

PROCESSO - A. I. N° 298951.0905/04-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DOCELAR SUPERMERCADOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJJ nº 0136-02/06
ORIGEM - INFAS GUANAMBI
INTERNET - 19/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0309-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Faltam nos autos elementos capazes de configurar as infrações imputadas ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, ficou demonstrada, após diligência, a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se o presente de Recurso de Ofício oriundo do Auto de Infração em lide, lavrado em 3/9/04, acusando os seguintes fatos;

1. omissão de saída de mercadorias em operações isentas ou não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem escrituração, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2003), sendo por isso aplicada multa de R\$ 50,40;
2. falta de recolhimento de ICMS, constatada ante a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas [fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003)], sendo lançado imposto no valor de R\$300.342,37, com multa de 70%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas sem emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias na escrita, com base na presunção legal de omissão de saídas tributáveis, sendo o fato constatado através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003), com lançamento de imposto no valor de R\$75.628,99, mais multa de 70%;
4. falta de recolhimento do imposto [ICMS] pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, sendo as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003), lançando-se o imposto no valor de R\$344.359,60, mais multa de 70%;
5. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente a mercadorias adquiridas de terceiros sem documentação fiscal, sendo que as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003), lançando-se o imposto no valor de R\$78.686,11, mais multa de 60%.

Apresentam-se no PAF diversas considerações acerca dos critérios adotados pela fiscalização durante a ação fiscal, indicando vários exemplos de erros em que teriam incorrido os autuantes. As entradas e saídas de mercadorias alegam, teriam sido manipuladas com a inserção de códigos os quais teriam utilizado critérios próprios e estranhos aos da empresa, distorcendo os resultados. Põem em dúvida a exatidão do sistema SAFA, argumentando que, em todas as 2.590 folhas do levantamento emitido pelo SAFA no dia 1/9/04, às 15h19, identificadas como blocos de documentos 3, 4, 5 e 6, existem lançamentos em duplicidade de saídas para todos os produtos, e indica exemplos, afirmando que o SAFA é imprestável para o fim de auditoria fiscal eletrônica. Juntou planilhas, para demonstrar inconsistências do levantamento fiscal, às fls. 6393 e seguinte, e alega em decorrência o cerceamento de defesa.

Na informação fiscal (fls. 6471-6472) ao contrário do que afirma a defesa, dizem terem sido observados todos os procedimentos previstos no RPAF e na Portaria nº 445/98. Realçam os méritos do Sistema de Auditoria Fiscal Automatizado (SAFA), dizendo que esse sistema proporciona maior rapidez e eficiência ao trabalho do fiscal de tributos, reduzindo a incidência de erros nos procedimentos, através a automação e padronização dos roteiros de fiscalização. Dizem das infrações “que são geradas automaticamente” e, concluídas, são exportadas para o Sistema de Emissão de Auto de Infração (SEAI). Quanto às inconsistências apontadas pela defesa, diz o fiscal que, “à vista da solicitação à fl. 21, recepcionada e atendida às fls. 22-304, foram, então efetuados os lançamentos da documentação ora apresentada, omitindo-se quanto àquelas em questão, agora relacionada, tão somente, sem qualquer documentação probatória” (*sic*). Opina pela manutenção integral da autuação.

Procedeu-se à remessa em diligência, a fim de que fiscal estranho ao feito verificasse as questões suscitadas às fls. 6370 a 6378, prestando os esclarecimentos necessários. Foi solicitado que o fiscal revisor verificasse certos aspectos, assinalados na solicitação (fls. 6475/6478), e fizesse a revisão dos lançamentos, se cabível, segundo os critérios técnicos convencionais.

O ilustre auditor Humberto Lima de Oliveira, manifestou-se a respeito;

- a) o levantamento fiscal comprehende 11.070 itens de mercadorias, o que representa quase a totalidade das mercadorias comercializadas pela empresa;
- b) a auditoria foi feita com emprego do programa SAFA, versão 01.07.02;
- c) vários motivos impossibilitam as correções necessárias para determinar, com segurança, a base de cálculo exata e, consequentemente, o montante do débito tributário: são citadas uma serie de incorreções, tais como; a)os agentes fiscais utilizaram inadequadamente uma versão antiga do SAFA; b) há falta de lançamentos de Notas Fiscais de saídas;c) existem divergências nas entradas de mercadorias; d)os fiscais autuantes não observaram as sugestões contidas nas instruções apresentadas no índice do SAFA; e) não atentaram para os cuidados recomendados na Portaria nº 445/98; f)existem divergências de códigos de itens de mercadorias;g) também há erros de quantidades nos levantamentos, conforme especificação feita por amostragem;h) os produtos foram descritos de forma incorreta; i) houve erros na conversão de unidades de medida;j) há duplicidade de quantidades declaradas nos cupons fiscais; k) existem problemas com os arquivos magnéticos;
- d) recomenda para que em futuras fiscalizações desta complexidade, é prudente após a conclusão dos trabalhos e antes da lavratura do Auto de Infração, que os resultados sejam apresentados ao contribuinte, para as incorreções e omissões serem conjuntamente saneadas, evitando-se a perda de tempo e prejuízos para ambos os lados;
- e) sugere a anulação do Auto de Infração para que os trabalhos sejam repetidos a salvo de falhas.

Na análise dos autos, efetuada pela ilustre JJF, observam os ilustres julgadores que os 05 itens objeto deste Auto de Infração, relacionam-se a levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias.

Destacam o entendimento e manifestação da defesa, retrocomentada, pedindo preliminarmente a nulidade do Auto de Infração com supedâneo no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, por falta de certeza e de liquidez dos lançamentos apresentados. Citam e destacam, com exemplos dados de erros em que incidiram os agentes autuantes, lançam dúvidas acerca do sistema SAFA.

Aduzem que de acordo com o demonstrativo às fls. 5329 a 5888, houve omissão de entradas de R\$5.694.975,49 e omissão de saídas de R\$ 1.750.648,20. A partir desses números, os fatos foram desmembrados em 5 itens;

O item 1 do Auto de Infração diz respeito a uma multa por descumprimento de obrigação acessória – saídas de mercadorias em operações isentas ou não tributáveis efetuadas sem documentos fiscais. De acordo com os demonstrativos às fls. 5889 a 5915, houve operações isentas no total de R\$1.061.994,74.

No item 2, embora não seja dito, nota-se o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, item que cuida de omissão tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias. Consta no Auto de Infração que o imposto foi cobrado sobre a diferença de maior expressão monetária, a das entradas. No Auto de Infração, a base de cálculo é de R\$ 1.766.719,00, tendo sido lançado imposto no valor de R\$ 300.342,37; analisando-se os demonstrativos correspondentes, às fls. 5916 a 6147, nota-se um total de R\$ 3.225.846,46, sem especificar a que movimentação se refere esse montante.

O item 3, de acordo com a descrição, diz respeito a omissão de entradas. Ocorre que no item 2 também houve omissão de entradas, e foi sobre a omissão de entradas que foi calculado o imposto. Os itens 2 e 3 dizem respeito ao mesmo período (exercício de 2003).

Os itens 4 e 5 cuidam, respectivamente, de imposto devido por responsabilidade solidária e de imposto devido por antecipação, e envolveram, segundo os autuantes, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Como se trata de lançamentos baseados em omissões de entradas, e considerando que os itens 2 e 3 também cuidam de omissões de entradas, restam dúvidas quanto à possibilidade de ter havido lançamentos em duplicidade.

Conforme já salientado, o item 4 se refere a responsabilidade solidária. Ocorre que, de acordo com o cabeçalho do demonstrativo às fls. 6151 a 6231, o item 4 seria relativo a entradas de mercadorias da substituição tributária cujas saídas ocorreram sem tributação. O cabeçalho é este: “Entrada – substituição tributária – saída sem tributação – ICMS normal”. Questionam os i. julgadores; o que vem a ser isso, precisamente?

Ainda com relação ao demonstrativo às fls. 6151 a 6231, nota-se que a base de cálculo à fl. 6231 é um pouco diferente da que consta no corpo do Auto de Infração. Apresentam novas questões; qual o valor correto? O total à fl. 6231 é relativo a omissões de entradas ou a omissões de saídas?

Adicionam no que concerne ao item 5, a observação de que, no cabeçalho do demonstrativo às fls. 6232 a 6313, consta que esse item se refere a entradas de mercadorias da substituição tributária cujas saídas ocorreram sem tributação. O cabeçalho é este: “Entrada – substituição tributária – saída sem tributação – ICMS antecipado”. Concluem que a descrição feita nestes termos é vaga e não atende ao mandamento do art. 39, III, do RPAF, segundo o qual a infração deve ser descrita de forma clara e precisa.

Ainda com relação ao demonstrativo às fls. 6232 a 6313, destacam que os valores à fl. 6313 não coincidem com a base de cálculo consignada no corpo do Auto de Infração.

Estabelecem a presença de que há indícios nos autos, de que os fiscais não atentaram para a regra do art. 60, § 1º, do RICMS/97.

Comentam que a seguir, fora determinada diligência, para fiscal estranho ao feito verificar as questões suscitadas pela defesa às fls. 6370 a 6378, prestando os esclarecimentos necessários. Solicitado ainda na mesma diligência, que o fiscal revisor verificasse as questões suscitadas por esta Junta, assinaladas na solicitação (fls. 6475/6478), e fizesse a revisão dos lançamentos, se cabível, segundo os critérios técnicos convencionais.

O auditor Humberto Lima de Oliveira manifestou-se expondo, em detalhes, as razões pelas quais considera ser impossível atender ao que foi solicitado por esta Junta, e sugere a anulação do Auto de Infração para que os trabalhos sejam repetidos a salvo de falhas.

Acatada a sugestão, pois que nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF, é nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para caracterizar a infração. Os valores lançados através do presente Auto de Infração carecem de certeza e liquidez. O § 1º do art. 18 apenas admite o saneamento de “eventuais incorreções”. Incorreções substanciais como as do presente Auto exigem sua anulação, para que o procedimento fiscal seja renovado.

Informa a JJF que a repartição fiscal verificará a existência de elementos que justifiquem a renovação em comento, tornando-se evidente que se o contribuinte, antes de nova fiscalização, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

E julgam pela Nulidade do Auto de Infração.

VOTO

A Decisão recorrida para este CONSEF pela ilustre 2ª JJF nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7851/00, foi determinada pelo ensejo e dever de ofício de consignar possível revisão do julgamento, o que considero extremamente remoto, haja vista o quadro eivado de erros e de procedimentos inadequados, observados na instauração do lançamento fiscal.

Lapsos e enganos foram constantes, conforme apresentado no julgamento e consubstanciado na diligência realizada pelo ilustre auditor fiscal estranho ao feito; insegurança no lançamento e cerceamento ao contraditório e ao direito de defesa campearam nas acusações do Auto de Infração em comento.

A existência de vícios insanáveis inquinava à NULIDADE absoluta do Auto de Infração em lide, competindo à repartição fiscal, oportunizar a existência de elementos, se disponíveis, e no caso concreto reprimir a ação fiscal a salvo de incorreções.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto mantendo a lide na íntegra.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 298951.0905/04-8, lavrado contra **DOCELAR SUPERMERCADOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS