

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0114/04-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FOTOFLASH COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JF nº 0448-02/04
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 17/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO 2ª. CJF Nº 0005-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INSEGURANÇA PARA DETERMINAR A INFRAÇÃO. FALTA DE CERTEZA QUANTO À PESSOA DO INFRATOR. De acordo com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, deve ser considerado nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Acusação baseada em presunção sem base legal. A presunção somente é legal se baseada em elementos, mesmo indiciários, de prova. Débito apurado com base nas operações de um estabelecimento, e imputado o cometimento da infração a estabelecimento distinto. A existência de vícios formais no procedimento fiscal impõe a nulidade do lançamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00, em face da sua Decisão constante do acórdão constante do preâmbulo, no qual foi decretada a Improcedência do Auto de Infração 272041.0114/04-9, lavrado em 31/03/04, para exigência de ICMS no total de R\$ 53.178,65, tendo sido proposta a multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, referente à suposta omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços, nos exercícios de 1999 e 2000, apurada através de saldo credor na Conta “Caixa”, conforme demonstrativos e documentos às fls. 06 a 39, decorrente de “*VENDAS E COMPRAS CONCENTRADAS EM JANEIRO DE 1999 E 2000 O SENTIDO DE PROCEDER AO SALDO DE CAIXA, QUE PORVENTURA APRESENTOU-SE CREDOR.*”

O autuado apresentara defesa às fls. 45 a 52, onde alegara que o autuante deixara de observar que o total das vendas se referia a vendas a prazo, sendo ínfimo o montante das vendas à vista, que no levantamento fiscal foram utilizados parâmetros inadequados em relação ao estoque de mercadorias e as vendas a prazo, tributando o estoque em vez de tributar o valor da operação de saída de mercadorias.

O defendente considerou o procedimento fiscal como excesso de autuação, e que o lançamento vai de encontro ao disposto no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, se caracterizando como um confisco.

Invocara o artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional e o artigo 406 do novo Código Civil, para fundamentar seu entendimento de que a utilização da taxa SELIC como índice de apuração

dos juros legais, não é juridicamente segura, pois conforme está estabelecido, os juros de mora devem ser calculados à taxa de 1% ao mês.

Por fim, protestara por provar o alegado por todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente a juntada de novos documentos, expressamente requeridas condenando-se a embargada (sic), nas custas e honorários advocatícios, dando como valor à causa R\$ 9.619,79.

Em sua informação à fl. 55, o fiscal autuante alegara que em virtude do contribuinte não ter apresentado os livros e documentos fiscais da Matriz, à época localizada na cidade de Salvador, fora expedida nova intimação em 20/05/04 para entrega da escrita fiscal e contábil da Filial autuada, não sendo a mesma atendida totalmente, sob alegação de que os documentos do exercício de 1999 e os livros Registro de Entradas, de Saídas, e de Apuração do ICMS relativos ao exercício de 2000, teriam sido extraviados. Por conta disso, diz que foram refeitos os cálculos do estabelecimento filial no período de 1999 e 2000, sendo apurado o débito nos valores de R\$ 11.902,63 (1999), e R\$7.205,76 (2000), conforme demonstrativos e documentos às fls. 57 a 188.

Embora o contribuinte autuado tenha sido regularmente intimado pela INFAZ de Eunápolis 01/07/04, conforme Intimação e AR dos Correios às fls. 189 e 190, e em 05/07/04, e tendo sido a ele entregues os documentos constantes às fls. 55 a 188, referentes à informação fiscal e os novos elementos a ela acostados (doc. fl. 191), não houve qualquer manifestação do contribuinte.

Em seu voto, o relator do processo em Primeira Instância, analisando o processo sob o aspecto formal, observou que o Auto de Infração fora lavrado em nome do estabelecimento inscrito no Cadastro Fazendário sob nº 24.629.115 e CNPJ nº 16.382.483.0001-76, localizado na Avenida Getúlio Vargas, 330- Loja 01/02, na cidade de Porto Seguro, cujo débito foi apurado através de Auditoria da Conta Caixa, relativa aos exercícios de 1999 e 2000, com base nas DMA's e recolhimentos constantes no sistema de informações da Secretaria da Fazenda e que, posteriormente, por ocasião da informação fiscal, o autuante informando que houve equívoco na apuração do débito, apresenta às fls. 57 a 188 outra Auditoria da Conta Caixa com outro débito apurado, desta feita, com base nas informações econômico-fiscais e nos recolhimentos declarados pelo contribuinte com inscrição estadual nº 031.020.211 e CNPJ nº 16.382.483/0004-13, também localizado na Avenida Getulio Vargas, 330, Lojas 01/02, na cidade de Porto Seguro.

Embora o autuado não tenha apresentado qualquer manifestação a respeito da reformulação do débito e, embora a infração imputada esteja em sintonia com o enquadramento legal, e se encontre devidamente instruída com prova documental, qual seja, através de auditoria das disponibilidades, pois o autuado não apresentou sua escrita fiscal e contábil completa, o d. relator da 2ª JJF disse não ver como ser mantido o lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração, tendo em vista que foi autuado um estabelecimento distinto do que cometeu a infração, observando também que conforme o disposto no artigo 42 do RICMS/97, os estabelecimentos são autônomos para todos os fins fiscais.

Nestas circunstâncias, não havendo nos autos elementos que determinem com segurança o cometimento imputado ao sujeito passivo, o d. relator concluiu, com base no artigo 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99, pela nulidade do lançamento tributário, e representou perante a autoridade fazendária para adotar as providências visando a renovação do procedimento fiscal para a lavratura de outro Auto de Infração em nome do estabelecimento inscrito sob o número nº 031.020.211 e CNPJ nº 16.382.483/0004-13, tendo em vista que nos exercícios de 1999 e 2000, conforme consta no INC – Informações do Contribuinte, ele funcionou no endereço localizado na Av. Getúlio Vargas, 330, Lojas 01/02, na cidade de Porto Seguro, e cujo débito apurado corresponde a suas operações comerciais nos exercícios citados. Ante a exposição que fez, votou pela Nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Acolho a Decisão da 2ª JJF, tanto com base no argumento da relatoria do processo em primeira instância quanto pelo fato de que a acusação fiscal se baseia em “*SALDO DE CAIXA, QUE PROVENTURA APRESENTOU-SE CREDOR.*”, posto que a expressão “*QUE PORVENTURA*” revela que a acusação resulta de presunção baseada em percepção de possibilidade de que tenha ocorrido a infração. Mas a base de cálculo somente pode ser presumida diante de fatos comprovados com o mínimo de certeza. Por isso, mantenho a Decisão recorrida, NÃO DANDO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 272041.0114/04-9, lavrado contra **FOTOFLASH COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO– PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSÊCA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS