

PROCESSO - A. I. Nº 300200.0312/05-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EDMILTON DA CRUZ RIBEIRO FILHO (POINT DO ACARAJÉ)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 12/07/2007

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0228-11/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA AUTUAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Representação proposta de acordo com o artigo 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista não haver no processo a citação da empresa autuada para se manifestar acerca do lançamento contra ela efetuado. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação no Controle da Legalidade, ensejado pela ilustre PGE/PROFIS, em relação ao Auto de Infração acima indicado, lavrado que foi em 30/06/2005, em decorrência à seguinte acusação:

“Estabelecimento identificado realizando operações sem emissão da documentação fiscal correspondente, infringindo assim aos artigos 142, inciso VII e 201 inciso I do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/97.”

A ação fiscal foi originada da Denúncia de nº 8388/2005, e conforme artigo 142, inciso XIV-A, alínea “a” da Lei nº 7014/96, alterada pela Lei nº 8534/02, foi imputada a multa por infração formal no valor de R\$ 690,00.

Apenso aos autos a fl. 4 Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 128262 de 10/06/2005, relativo ao equipamento em uso no estabelecimento, apreendido por estar emitindo ao público cupom não oficial, semelhante ao fiscal, o qual ficou depositado em poder do autuado.

A presente representação promovida pela ilustre procuradora dra. Maria Dulce Baleiro Costa, dentro da competência de opinar e proceder ao controle da legalidade exercida dentro das atribuições conferidas pelo art. 31-A, inciso I da Lei nº 8207/2002.

Da análise do PAF, expõe a ilustre procuradora que o dispositivo legal em que se apóia a autuação indica a idéia de flagrante, e os fatos revelados pela autuante não consignam essa ocorrência, equivalendo dizer tratar-se de acusação de um fato não comprovado.

Realça que a fiscalização não atestou a existência de numerário em caixa, nem tampouco emitiu nota fiscal, nem realizou mecanismos quaisquer aptos a comprovar a materialização da infração em comento. Aduz que a administração poderia valer-se de parâmetros legais para constatar as práticas dos atos que se quer ver provados, mesmo repetindo a ação fiscal em momento diverso, por não ser juridicamente lógico pretender a violação de direitos com base em presunções.

Destaca ainda a ilustre procuradora a fragilidade da descrição fática, dado que pode conduzir ao entendimento preconizado no art. 42 XIII-A, “d”, 1, a saber:

“d) R\$460,00 (quatrocentos e sessenta reais);

1- ao contribuinte que emitir, em substituição ao documento fiscal a que está obrigado, documento extra fiscal com denominação ou apresentação igual ou semelhante a documento fiscal, com o qual se possa confundir, independentemente da apuração do imposto devido”

Conclui que a falta de precisão conduz à nulidade da autuação, e inexistem nos autos dados que possibilitem entender que a presente autuação não foi fruto de presunção da fiscalização, bem

assim, não presentes provas materiais quaisquer que sustentem a tese que o autuado efetuou vendas sem a emissão dos devidos cupons fiscais, patenteando que o procedimento fiscal comporta vício insanável.

Aduz a ilustre procuradora que o vício insanável é qualidade atribuída ao defeito ou à falta, que atacando o fato o torna nulo ou inoperante, não permitindo a sua repetição nem qualquer remoção ou suprimento do mesmo.

Representa a este CONSEF para fins de que seja declarado Nulo o Auto de Infração em comento, antes submetendo a presente manifestação à apreciação da chefia junto à Procuradoria Fiscal.

Em Despacho que antecedeu a remessa do PAF a este CONSEF, a ilustre procuradora assistente dra. Maria Olívia T. de Almeida, constata inexistirem nos autos dados que permitam demonstrar a efetiva prática da infração imputada, consistente na venda de mercadorias a consumidor final, sem a devida emissão do documento fiscal correspondente, tratando-se, portanto, de vício insanável ensejador da declaração de nulidade do Auto de Infração em epígrafe, consoante Parecer da ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa.

VOTO

A análise do presente lançamento de ofício denota irregular procedimento do agente fiscal, por não ter, obrigatoriamente dentro da acusação fiscal levada a efeito, exercido a necessária constatação da ausência de documentação fiscal, a qual deverá ser obrigatoriamente emitida nas situações de vendas ao consumidor final, como se pretendia no caso em espécie.

A título de exemplificar, dentro de algumas outras situações aplicáveis, incumbiria levantar-se os valores em caixa, e analiticamente conferir estes com os cupons fiscais ou notas fiscais D-1 datados no mesmo dia, deduzindo-se os valores do saldo inicial de caixa (vendas ou valores de datas anteriores, já cobertos pela emissão de documentos fiscais).

A seguir, emissão de nota fiscal D-1, com termo, para fins de evitar-se a partir de então, utilização das mesmas acobertando eventuais valores vendidos e não registrados.

Irregularidade adicional revelada, conforme perfeita apreciação da PGE/PROFIS, pois que a máquina registradora apreendida e em poder do autuado, trata-se de equipamento não fiscal e não autorizado, porém emitindo cupom semelhante ao fiscal, o que conduziria a outra infração, a prevista no art. 42 XIII-A, “d”, 1, “a”, a seguir;

“d) R\$460,00 (quatrocentos e sessenta reais);

I- ao contribuinte que emitir, em substituição ao documento fiscal a que está obrigado, documento extra fiscal com denominação ou apresentação igual ou semelhante a documento fiscal, com o qual se possa confundir, independentemente da apuração do imposto devido”.

Resta confirmada a não ocorrência de situação fática que perfeitamente materializasse a acusação.

Voto, portanto, pelo ACOLHIMENTO da Representação em comento, em virtude de vício insanável ensejador da declaração de nulidade do Auto de Infração em análise.

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, 28 de junho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. PGE/PROFIS