidi-la.

O recorrente, por seu representante legal, interpôs Recurso Voluntário, inicialmente ressalta que o Auto de Infração foi lavrado em desarmonia com a legislação vigente.

Sustenta que a Decisão recorrida lastreia-se no entendimento equivocado, que a simples existência de notas fiscais capturadas pelo CFAMT seria prova das infrações e que caberia ao contribuinte provar a sua inocorrência.

Cita e transcreve doutrina, no sentido de demonstrar induvidoso o dever do fisco de provar, e não apenas presumir, a infração apontada, conforme previsto no inciso II do §º 4º do art. 28 do RPAF.

Invoca o art. 112 do CTN e o art. 18 do RPAF para lastrar a argüição de nulidade do lançamento, entende não ser possível se determinar com segurança a infração ou o infrator.

Em relação ao mérito, reafirma veementemente não ter realizado as operações acobertadas pela notas fiscais que teriam sido capturadas pelo CFAMT e presumidas pela fiscalização como verdadeiras e irrefutáveis, as quais simplesmente desconhece, sustentando que a sua escrita fiscal é meio de prova para atestar o cumprimento das suas obrigações principais e acessórias.

Aponta que a Decisão da primeira instância atenta contra o direito de propriedade do contribuinte, além de violar os princípios da legalidade e da moralidade aos quais está adstrita a Administração Pública, por força do disposto no art. 37 da Constituição Federal.

Lembra que, como preceitua o Código Tributário Nacional, no seu art. 142, a atividade administrativa do lançamento é vinculada sob pena de responsabilidade funcional e dessa forma não pode o agente fazendário presumir a entrada irregular de mercadorias na empresa baseada tão-somente em notas fiscais estranhas à escrita fiscal do recorrente.

Invoca o senso de justiça, honestidade e lisura que deve permear todos os atos do agente público em atenção ao princípio da moralidade administrativa, para concluir que a Decisão recorrida é ilegal e carecedora de reforma.

Por fim, requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração em lide.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dr. José Augusto Martins Junior, após analisar o Procedimento Administrativo e a síntese da súplica recursal adentra no exame da questão e, vestibularmente, disserta sobre as questões jurídicas concernentes às provas diretas e indiretas de um fato a ser provado e sua ilação a um fato conhecido e aponta a aplicação subsidiária do art. 4º do CPC para as situações em que se milita a presunção em favor da legalidade do ato administrativo do lançamento, deslocando o ônus da prova ao contribuinte, com o fito de maximizar o controle eficaz das fraudes fiscais.

Aponta o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.04/96 que lastreia a autuação e que caberia ao autuado elidir a presunção legal e, como verifica não ter o recorrente se desincumbido de fazer prova do fato constitutivo do seu direito, resta indubioso o cometimento da infração contra a legislação tributária, quiçá o cometimento de crime contra a ordem tributária, opinando preliminarmente o devido encaminhamento de cópia dos autos para o *Parquet* Estadual na Comarca de Camaçari, para adoção das providências pertinentes.

Assim, opina pela Procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo recorrente e já devidamente enfrentada pelo Ilustre Julgador de Primeira Instância, tendo em vista que, até prova em contrário, as notas fiscais são provas materiais de aquisições das mercadorias e destinadas ao sujeito passivo.

Observo também que os documentos relacionados no levantamento realizado estão, devidamente, anexados ao PAF, havendo, dessa forma, elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Em relação ao mérito da lide, verifico que a Decisão recorrida está correta, porque a multa foi aplicada pela não escrituração nos livros fiscais, de notas fiscais relativos a aquisições de mercadorias tributadas, aplicando-se a presunção *juris tantum* do art. 4º, §º 4º de Lei nº 7.014/96.

Caberia ao recorrente provar o não cometimento do cumprimento daquela obrigação acessória ou a existência de fraude na emissão daqueles documentos fiscais. Como não o fez, a simples negativa da infração, não é suficiente para lhe desoneras de elidi-la. Assim, acompanho a PGE/PROFIS, mantendo a Decisão e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 093310.0064/03-9 contra lavrado LEMOS CAETANO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$146.389,81, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS