

PROCESSO - A. I. Nº 279804.0168/05-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSENILDO ARAÚJO ALMEIDA (SUPERMERCADO COMPRE BEM)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26/06/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0209-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que a acusação se fundamentou em indícios sem provas e em presunções não autorizadas por lei. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A PGE/PROFIS, com fundamento no art. 119, II, e § 1º, da Lei 3.956/81 (COTEB), representou à esta CJP para que fosse decretada a Nulidade do presente Auto de Infração, em razão da constatação de vício insanável, pela ausência de prova do cometimento da infração.

O Auto de Infração foi lavrado para aplicar a penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor correspondente a R\$690,00 pela prática tipificada no art. 42, XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96, ou seja, o estabelecimento teria sido identificado realizando operações sem a emissão do documento fiscal correspondente.

Como o autuado não pagou o débito nem impugnou o lançamento, foi lavrado o competente Termo de Revelia (fl. 15) e, na sequência, encaminhados os autos à PGE/PROFIS para exercer o controle da legalidade do feito.

Na Representação proposta, os ilustres procuradores da PGE/PROFIS historiaram os fatos, dando conhecimento que a autoridade autuante efetuou três visitas ao estabelecimento do autuado, nos dias 13, 14 e 19/09/2005, ocasião em que constatou a utilização de uma máquina calculadora com bobina, em substituição à máquina ECF, esta também existente no local, sendo que, nas duas primeiras o agente fiscalizador solicitou ao autuado que retirasse a máquina calculadora do caixa, mas não foi atendido, e, por esta razão, lavrou o presente Auto de Infração.

Informaram que, instruindo o presente procedimento, há o Termo de ocorrência à fl. 6 (noticiando as visitas e a constatação da infração), o termo de apreensão de mercadorias e documentos às fls. 4 e 5 (lavrado em virtude da apreensão da máquina calculadora com bobina), a Denúncia Fiscal nº 9.589/05 às fls. 7 e 8 (notícia dos fatos ora examinados), bem como os documentos de fls. 11 e 12 (leitura X da máquina ECF e notas fiscais do talonário do autuado).

Disseram que, quanto ao mérito, constata-se a configuração de vício insanável, posto que, em que pese o esforço empreendido pela autoridade fiscal autuante, os elementos trazidos aos autos revelaram-se insuficientes para demonstrar a efetiva prática da infração imputada, consistente na venda de mercadorias a consumidor final, sem a devida emissão do documento fiscal correspondente.

Pontuaram que a leitura do Termo de Ocorrência acostado à fl. 6 não permite, sequer, deduzir que o fiscal autuante presenciou, no estabelecimento do autuado, a apontada venda de mercadorias sem emissão de competente documento fiscal, pois, nesse termo, o autuante relata que a referida máquina de calcular estaria sendo utilizada juntamente com a máquina ECF,

enquanto que no termo de apreensão n.º 133253 narra que a primeira estaria sendo utilizada em substituição à segunda.

Atestaram que, na melhor das hipóteses, a documentação acostada aos autos poderia levar a uma ilação acerca da presença de uma máquina calculadora com bobina no estabelecimento autuado, porquanto, à exceção de uma denúncia anônima, inexistia sequer uma narrativa capaz de noticiar a efetiva verificação – ou seja, um flagrante – da prática descrita no art. 42, XIV-A, “a”, da Lei n.º 7.014/96, isto que a Fazenda Estadual tem mecanismos aptos a comprovar a materialização da infração.

Concluíram que, em síntese, pode-se afirmar que o autuante visitou o estabelecimento do autuado, em três ocasiões – 13, 14 e 19/09/2005 e, ali estando, não presenciou qualquer venda efetuada nas condições mencionadas e, ainda assim, a autoridade fiscal lavrou um Auto de Infração com base em presunções originadas de uma denúncia anônima, em virtude da só existência de uma máquina ECF e de uma calculadora com bobina no caixa do autuado (fls. 5, 6 e 11).

Pelas razões expostas, propuseram a presente Representação, para que fosse declarada a nulidade do Auto de Infração.

A Representação foi ratificada pela Procuradora Assistente e pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS.

VOTO

Da análise das peças processuais, constata-se que o autuado teve contra si lavrado o Auto de Infração em epígrafe, para imputar-lhe uma multa de R\$690,00, pelo cometimento da infração tipificada no art. 42, XIV-A, “a”, da Lei n.º 7.014.96, procedimento originado de denúncia formulada por pessoa não identificada nos autos, a respeito de suposta utilização de equipamento extra fiscal (máquina calculadora) no check-out do estabelecimento, em substituição ao ECF de uso obrigatório na sua atividade comercial.

Com efeito, o contribuinte é acusado de ter sido flagrado realizando operações relativas à circulação de mercadorias, sem a emissão do competente documento fiscal. Entretanto, não vislumbro nos autos, qualquer prova que possa suportar essa assertiva. O Termo de Apreensão de n.º 133.253, à fl. 4, e o termo de ocorrência às fls. 06, em que se pretende caracterizar o ilícito do qual está sendo acusado o autuado, quando muito, revela a existência, àquela ocasião, de uma máquina de calcular presumivelmente operando ao lado do ECF. A prova necessária e suficiente à caracterização do ilícito inexistia no processo. O levantamento de caixa, procedimento que poderia ter sido adotado pelo fiscal autuante para comprovar a materialização da infração, não consta que tenha sido realizado.

Pelo contrário, a informação que se têm (v. fl. 6), é que a autoridade fiscal esteve visitando estabelecimento do contribuinte autuado por três vezes num intervalo de seis dias (13, 14, e 19/09/05), limitando-se tão somente a constatar a existência da tal máquina de calcular no check-out do estabelecimento autuado, tendo pacientemente, nas duas primeiras oportunidades, comunicado a irregularidade ao gerente da loja e solicitado do mesmo que providenciasse a retirada do equipamento, sem contudo, lograr êxito nessa sua súplica.

Ademais, de referência ao uso da calculadora, em princípio, não vislumbro nenhum óbice à sua utilização, desde que não se constate desvio de finalidade ou que o cupom por ela emitido não se confunda com o documento fiscal gerado pelo ECF. De qualquer sorte, carece de relevância a presente abordagem tendo em vista que outra é a acusação imputada ao contribuinte autuado neste processo.

Por fim, comungo com o entendimento dos ilustres Procuradores autores da proposição em análise, quando afirmam que, *“a mera existência de indícios não possui o condão de legitimar a punição do contribuinte, não se podendo olvidar que o direito fiscal é de interpretação estrita, em razão do que o ilícito fiscal deve estar cabalmente demonstrado, sob pena de tornar nulo o respectivo procedimento, em virtude de vício insanável.”*

Face ao exposto, considero inexistirem nos autos elementos de prova capazes de conferir sustentabilidade ao presente lançamento de ofício, razão pela qual voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS, para declarar NULO o Auto de Infração nº 279804.0168/05-7, por violação ao disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS