

**PROCESSO** - A. I. N° 087167.0077/06-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CMR COMÉRCIO DE VARIEDADE (MICHEL VARIEDADES)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 05/03/2009

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0026-11/09

**EMENTA:** ICMS. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. MULTA. NULIDADE. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a nulidade do procedimento fiscal, uma vez que a realização de operações sem emissão da documentação fiscal correspondente, para ensejar a aplicação de multa, deve ser flagrada pelo preposto fiscal e, além disso, esse flagrante há de estar devidamente comprovado nos autos, sendo defesa a utilização de presunção não prevista em lei. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A PGE/PROFIS, por intermédio das nobres procuradoras Maria Dulce Baleeiro Costa, Paula Gonçalves Morris Matos e Angeli Maria Guimaraes Feitosa, no exercício do controle da legalidade e com fulcro nos arts. 114, II e parágrafo 1º, do RPAF, e 119, II e parágrafo 1º, do COTB, representou a este Conselho, aduzindo que não ficou comprovado nos autos que o contribuinte foi flagrado realizando operações sem emissão de documentação fiscal, elemento essencial para a aplicação da multa prevista no art. 42, XIV-A, “a”, da Lei n° 7.014/96.

Disse que não ficou atestada a existência de numerário em caixa, nem cuidou o preposto fiscal de utilizar outras formas de fiscalização para instruir adequadamente o ato de imposição de penalidade, sendo vedada a utilização de presunção, no particular, porquanto inexiste previsão legal autorizativa.

Asseverou que a inexistência de talonário de notas fiscais pode indicar que possivelmente o contribuinte comercializa sem a emissão de documentos fiscais, porém não se pode deixar de considerar que é possível que o contribuinte estivesse exercendo atividades não sujeitas ao ICMS, o que já levanta dúvidas sobre a imputação, fragilizando a autuação.

Conclui atribuindo ao Auto de Infração vício insanável e pugnando pela decretação de sua nulidade.

Através dos despachos de fls. 25 e 26, os doutos procuradores Maria Olívia T. de Almeida e José Augusto Martins Júnior aquiesceram com os termos da representação proposta, encaminhando o feito a este Conselho de Fazenda.

#### VOTO

O art. 42, XIV-A, “a”, da Lei n° 7.014/96, prevê a aplicação da multa de R\$690,00 para os estabelecimentos **“que forem identificados realizando operações sem a emissão da documentação fiscal correspondente”**.

Como bem pontuou a PGE/PROFIS, a comprovação da realização de operações sem emissão de documento fiscal é elemento indispensável à caracterização da infração em testilha; em termos jurídicos, pode-se dizer que, sem a prova da conduta infracional, não se pode impor a sanção referida, pois falta um dos elementos do tipo ilícito que se pretende punir.

No caso dos autos, o preposto fiscal constatou que o contribuinte autuado não possuía talonário de notas fiscais, nem equipamento emissor de cupom fiscal. Tal fato até poderia embasar a autuação se houvesse previsão legal que permitisse presumir a realização de operações sem emissão de documentos fiscais pela simples constatação de inexistência de talonário e de ECF. Contudo, o legislador estadual não introduziu essa presunção no sistema jurídico, o que significa dizer que ela não pode se aplicada à espécie.

Assim sendo, cabia ao preposto fazer a prova efetiva da realização de vendas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, o que poderia ser feito mediante auditoria de caixa, por exemplo, a indicar a existência de numerário incompatível com a movimentação comercial de um dado período de tempo. Ausente essa comprovação, não há como subsistir a autuação, pois a insegurança quanto ao cometimento do ilícito caracteriza nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF.

Ante o exposto, voto no sentido de ACOLHER a representação proposta, para declarar a nulidade do presente Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

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

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS