

**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** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 12/07/2007

## 1ª 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 Baleeiro 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 im posto 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 i. 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