

PROCESSO - A. I. Nº 300200.0049/04-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PONTO DO VILA COMÉRCIO LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0312-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no artigo 119, II, e seu § 1º, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, por não terem sido anexadas as provas do cometimento da infração apontada. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, inciso II, e seu § 1º, c/c com o artigo 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB), face ao Controle da Legalidade exercido por aquele órgão, propondo que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em epígrafe, pelas razões a seguir elencadas:

1. o Auto de Infração exige multa por descumprimento de obrigação acessória em razão da possível ocorrência de venda de mercadorias a consumidor final, sem a devida emissão dos documentos fiscais correspondentes;
2. de acordo com o Termo de Ocorrência, lavrado em 23/09/04 e acostado à fl. 3, o preposto fiscal declarou que *“não havia numerário em caixa p/ efetuar auditoria de caixa, contudo permaneci no estabelecimento aproximadamente 15 mn e não emitiram nenhuma N. F. Última N. F. emitida: nº 008 c/ data de 20/07/04”*;
3. foi lavrado, ainda, um Termo de Visita Fiscal, certificando que foi feita a verificação dos talonários de notas fiscais, bem como dos elementos componentes do saldo instantâneo de caixa do estabelecimento e de todo o controle interno das operações de vendas;
4. foi anexada a Denúncia Fiscal nº 5.866/2004, com a notícia dos fatos examinados;
5. após intimado, o sujeito passivo manteve-se silente, razão pela qual foi lavrado o Termo de Revelia correspondente, tendo sido, os autos, remetidos para a Procuradoria Fiscal para inscrição em Dívida Ativa;
6. os elementos trazidos aos autos são insuficientes para demonstrar a efetiva prática da infração imputada, qual seja, a venda de mercadorias sem documentação fiscal;
7. a leitura do Termo de Ocorrências não permite, sequer, deduzir que o autuante presenciou, no estabelecimento do autuado, a apontada venda sem a emissão de documento fiscal, havendo apenas o relato de um flagrante não comprovado;
8. o lançamento foi efetuado com base em presunções originadas de uma denúncia anônima e, além disso, a própria fiscalização atestou a inexistência de numerário em caixa, comprovando mais uma vez a inocorrência de vendas de mercadorias no dia da ação fiscal;
9. o Fisco deveria ter lançado mão de outros meios para a constatação da prática do ato que se quer imputar ao contribuinte, ou mesmo repetir, em outro momento, a ação fiscal, já que, embora o sujeito passivo não tenha emitido nenhuma nota fiscal durante a permanência do

autuante no estabelecimento, não restou demonstrado que tenha ocorrido a venda de qualquer mercadoria.

As ilustres procuradoras, Dras. Paula Gonçalves Morris Matos e Cláudia Guerra, destacam 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, sob pena de nulidade do procedimento.

Por fim, concluem que, no caso *sub examine*, não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado, já que o Auto de Infração foi lavrado tão-somente com base em conclusões subjetivas do autuante.

O Parecer acima mencionado foi ratificado pela Dra. Maria Olívia T. de Almeida e pelo Procurador-Chefe, Dr. Jamil Cabús Neto.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização de trânsito para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória em razão de o estabelecimento ter sido *“identificado efetuando vendas de mercadorias a consumidor final sem a devida emissão dos documentos fiscais correspondentes, conforme Termo de Ocorrência”*.

Foram acostados ao PAF os seguintes documentos:

1. o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 300200.0051/04-0 lavrado em 29/09/04, com a mesma descrição constante no Auto de Infração;
2. um Termo de Ocorrência lavrado em 23/09/04 com a seguinte descrição dos fatos: *“Não havia numerário em caixa p/ efetuar auditoria de caixa, contudo permaneci no estabelecimento aproximadamente 15 mn e não emitiram nenhuma N. F. Última N. F. emitida: nº 008 c/ data de 20/07/04”*;
3. a Nota Fiscal série D-1 (Venda a Consumidor) nº 0008, a qual foi inutilizada em 23/09/04 pela fiscalização;
4. a Denúncia Fiscal nº 5866/04, emitida em 03/09/04, com a seguinte descrição dos fatos: *“Segundo o denunciante trata-se de um bar que não possui ECF, utiliza calculadora comum. Não fornece NF. Não tem documento para envio”*;
5. os “Dados Cadastrais” constantes do INC – Informações do Contribuinte, certificando que o autuado está inscrito como “comércio varejista de jornais e revistas”.

Efetivamente, concordo com a PGE/PROFIS, quando afirma que a infração apontada – realização de operações de circulação de mercadorias sem a emissão da documentação fiscal competente – não foi devidamente comprovada, embora haja indícios de irregularidades, haja vista que o contribuinte não emitiu nota fiscal no período de 20/07/04 a 23/09/04. Entretanto, tais indícios poderiam levar a uma investigação mais aprofundada já que próprio agente fiscal atestou que, no período em que permaneceu no estabelecimento do autuado, não havia numerário no caixa e, ademais, o fato de o contribuinte não ter emitido nota fiscal naquele instante não quer dizer que tenha promovido operações de saídas de mercadorias. Aliás, em nenhum momento da ação fiscal ficou devidamente demonstrado que houve a realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis, ainda mais porque se verifica que, conforme sua inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, o sujeito passivo atua no ramo de comércio varejista de jornais e revistas, mercadorias não sujeitas à incidência do ICMS.

Diante do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS, para julgar NULO o Auto de Infração.

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, 29 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

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