

PROCESSO - A. I. N° 232956.0306/08-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ROQUELITA PEREIRA DE ALMEIDA (BOUTIQUE DO ALIMENTO)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 09/07/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0193-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, § 1º da Lei n° 3.956/81 (COTEB), fundamentada no fato de 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 fiscal, proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no art. 119, §1º do COTEB, visando cancelar o lançamento de ofício o qual imputa ao autuado a falta de emissão de documentos fiscais nas operações de saídas de mercadorias para consumidor final. Consta na descrição dos fatos que o sujeito passivo foi flagrado utilizando 2 (duas) máquinas de calcular, em substituição ao ECF.

A representação fiscal é fundamentada no sentido de que o dispositivo legal no qual se baseia a autuação indica a ideia de flagrante, porém, na forma em que os fatos foram narrados pelo autuante não restou demonstrado tal flagrante.

Segundo a Ilustre Subscritora da Representação, os dados existentes nos autos permitem concluir que a autuação foi fruto de presunção legal levada a efeito pelo autuante, que não procedeu ao roteiro de auditoria de caixa, que seria o procedimento adequado para se apurar a referida infração à legislação do ICMS.

Sustenta que a presunção legal é um meio de prova excepcional, podendo ser utilizada quando não for possível realizar a comprovação por outros meios de prova ou quando a lei expressamente preveja, e na situação em análise o fisco dispunha de outras formas capazes de comprovar a venda de mercadoria desprovida de documentação fiscal e não o fez.

Ao final de sua representação pugna pela improcedência da autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o recorrente de ter realizado operações mercantis sem a emissão de documentação fiscal correspondente. Consta na descrição dos fatos que o sujeito passivo foi flagrado utilizando 2 (duas) máquinas de calcular em substituição ao ECF.

Analizando as razões trazidas pela Doutrina PGE/PROFIS, entendo que a representação deve ser acolhida, isto porque, conforme bem destacaram as ilustres procuradoras do Estado, na forma em que o Auto de Infração foi lavrado não restou caracterizado o flagrante, que é requisito essencial. Para que fosse efetivamente constatado que o sujeito passivo estava comercializando mercadoria sem a emissão de documentação fiscal, que é justamente a acusação, caberia uma auditoria de caixa para se auferir o ingresso de receitas sem o devido registro no ECF.

Como é de sabença notória, a presunção legal apenas deve ser aplicada em casos excepcionais, quando estiver previsto em lei e não for possível se produzir a prova por qualquer meio.

No caso *sub judice*, para que restasse caracterizada a infração imputada, caberia ao autuante

colacionar aos autos provas fartas e seguras de que o sujeito passivo estava realizando operações de vendas sem a emissão de cupom fiscal.

Desta forma, ACOLHO a Representação para julgar o Auto de Infração em lide NULO ante a insegurança do cometimento da infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

ANA CAROLINA IZABELLA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS