

A. I. Nº - 213080.0039/14-8  
AUTUADO - VAREJÃO 25 COMERCIAL LTDA.  
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 04/03/2015

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0019-04/15**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS. Restou comprovado que o Auto de Infração foi lavrado com a ausência de Termo de Apreensão válido, bem como de Termo de Ocorrência Fiscal para documentar situação irregular dos equipamentos, ou outro elemento comprobatório da ocorrência do fato à época da autuação, o que vai de encontro ao quanto estabelecido pelos Arts. 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA. Auto de Infração NULO, com fulcro no Art. 18, IV "a" do RPAF/BA. Declaração de ofício. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, Modelo 4 – originário da fiscalização do trânsito de mercadorias, foi lavrado em 20/05/14 para aplicação de penalidade no valor de R\$55.200,00 em razão de ter sido atribuído ao autuado “*Utilização de equipamento de controle fiscal sem autorização do fisco estadual, aplicada a penalidade por cada equipamento*”.

Consta na descrição dos fatos: “*Apreensão de 02 (dois) equipamentos emissores de cupons fiscais marca BEMATECH modelo MP 2500 TH código de barra 101008000000005838 e 101008000000022828 em uso no estabelecimento e em atendimento ao público sem autorização da Secretaria Estadual da Fazenda. Este termo substitui o termo de intimação em anexo, lavrado em 12/03/2014*”. (grifo não original).

Consta à fl. 02 Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, sem número, com a descrição da ocorrência acima, com data de 12/03/14, cujos equipamentos apreendidos foram liberados no dia 20/05/2014, correspondendo à mesma data da lavratura do Auto de Infração.

Foi juntada à fl. 05 uma cópia reprográfica de Termo de Intimação ao autuado solicitando que comparecesse à repartição fiscal para “*retirar os equipamentos não fiscais apreendidos em 5/2/14*”, cuja entrega (da intimação) ocorreu em 12/03/14, enquanto que na folha seguinte, consta uma petição assinada pelo sócio da empresa autuada, com data de 20/05/14, autorizando preposto a retirar os equipamentos apreendidos, o que foi feito, conforme Termo de Liberação à fl. 02v, com data de 20/05/14.

Constam, ainda, fls. 12 e 13, duas cópias reprográficas dos Pedidos nº 0134549 e 0134547, ambos emitidos em 15/05/13, com existência de carimbo com a seguinte expressão: “PAGO – VAREJÃO 25”.

Em 10/09/2014 foi encaminhada intimação ao autuado para efetuar o pagamento do Auto de Infração ou apresentar defesa no prazo legal, cuja entrega ocorreu em 10/09/14, de acordo com Aviso de Recebimento fl. 14-A.

Em 06/10/2014 o autuando, através de seus patronos, ingressou com suas Razões de Defesa, fls. 17 a 43, onde, após efetuar um breve histórico dos fatos, passou a alegar inocorrência de infração à legislação tributária, ao argumento de que a utilização de equipamentos para emissão de DAV - Documento Auxiliar de Venda se reveste de mecanismo de controle interno de vendas e estoque pela impugnante, e não de controle fiscal, constituindo cumprimento do dever instrumental de emissão de cupons fiscais e recolhimento do tributo, citando Consulta nº 04971220145 formulada à SEFAZ.

Nessa linha, assevera que os equipamentos que utiliza não são destinados à emissão de cupons

fiscais, mas, sim, à realização do controle interno das vendas e do seu estoque, mediante a expedição de documento auxiliar de venda, sendo que, no exercício de sua atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios, recebe diariamente múltiplos pedidos de mercadorias provenientes de diversas empresas varejistas da capital e de outras cidades do Estado da Bahia.

Cita que, para que seja feita a reserva de mercadoria no seu controle de estoque, é imprescindível a consolidação, em relatório de vendas, de todos os pedidos efetuados por cliente, de modo a organizar o trabalho dos funcionários e garantir o controle das vendas realizadas diariamente. O documento utilizado é justamente o “documento auxiliar de venda”, emitido pelos equipamentos apreendidos pelos prepostos fazendários.

Defende que o documento auxiliar de venda não se trata de cupom fiscal, tampouco sua finalidade é de controle fiscal, não havendo qualquer necessidade de autorização do Fisco Estadual para sua utilização. Diz que após a saída das mercadorias enumeradas no relatório de controle de vendas, são devidamente emitidos os cupons fiscais de cada operação e recolhido o ICMS devido, não havendo, portanto, o descumprimento de nenhuma obrigação tributária, seja a acessória de emitir nota, ou a principal de pagar o tributo.

Frisa que a fiscalização sequer apontou na descrição fática da autuação o inadimplemento do dever instrumental de emitir cupons fiscais relativos às operações de circulação de mercadorias por ela realizadas, destacando que, consoante o relatório oficial de vendas do dia 20/05/2014, somente na data da autuação foram comercializados mais de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) em mercadorias, tendo sido emitidos cupons e notas fiscais de todas as operações efetuadas. Às fls. 36 a 38, fez juntada do relatório sintético de vendas por cliente, do dia 12/03/14, data da apreensão dos equipamentos, que aponta um total de vendas no dia na ordem de R\$362.077,42, sendo através de ECF, fls. 37 e 38, o total de R\$273.151,26.

Destaca que, em 19 de março de 2014 – ou seja, em data anterior à lavratura do Auto de Infração – formulou perante a Secretaria Estadual da Fazenda pedido de autorização para emitir o DAV – Documento Auxiliar de Vendas, “*a fim de atender as necessidades operacionais de nosso estabelecimento, e que será usado como orçamento, pedidos e controle interno*”. Diz que, consignou ainda a ciência de que “*este documento não tem nenhum valor fiscal, e não comprova pagamento ou recebimento de mercadorias vendidas e que não irá causar nenhum prejuízo ao Estado, porque emitimos o cupom ou NF-e fiscal na venda e entrega das mercadorias*”, de acordo com solicitação nº 04971220145, anexa, fl. 39, cuja resposta consta do parecer final exarado em 24/03/2014, fl. 40, cujo teor assim reproduziu:

**Ementa:**

*ICMS. ECF. DAV – Documento Auxiliar de Venda. O Estado da Bahia aceita o Requisito IV, itens 3 e 4, conforme o Ato COTEPE 09/13 e o Despacho do Secretário Executivo do CONFAZ nº 195/13.*

**Parecer Final:**

*O Contribuinte supra identificado formula Consulta buscando esclarecimentos a respeito da utilização de DAV – Documento Auxiliar de Venda. A Consulente solicita autorização para utilizar DAV – Documento Auxiliar de Venda, autorizado pelo Ato COTEPE nº 06/08. DA RESPOSTA: Preliminarmente esclarecemos que conforme dados do Sistema INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ/BA, a Consulente exerce a atividade 4639701 – Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, estando enquadrada na condição de NORMAL, com regime de apuração de conta corrente fiscal. A Consulente utiliza PAC-ECF ativo, que possui o recurso de emitir o DAV – Documento Auxiliar de Venda. O DAV – Documento Auxiliar de Venda está previsto no Ato COTEPE 09/13 e o Despacho do Secretário Executivo do CONFAZ nº 195/13, o Estado da Bahia aceita o Requisito IV, itens 3 e 4. Portanto, a Consulente pode utilizar o DAV – Documento Auxiliar de Venda, não havendo necessidade de autorização. Ressaltamos, por fim, que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec. N° 7.629/99), que dentro do prazo de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta a presente Consulta, a Consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida e, se for o caso, efetuar o pagamento das quantias porventura devidas. É o parecer. (grifos da impugnante).*

Diante disto, diz que se verifica que a utilização dos documentos auxiliares de venda, com a finalidade precípua de reserva de mercadorias comercializadas e controle de estoque, e, por consequência, a manutenção de equipamentos que viabilizam a emissão do DAV, é procedimento legítimo, devidamente chancelado pelo Fisco Estadual, concluindo, desta maneira, pela

insubsistência do Auto de Infração, visto que a utilização dos equipamentos para a emissão de documentos auxiliares de vendas prescinde de autorização da Secretaria Estadual da Fazenda, haja vista não se tratarem de mecanismos de controle fiscal, motivo pelo qual deve ser julgada improcedente a infração com desconstituição do crédito tributário.

Em seguida, argumenta que, caso não sejam aceitos seus fundamentos de defesa, pede que, por força do princípio da subsidiariedade, seja aplicado à hipótese em comento o disposto no art. 158 do RPAF/BA, considerando que, ainda que se agasalhe a tese do descumprimento de obrigação acessória, não houve qualquer dolo, fraude ou simulação pela impugnante que tenha causado prejuízo ao Fisco.

Em conclusão, requer seja julgado Improcedente o auto de infração em virtude da inocorrência de infração tributária e, subsidiariamente seja cancelada a multa imposta, nos termos do art. 158 do RPAF, desconstituindo-se o débito tributário objeto do Auto de Infração em referência, determinando-se o arquivamento do presente processo administrativo fiscal, postulando, finalmente, a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos anexos.

Às fls. 46 a 50, a autuante prestou informação fiscal, pugnando pela manutenção da autuação, na íntegra, sob os argumentos a seguir expostos.

Sustenta que houve a existência da efetiva utilização de equipamento emissor de documento extra fiscal sem autorização da SEFAZ. Diz que tal constatação se deu através de diligência efetuada pela equipe de fiscalização que, “*ao abordar a empresa, após denúncia, apurou que o estabelecimento estava utilizando dois equipamentos e que estavam emitindo cupons de uso não fiscal para emissão de documento extra fiscal*”.

Salienta que “*a ação fiscal é perfeita e cristalina*” vez que se trata de um fato comprovado através de cópias dos documentos anexados ao processo, citando a legislação tributária em vigor para fim de dar sustentação aos seus argumentos.

Adiante, assevera que as alegações do deficiente “*não tem nenhum embasamento legal e são totalmente infundadas, cuja finalidade é de apenas procrastinar o pagamento da penalidade pelo uso do equipamento sem autorização legal e encontrado no estabelecimento em atendimento ao público*”.

Conclui requerendo a manutenção do Auto de Infração.

## VOTO

Antes de adentrar na análise dos argumentos suscitados pela defesa, deparo-me com questões relevantes nestes autos, as quais, como julgador, tenho o dever de ofício de apreciá-las, apesar de não levantadas pela defesa.

Fazendo um exame detalhado nas peças que integram estes autos, vejo que o Auto de Infração foi lavrado em 20/05/14, registrado em 05/06/14 e só entregue ao autuado **em 30/09/14** (fl. 01).

O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos - **sem número**, lavrado em manuscrito, fl. 02, está com data de 12/03/14, com uma assinatura do detentor da “mercadoria apreendida” não identificada, com a indicação “*p.p*”, porém, sem existência de procuração anexa. O Termo de Depósito está sem assinatura do depositário enquanto que a liberação dos bens apreendidos ocorreu em 20/05/14, mesma data da lavratura do Auto de Infração.

Consta, ainda, que o Auto de Infração foi lavrado com base no Termo de Apreensão nº 213080.0010/14-0 (fl. 01) o qual, de acordo com o Registro do Termo de Apreensão e Ocorrências, fl. 04, (que não contém qualquer assinatura), fora lavrado em 20/05/14 e registrado em 05/06/14, após a data lavratura do Auto de Infração, **entretanto não existe nos autos o mencionado Termo de Apreensão**, exceto o manuscrito, fl. 02, que não contém número.

No quadro “descrição dos fatos” constante do Auto de Infração está dito pela autuante: **Este termo substitui o termo de intimação em anexo, lavrado em 12/03/2014**, entretanto não existe nos autos este “termo” dito substituído.

A cópia reprográfica do Termo de Intimação de fl. 05, com assinatura ilegível do preposto fiscal que a subscreveu, difere da constante do Auto de Infração, o que denota que os atos preparatórios da autuação não foram da lavra da autuante, e contém a seguinte solicitação: “*Retirar os equipamentos não fiscais apreendidos em 05/02/14*” (grifo não original). Ora, isto significa que a apreensão dos equipamentos não ocorreu na data indicada no Auto de Infração e, também, **não existe nos autos o termo de apreensão com a ocorrência do dia 05/02/14**, citada na intimação.

Não consta, também, nos autos, comprovação que na efetiva data da apreensão dos equipamentos, isto é, **05/02/14**, bem como na data citada no Termo de Apreensão sem número (fl. 02), ou seja, 12/03/14, o Fisco tenha flagrado o autuado utilizando os equipamentos apreendidos, visto que, as duas cópias reprográficas dos Pedidos nº 0134549 e 0134547, fls. 12 e 13, atestam que ambos foram emitidos em **15/05/13**, portanto, em data bastante anterior a da lavratura do Auto de Infração (20/05/14), isto é, tais pedidos foram emitidos há mais de um ano antes da data da autuação. Portanto, não justificam, não comprovam e nem se relacionam aos fatos que teriam dado causa a autuação.

Tendo em vista os fatos acima delineados, fica claro que este Auto de Infração foi lavrado com a ausência de Termo de Apreensão válido, bem como de Termo de Ocorrência Fiscal para documentar situação irregular dos equipamentos, ou outro elemento comprobatório da ocorrência do fato à época da autuação, o que vai de encontro ao quanto estabelecido pelos Art. 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA, conforme se verifica a seguir:

*Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

*I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*

*(...)*

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*(...)*

*IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;*

*IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;*

Em consequência, com fulcro no Art. 18, IV "a" do RPAF/BA, declaro NULO, de ofício, o Auto de Infração em tela, restando, consequentemente, **prejudicada** a defesa apresentada.

Por fim, recomendo a IFEP Comércio, unidade da circunscrição do autuado, que através de procedimento fiscal regularmente instaurado no estabelecimento do contribuinte, seja verificada a regularidade das operações constantes dos “**pedidos**” emitidos pelo autuado, levando-se em consideração, inclusive, os Pedidos nºs 0134549 e 0134547, fls. 12 e 13 destes autos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, e de ofício, declarar NULO o Auto de Infração nº **213080.0039/14-8**, lavrado contra **VAREJÃO 25 COMERCIAL LTDA.**, restando, consequentemente, **PREJUDICADA** a defesa apresentada.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA