

**PROCESSO** - A. I. Nº 000.897108-0/06  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - BRANDÃO MALHEIROS COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
(SUPERMERCADOS BARREIRAS)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ BARREIRAS  
**INTERNET** - 23/11/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0443-12/06

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação de acordo com o art. 119, §1º, da Lei nº 3956/81 (COTEB), fundamentada no fato de que inexistem nos autos elementos suficientes para se determinar a infração impetrada ao sujeito passivo. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Representação interposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), propugnando pela decretação da nulidade do Auto de Infração nº 000.897108-0/06, em razão da existência de vícios insanáveis.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 28/03/06 para impor multa, no valor de R\$690,00, prevista no art. 42, XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de ter o autuado, efetuado venda de mercadorias sem emissão de documento fiscal.

Ao exarar a Representação de fls. 17 a 20, as ilustres procuradoras afirmaram que da análise que fizeram dos autos revelou-se inexistência de documentos comprobatórios ou elementos seguros de convicção de que o autuado realizava vendas de mercadorias sem a emissão de competente documentação fiscal. Disseram, ainda que o dispositivo legal no qual se baseia a autuação indica a idéia de flagrante, ou seja, o contribuinte sofrerá multa no caso de ser identificado realizando operações sem emissão de documentação fiscal correspondente. Destacaram que dos fatos narrados pelo autuante não ficou revelada a existência de tal flagrante, equivalendo a dizer que o que houve, no caso em análise, foi a acusação de um flagrante não comprovado. Acrescentaram a tudo isso o fato de que a fiscalização não atestou a existência de numerário em caixa, o que poderia comprovar a venda de mercadorias sem emissão de notas fiscais. Mencionaram que não houve, também, trancamento do talonário de notas fiscais, como costuma acontecer nesse tipo de fiscalização, que deveria lançar mão de mecanismos aptos a comprovar a materialização do ilícito fiscal, o que não ocorreu na hipótese *sub examine*. Ressaltaram que a Administração Tributária poderia, dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos, valer-se de outras formas para constatação da prática dos atos que se quer ver provados ou mesmo repetir a ação fiscal em momento diverso, uma vez que não é juridicamente lógico pretender que com base em presunções se viole direitos. Afirmaram ser cediço que a presunção – vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a dedução, conclusão ou a consequência, que se tira de um fato conhecido, para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso – passa a ser legal e possuir valor probante quando se origina do legislador, podendo, ou não, admitir prova em contrário. Como meio de prova supletiva, excepcional, é ela admitida quando o fato em questão não possa ser provado por outros meios ou, como adrede mencionado, a lei especificamente a preveja e, na situação em exame, disponha o Fisco de outra forma capaz de comprovar a venda de mercadorias desprovida de documentação fiscal. Reafirmaram que inexistem nos autos dados que permitam concluir que a autuação não foi fruto de presunções do fiscal autuante, bem assim provas materiais que possuam o condão de

sustentar a tese de que o autuado efetuou vendas sem a devida emissão de notas / cupons fiscais correspondentes, donde concluíram que o procedimento fiscal encontra-se eivado de vício insanável, devendo ser encaminhado ao CONSEF para o fim de ser declarado nulo.

Conforme o despacho de fl. 21, o Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, procurador do Estado, ratifica o Parecer de fls. 17 a 20, que conclui pela necessidade de representação ao CONSEF, no exercício do controle da legalidade, para que seja o Auto de Infração em epígrafe declarado Nulo.

## VOTO

No Auto de Infração em tela, o autuado foi acusado de ter efetuado “*Venda de mercadorias sem emissão de documento fiscal*”. Como prova desse ilícito fiscal, o autuante acostou ao processo unicamente o “Termo de Visita Fiscal” (fl. 3), mencionando que o contribuinte realizava operações com mercadorias sem emissão de documento fiscal.

Dos elementos anexados aos autos restou sem comprovação a acusação contida na peça de lançamento, pois não há prova de que autuado tenha sido encontrado realizando operações de saídas de mercadoria sem a emissão da devida documentação fiscal. Não foi empregado nenhum roteiro de auditoria fiscal ou contábil capaz de provar o ilícito. Não há auditoria de caixa, como costumam fazer os autuantes em situações semelhantes, para documentar a existência de numerário sem correspondente emissão de notas ou cupons fiscais. Ademais, não foi indicado pela fiscalização o montante das operações de saídas efetuadas sem a emissão de documentação fiscal.

Mostra-se patente a falta de elementos suficientes para caracterizar a infração que, no caso em tela, não pode ser saneada mediante diligência, pois não se constitui em uma eventual incorreção, omissão ou inobservância de exigência meramente formal. O vício que macula o Auto de Infração é de tal monta que implica total refazimento da ação fiscal.

Nessas circunstâncias, ficou caracterizada neste processo, a não existência de elementos capazes de comprovar, com segurança, a ocorrência da infração imputada ao autuado e, portanto, o lançamento deve ser declarado nulo, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação interposta, para declarar NULO o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS