

**PROCESSO** - A. I. Nº 152624.1103/09-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MARIVALDO DE JESUS BARBOSA (MATERAIS DE CONSTRUÇÃO SHALON)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 26/11/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0407-11/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com fulcro no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), fundamentada no fato que inexistem nos autos elementos suficientes para se determinar a infração impetrada ao sujeito passivo. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação proposta pela d. PGE/PROFIS, em cujo PAF foi lavrado o lançamento fiscal no valor de R\$ 690,00, sob o argumento de que o estabelecimento fiscalizado foi identificado realizando operações sem emissão de documentação fiscal correspondente, constando como autuado o Sr. Marivaldo de Jesus Barbosa, que intimado regularmente, não efetuou o pagamento do débito e nem impugnou o lançamento, tendo sido declarado revel através do Termo de Revelia de fl. 11, lavrado em 17/12/2009, e encaminhado o PAF para inscrição na Dívida Ativa Estadual.

Instada a d. PGE/PROFIS, através de sua i. Procuradora, Dra. Maria Olívia T. de Almeida, para exercer o controle da legalidade e autorizar a inscrição do débito, na forma do art. 113, §§ 1º e 2º, do RICMS, proferiu, inicialmente, o despacho de fl. 14 verso, no qual indaga ao Auditor Fiscal, assistente técnico da PGE, se os documentos acostados pelo autuante às fls. 04/08, são hábeis para comprovar a imputação fiscal, o que foi por respondido, na mesma lauda, negativamente, que : *“a citada documentação de fls. 02/08) não é suficiente para comprovar a infração, e nem mesmo para explicar a lógica da acusação fiscal”*.

Seguidamente, a Procuradoria, mediante o Parecer de fls. 15/17, datado de 23/05/2010, ressaltou que o autuante não trouxe aos autos a prova da realização de operação de saída de mercadoria sem documentação fiscal, uma vez que o dispositivo legal no qual se baseou revela idéia de flagrante, o que não foi atestado. Acrescentou que o autuante deixou de carrear provas supletivas, tais como: a chamada auditoria de numerário existente no caixa, a fim de comprovar a venda de mercadorias sem emissão de notas fiscais, o que permitiria a presunção legal do ato infracional - omissão de receitas, o que não ocorreu, todavia.

E às fl. 16, assim se posicionou, nestes termos :

*“(…) Com efeito, a análise dos autos revela a inexistência de documentos comprobatórios ou elementos seguros de convicção de que a empresa autuada realizava vendas de mercadorias sem emissão de competente documentação fiscal.*

*A verdade é 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.*

*Os fatos narrados pelo autuante não revelam tal flagrante, o que equivale a dizer que o que houve, no caso em análise, foi acusação de um flagrante não comprovado.*

*Acresça-se a tudo isso o fato de que o autuante não atestou a existência de comprovar a venda de mercadoria sem emissão de notas fiscais ( auditoria valido de outras formas para constatação da prática de ato infracional.*

*É cediço que a presunção – vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a dedução, conclusão ou 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, 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 “sub examine”, dispunha o Fisco de outra forma capaz de comprovar a venda de mercadoria desprovida de documentação fiscal.”*

Com esta ilação, ante a ausência da prova material do fato narrado no Auto de Infração, qual seja, a venda de mercadoria desprovida de documentação fiscal, constatando, assim, vício insanável na constituição do crédito tributário, asseverou que a inscrição respectiva não será autorizada, ou, se já efetuada, deverá ser cancelada, vindo, por fim, com lastro no art. 119, § 1º, do COTEB, representar a este CONSEF para declaração de nulidade do Auto de Infração sob análise.

Submetido o Parecer à d. procuradora assistente, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, foi acolhido, sem ressalvas, no despacho de fl. 18.

## **VOTO**

Conforme se constata do relatório supra aduzido, não restou caracterizado o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo, em face da inexistência de prova hábil que desse sustentação fático-jurídica à acusação fiscal.

Constata-se dos documentos colacionados às fls. 04/05 – notas fiscais em branco – que foram canceladas para efeito de fiscalização, como ali registrado está, tendo o preposto fiscal o escopo de “trancar” e, assim evitar a emissão após o início desta ação fiscal.

Com propriedade manifestou-se a d. Procuradoria em defesa da legalidade, ao inferir do exame dos autos a presença de vício insanável na lavratura do auto infracional, no nascedouro do PAF, o que está a exigir, em consequência, a declaração de nulidade do lançamento fiscal correspondente, como propugnado no Parecer de fls. 15/17, pelo que o acolho, na integralidade.

Entretanto, observo, ainda, que, conforme se extrai das notas fiscais de fls. 06/08, houve, ao reverso, a emissão pelo contribuinte de saída de mercadoria com nota fiscal, o que resulta dizer que a operação não estava desacompanhada de documento fiscal.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da presente representação, declarando a nulidade do Auto Infracional.

## **VOTO SEPARADO (Quanto à fundamentação)**

Acompanho o voto da Relatora, pelo Acolhimento da Representação proposta pela PGE/PROFIS, porém vislumbro a necessidade de reforçar a sua fundamentação.

Pela análise dos autos, verifico que se trata de auto de infração lavrado para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória sob a acusação de que o estabelecimento foi identificado realizando operações sem a emissão de documentação fiscal correspondente.

Para tentar documentar a infração, a autuante anexou ao PAF as Notas Fiscais de Venda a Consumidor n<sup>os</sup> 910, 918, 919, 951 e 901. As duas primeiras notas fiscais (n<sup>os</sup> 910 e 918) foram canceladas pela fiscalização no dia 16/11/09 para documentar o momento em que se iniciou a ação fiscal: é o que se denomina de “trancamento de talão”.

As Notas Fiscais n<sup>os</sup> 919 e 951 foram emitidas pelo contribuinte para documentar operações de saídas de mercadorias após o início da ação fiscal e última nota emitida pelo contribuinte para dar saída a mercadorias vendidas, p

podendo dizer se foram preenchidas antes ou após a ação fiscal, até porque a sua numeração é inferior àquelas duas “trancadas” pela fiscalização.

Por si só a documentação acostada aos autos não tem o condão de comprovar a acusação fiscal, isto é, de que o contribuinte estaria promovendo saídas de mercadorias sem o competente documento fiscal. Normalmente nesse tipo de ação fiscal é realizada a contagem do numerário constante no caixa da empresa no início do dia e no momento da ação fiscal, seja em espécie, em cheques ou boletos de cartões de crédito/débito a fim de confrontá-los com as notas ou cupons fiscais emitidos pelo estabelecimento quando da venda de mercadorias no próprio dia. Esse roteiro permite visualizar, de maneira concreta, se o contribuinte promoveu, ou não, saídas de mercadorias sem notas fiscais na data da fiscalização. Tal roteiro não foi efetuado pela autuante e, da forma como foi feita a ação fiscal, a acusação não restou comprovada, estando correta a PGE/PROFIS, ao representar a este Colegiado para que se declare a nulidade do lançamento de ofício.

Todavia, entendo oportuno me referir ao parecer exarado pela douta PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Olívia T. de Almeida, quando assim se manifestou:

*“Com efeito, a análise dos autos revela a inexistência de documentos comprobatórios ou elementos seguros de convicção de que a empresa autuada realizava vendas de mercadorias sem a emissão de competente documentação fiscal.*

*A verdade é 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.*

*Os fatos narrados pelo autuante não revelam tal flagrante, o que equivale a dizer que o que houve, no caso em análise, foi acusação de um flagrante não comprovado.”*

*Data venia*, discordo do entendimento da ilustre procuradora. Entendo, ao contrário, que o fato de o legislador ter usado o verbo “realizar” no gerúndio, não significa dizer que o contribuinte tenha que ser flagrado no exato momento em que pratica o ilícito fiscal, pois essa é uma interpretação que iria contra o bom senso. Seria o mesmo que dizer, para fazer uma analogia de pensamento no campo do Direito Penal, aliás com princípios bastante semelhantes aos do Direito Tributário, que somente seria possível a punibilidade se o indivíduo fosse flagrado no mesmo instante em que cometeu o ilícito penal, ainda que, posteriormente, todas as provas indicassem ser ele o autor. A se admitir tal interpretação, praticamente ninguém poderia ser apenado por nenhum crime cometido se não fosse lavrado o “Auto de Flagrante”, o que não é verdadeiro no mundo dos fatos.

Retornando ao Direito Tributário, entendo que é absolutamente necessário que o Fisco comprove, sem sombra de dúvidas, que foi praticada a irregularidade, qual seja, operações de circulação de mercadorias sem a emissão de nota fiscal, e, em caso positivo, deve ser aplicada a penalidade prevista na legislação, não havendo necessidade de que haja o “flagrante” da prática da irregularidade. Esclareço, para que não fiquem dúvidas, que a analogia com o Direito Penal foi efetuada apenas porque o que se visa a cobrar, no presente lançamento, é a penalidade prevista legalmente por descumprimento de obrigação acessória, não se cogitando em pagamento do ICMS sobre mercadorias.

Aliás, este é o posicionamento adotado pela 2ª Instância deste CONSEF, ao decidir pela procedência dos Autos de Infração lavrados para aplicar multa por falta de emissão de notas fiscais em operações de saídas de mercadorias, quando tal irregularidade é apurada em Roteiro de Caixa. Como dito acima, nesse tipo de procedimento fiscal o autuante efetua a contagem do Caixa do contribuinte e, ao constatar a existência de numerário sem a correspondente importância em notas fiscais, efetua o lançamento para aplicar a multa por descumprimento de obrigação acessória, mesmo não tendo havido o “flagrante” da realização das operações de circulação de mercadorias sem a emissão do documento fiscal, momento do passado, ainda que no mesmo dia da ação fiscal.

comprovação da prática do ilícito fiscal, não necessariamente no momento da ação fiscal, mas por meio da ação fiscal, o que é bastante diferente.

Por tudo quanto foi exposto, acompanho o voto da Relatora pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS.

## **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, 16 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS