

PROCESSO	- A. I. N.º 03064700/95
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- SUPERMERCADO ATALAIA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0312-01/02.
ORIGEM	- INFAC BONOCÔ (INFAC PIRAJÁ)
INTERNET	- 23.12.02

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0465-12/02**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO (EXERCÍCIO DE 1993) E MATERIAIS DE CONSUMO. Refeitos os cálculos, com redução do débito. 2. MÁQUINA REGISTRADORA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Refeitos os cálculos por fiscal estranho ao feito. **b)** DIFERENÇA DE AJUSTE DE MÁQUINA REGISTRADORA. MERCADORIAS DA “CESTA BÁSICA”, ISENTAS E NÃO TRIBUTÁVEIS. Reformada a decisão de Primeira Instância que concluiu pela nulidade do procedimento sob o fundamento de falta de liquidez do lançamento. Destarte cumpre afastar o julgamento pela nulidade, com base no princípio de que é dever do órgão de Primeira Instância determinar as providências saneadoras que configurem meras irregularidades fáticas. Repita-se a diligência, em face de ter sido incipiente a já realizada. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da decisão reformada para que requeira nova diligência, diante do não atendimento nos termos da primeira. **c)** DIFERENÇA DE AJUSTE. PRODUTOS “SUPÉRFLUOS”. Refeitos os cálculos, para correção de erros. **d)** ESTORNO DE DÉBITO EM DUPLICIDADE (AJUSTE). Débito denunciado espontaneamente antes da ação fiscal. Autuação indevida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO E DO ATIVO IMOBILIZADO. Corrigidos os valores do débito. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Excluídas as parcelas relativas a mercadorias não sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação (extrato de tomate, goiabada). 5. LIVROS FISCAIS. **a)** ERRO NA TRANSPOSIÇÃO DE VALORES DO LIVRO DE SAÍDAS PARA O LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Débito denunciado espontaneamente antes da ação fiscal. Autuação indevida. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE LIVRO FISCAL. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Fato admitido pelo contribuinte. Multa reduzida. 6) IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Reformada a

decisão de Primeira Instância que concluiu pela nulidade do procedimento sob o fundamento de falta de liquidez do lançamento. Destarte cumpre afastar o julgamento pela nulidade, com base no princípio de que é dever do órgão de Primeira Instância determinar as providências saneadoras que configurem meras irregularidades fáticas. Repita-se a diligência, em face de ter sido incipiente a já realizada. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da decisão reformada para que requeira nova diligência, diante do não atendimento nos termos da primeira. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão da 1<sup>a</sup>. Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração acima referenciado, em decorrência das seguintes infrações:

1. *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária [usuário de máquina registradora]:*
  - 1.1. *Exercício de 1992, CR\$ 3.368,51*
  - 1.2. *Exercício de 1993, CR\$ 465.759,29*
  - 1.3. *Exercício de 1994, CR\$ 1.180.207,20*
2. *Utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de lançamentos com base em notas fiscais emitidas por empresas com inscrições canceladas, no exercício de 1993: CR\$ 1.261,27.*
3. *Utilização indevida de crédito fiscal em virtude de lançamentos com base em 2<sup>as</sup> vias de notas fiscais, no exercício de 1993: CR\$ 3.084,97.*
4. *Utilização [indevida] de crédito fiscal em decorrência de lançamentos de Notas Fiscais em duplicidade:*
  - 4.1. *Exercício de 1992, CR\$ 127,10*
  - 4.2. *Exercício de 1993, CR\$ 2,04*
5. *Utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisições de ativo imobilizado e material de consumo, no exercício de 1993: CR\$ 8.366,71.*
6. *Utilização de crédito fiscal a mais (17%) nas aquisições de produtos enquadrados no regime de cesta básica, no exercício de 1994: CR\$ 34.763,40.*
7. *Falta de pagamento da diferença de alíquotas na aquisição de bens de consumo e ativo imobilizado em outros Estados:*
  - 7.1. *Exercício de 1993, CR\$ 106.100,18*
  - 7.2. *Exercício de 1994, CR\$ 120.869,30*
8. *Diferença de ajuste de máquina registradora apurada através de levantamento das entradas de mercadorias da cesta básica, isentas, não tributadas e enquadradas no regime de substituição tributária, o que gerou crédito a mais que o cabível:*
  - 8.1. *Exercício de 1992, CR\$ 4.429,80*

- 8.2. *Exercício de 1993, CR\$ 41.279,30*
- 8.3. *Exercício de 1994, CR\$ 477.994,52*
9. *Diferença de ajuste de máquina registradora apurada através de levantamento de mercadorias consideradas supérfluas cujos débitos não foram lançados no livro de apuração:*
  - 9.1. *Exercício de 1992, CR\$ 54,66*
  - 9.2. *Exercício de 1993, CR\$ 9.292,77*
  - 9.3. *Exercício de 1994, CR\$ 21.698,30*
10. *Falta de pagamento de ICMS por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária:*
  - 10.1. *Exercício de 1992, CR\$ 10.320,50*
  - 10.2. *Exercício de 1993, CR\$ 146.678,91*
  - 10.3. *Exercício de 1994, CR\$ 175.516,11*
11. *Falta de recolhimento de ICMS retido nas vendas a microempresas, no exercício de 1992: CR\$ 66,88.*
12. *Falta de retenção de ICMS nas vendas a microempresas:*
  - 12.1. *Exercício de 1992, CR\$ 53,25*
  - 12.2. *Exercício de 1993, CR\$ 77,83*
13. *Omissão de saídas de mercadorias apurada em função de divergências entre o valor registrado no livro de saídas e o consignado no livro de apuração, no exercício de 1994: CR\$ 477.656,88.*
14. *Diferença na apuração do ICMS nos meses de maio, fevereiro e junho de 1993, acarretando pagamento a menos no mês de junho de 1993, no valor de CR\$ 6.731,95.*
15. *Omissão de saídas: lançamento efetuado a menos no dia 13/8/93 relativo à leitura efetuada na máquina registradora correspondente ao Caixa nº 2, no valor de CR\$ 9.200,71.*
16. *Utilização indevida de crédito fiscal referente à Nota Fiscal de Entrada nº 0001, correspondente ao estorno de débito de máquina registradora previsto no art. 298 do RICMS/89 sem que o cupom fiscal esteja anexo ao referido documento, no exercício de 1993: CR\$ 38.250,00.*
17. *Utilização indevida de crédito fiscal decorrente de estorno [de débito] de máquina registradora previsto no art. 298 do RICMS/89 efetuado em duplicidade nos dias 10-11/09/93 no registro das Notas Fiscais de Entrada 002 e 003, no exercício de 1993: CR\$ 187.012,74.*
18. *Falta de escrituração da AIDF 940 no livro de utilização de documentos fiscais: multa de 10 UPFs-BA.*

O contribuinte, na sua defesa, reconheceu o débito apurado nos itens 2º, 3º, 4º, 6º, 11, 12, 15, 16 e 18. Os demais itens foram contestados no todo ou em parte.

O fiscal autuante prestou informação especificando os pontos em que concordou com o sujeito passivo.

O julgamento dos itens objeto do presente Recurso de Ofício foram assim fundamentados pela Decisão Recorrida:

Com relação ao item 1:

“A defesa (fls. 1025 a 1027) reconheceu como devida a quantia de CR\$155.917,35, impugnando o restante, CR\$ 1.493.417,65. Alega que nos exercícios de 1992 e 1993, o art. 295 do RICMS/89 permitia o crédito fiscal de ambas as parcelas do imposto (“normal” e retido ou antecipado) nas aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária. Diz que somente com o Decreto nº 2.728/93, com efeitos a partir de 01/01/94, esse critério foi modificado. O contribuinte informa que havia feito uma denúncia espontânea (fls. 1039 ss.). Tendo em vista os créditos a que considera ter direito e os valores da denúncia espontânea, além do fato de a ação fiscal haver incluído em seu levantamento mercadorias não sujeitas a substituição tributária, a defesa elaborou à fl. 1027 demonstrativo da quantia impugnada (CR\$1.493.417,65).

Na informação fiscal (fl. 1097), o autuante acata parcialmente as razões da defesa. Questiona, porém, o fato de em alguns meses os créditos relativos a mercadorias sujeitas a substituição tributária terem sido lançados no Registro de Entradas, quando o correto seria fazê-lo no Registro de Apuração.

Foi solicitado através de diligência que a ASTEC refizesse os cálculos em questão. O revisor cumpriu a diligência, ressalvando, porém, que o trabalho teve de ser feito com base unicamente nos documentos constantes nos autos, pois não teve acesso aos livros e documentos originais, uma vez que a empresa não funciona mais (fls. 1203 ss). O resultado da revisão do item 1º é o seguinte (fl. 1208):

DATA VENC.	ICMS	
	VR. HISTÓRICO	VR. EM REAIS
09/02/1994	CR\$ 261.306,45	R\$ 95,02
09/03/1994	CR\$ 193.081,95	R\$ 70,21
09/04/1994	CR\$ 339.195,84	R\$ 123,34
09/05/1994	CR\$ 109.526,30	R\$ 39,83
09/06/1994	CR\$ 124.713,94	R\$ 45,35
09/07/1994	CR\$ 36.039,19	R\$ 13,11
<b>Total</b>	<b>CR\$ 1.063.863,66</b>	<b>R\$ 386,86</b>

Multa: 60% – Lei nº 4.825/89, art. 61, VIII, “a”.

Multa: 60% – Lei nº 4.825/89, art. 61, VIII, “a”.

O item 5º diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisições de ativo imobilizado e material de consumo no exercício de 1993. Em face dos elementos apresentados pela defesa (fl. 1028) e reconhecidos pelo autuante, o qual propõe a exclusão da quantia de CR\$ 3.780,00 (fl. 1099), o valor efetivamente devido é de CR\$ 4.586,71, R\$ 1,67, correspondente a agosto de 1993, relativamente a parte da Nota Fiscal nº 4052 (fl. 22). O débito do item 5º é este:

DATA VENC.	ICMS	
	VR. HISTÓRICO	VR. EM REAIS
09/09/1993	CR\$ 4.586,71	R\$ 1,67

Multa: 60% – Lei nº 4.825/89, art. 61, VIII, “a”.

No item 7º exige-se o pagamento de diferença de alíquotas (fl. 23). O contribuinte (fl. 1028) alega que alguns valores são cobrados indevidamente (bens pertencentes a fornecedores recebidos para uso temporário destinados à exposição de suas mercadorias, e material de embalagem, que não se

considera material de consumo). Alega também o contribuinte que outros valores foram pagos tempestivamente ou foram parcelados antes da ação fiscal.

Na revisão determinada por esta Junta, foi solicitado que a ASTEC refizesse os cálculos, excluindo os valores relativos a materiais de embalagem e a bens pertencentes a terceiros, bem como os valores pagos ou parcelados antes da ação fiscal. O débito remanescente (Nota Fiscal nº 30702), segundo a ASTEC, é o seguinte (fl. 1204).

DATA VENC.	ICMS	
	VR. HISTÓRICO	VR. EM REAIS
09/06/1994	CR\$ 1.484,30	R\$ 0,54

Multa: 60% – Lei nº 4.825/89, art. 61, III, “b”.

O item 8º refere-se a diferença de ajuste de máquina registradora apurada através de levantamento das entradas de mercadorias da cesta básica, isentas, não tributadas e enquadradas no regime de substituição tributária (fl. 24). A defesa impugnou o lançamento, alegando haver falhas no levantamento fiscal. Além dessas falhas, alega que a empresa teria recolhido imposto a mais no período considerado, no valor de CR\$592.687,64.

O fiscal autuante não considerou o pedido de compensação do débito com os valores pagos a mais pelo contribuinte. Apenas acatou o abatimento de determinadas parcelas, sem explicar os motivos.

Foi determinada a realização de diligência para que a ASTEC refizesse os cálculos, abatendo do débito apurado, também, os valores porventura pagos a mais pelo contribuinte, conforme alega, a não ser que ele tivesse dado entrada em pedido de restituição. Foi recomendado que nos cálculos a ASTEC observasse os critérios estabelecidos no atual RICMS/97, art. 112, dispositivo que neste caso se aplica retroativamente.

O auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência informa não ser possível rever os cálculos porque não foram anexadas ao processo as Notas Fiscais que serviram de base para o ajuste de máquina registradora.

Em face disso, considerando que faltam ao lançamento certeza e liquidez, não tendo o agente fiscal anexado aos autos os documentos fiscais, o item 8º é nulo, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

O item 9º (fls. 25-26) corresponde a diferença de ajuste de máquina registradora apurada através de levantamento de mercadorias consideradas supérfluas cujos débitos não foram lançados no livro de apuração. Em face dos elementos apresentados pela defesa (fls. 1026 e 1030) e reconhecidos pelo autuante (fl. 1100), o valor efetivamente devido é o seguinte:

DATA VENC.	ICMS	
	VR. HISTÓRICO	VR. EM REAIS
09/12/1992	Cr\$ 14.699,34	R\$ 0,0053452
09/01/1993	Cr\$ 39.963,09	R\$ 0,01
09/07/1993	Cr\$ 182.410,00	R\$ 0,07
09/08/1993	Cr\$ 144.770,00	R\$ 0,05
09/09/1993	CR\$ 346,10	R\$ 0,13
09/10/1993	CR\$ 1.559,01	R\$ 0,57
09/12/1993	CR\$ 589,25	R\$ 0,21
09/01/1994	CR\$ 81,44	R\$ 0,03
09/04/1994	CR\$ 2.546,93	R\$ 0,93
09/07/1994	CR\$ 8.346,66	R\$ 3,04
<b>Total</b>		<b>R\$ 5,05</b>

Multa: 60% – Lei nº 4.825/89, art. 61, III, “b”.

No item 10 apura-se a falta de pagamento de ICMS por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (fls. 26-27). A defesa (fl. 1031) acusa falhas no levantamento fiscal. Além disso, alega que alguns valores já haviam sido pagos ou parcelados. Diz que algumas mercadorias (extrato de tomate, goiabada) não são sujeitas a substituição tributária. O autuante concordou em parte com o contribuinte, sem, contudo, dar qualquer explicação quanto aos critérios adotados ao aceitar ou negar as ponderações da defesa. Foi por isso determinada a revisão dos cálculos pela ASTEC, tendo o revisor chegado ao seguinte resultado (fls. 1209/1212):

DATA VENC.	ICMS	
	VR. HISTÓRICO	VR. EM REAIS
09/03/1993	Cr\$ 18.850,00	R\$ 0,01
09/06/1993	Cr\$ 313.890,00	R\$ 0,11
09/07/1993	Cr\$ 778.750,00	R\$ 0,28
09/09/1993	CR\$ 2.244,30	R\$ 0,82
09/10/1993	CR\$ 2.447,91	R\$ 0,89
09/12/1993	CR\$ 4.194,72	R\$ 1,53
09/01/1994	CR\$ 1.563,29	R\$ 0,57
09/02/1994	CR\$ 1.171,54	R\$ 0,43
09/06/1994	CR\$ 9.713,97	R\$ 3,53
<b>Total</b>		<b>R\$ 8,17</b>

Multa: 60% – Lei nº 4.825/89, art. 61, III, “b”.

O item 13 refere-se a omissão de saídas de mercadorias apurada em função de divergências entre o valor registrado no livro de saídas e o consignado no livro de apuração, no exercício de 1994. Esse tópico do Auto de Infração já havia sido objeto de denúncia espontânea, conforme declarou a defesa (fl. 1032), fato reconhecido pelo fiscal autuante (fl. 1101). Autuação improcedente.

O item 14 acusa pagamento de imposto efetuado a menos no mês de junho de 1993 (fl. 28). A defesa (fl. 1032) alega que nesse mês o que houve foi o contrário, pagamento de imposto a mais, pedindo que se fizesse a compensação. O autuante não atendeu ao pleito do contribuinte por considerar que imposto pago a mais deve ser objeto de pedido de restituição, não cabendo ao fisco efetuar compensações.

Esta Junta determinou a revisão dos cálculos, autorizando que o revisor efetuasse a compensação, desde que pelos valores históricos. Foi recomendado, ainda, que nos cálculos a ASTEC observasse os critérios estabelecidos no atual RICMS/97, art. 112, dispositivo que neste caso se aplica retroativamente.

O auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência informa não ser possível rever os cálculos porque tanto os valores constantes nos demonstrativos elaborados pelo autuante quanto os apresentados pelo autuado não coincidem com os valores registrados nas cópias do livro de apuração apensadas ao processo.

Em face disso, considerando que faltam ao lançamento certeza e liquidez, o item 14 é nulo, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

O item 17 acusa utilização indevida de crédito fiscal decorrente de estorno de débito de máquina registradora previsto no art. 298 do RICMS/89 efetuado em duplicidade nos dias 10-11/09/93 no

registro das Notas Fiscais de Entrada 002 e 003, no exercício de 1993. O contribuinte impugnou o lançamento alegando que o débito em questão havia sido objeto de denúncia espontânea (fl. 1032), fato reconhecido pelo fiscal autuante (fl. 1101).

O fato acusado no item 18 foi admitido pelo contribuinte: falta de escrituração da AIDF 940 no livro de utilização de documentos fiscais. Trata-se de fato sem relevância, não tendo implicado falta de pagamento do tributo. A multa é procedente. Proponho, contudo, a sua redução para 2 UPFs-BA, com fundamento no § 4º do art. 60 da Lei nº 4.825/89.”

#### **VOTO VENCIDO**

O Recurso de Ofício incide sobre os itens 1, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 17 e 18 do Auto de Infração.

As infrações 1, 7, 8, 10, 14, foram objeto de revisão fiscal pela ASTEC, a qual reduziu o montante do débito, em função da realização de retificações na sua apuração, sendo que as infrações 8 e 14 foram consideradas nulas, pois não possuíam documentos suficientes para determinar a liquidez e certeza do imposto devido. A manifestação do órgão diligente esteve sujeita ao princípio do contraditório e da ampla defesa, não havendo irresignação por parte do autuante nem do autuado, de maneira que deve ser mantido o entendimento da Decisão Recorrida que ratificou a diligência efetivada.

Com relação as infrações 5, 9, 13 e 17, foram objeto de composição entre as partes, que concordaram com os valores revistos exigidos. A infração 18, por sua vez, foi reconhecida pelo autuado, cabendo apenas a Decisão Recorrida, acertadamente, reduzir a multa aplicada para 2 UPFs-BA, com fundamento no § 4º, do art. 60, da Lei nº 4.825/89, pois o fato – falta de escrituração da AIDF 940 no livro de utilização de documentos fiscais – não implicou em omissão no pagamento do tributo.

O voto, pois, é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

#### **VOTO VENCEDOR**

Discordo do entendimento do Ilustre Relator, que ao apreciar o Recurso de Ofício, acolheu o julgamento proferido na 1ª Instância, quanto aos itens 08 e 14, que foram julgados Nulos, pelos motivos que passo a expor:

A infração 08 refere-se a “*Diferença de ajuste de máquina registradora apurada através de levantamento das entradas de mercadorias da cesta básica, isentas, não tributadas e enquadradas no regime de substituição tributária, o que gerou crédito a mais que o cabível:*

- 18.1. Exercício de 1992, CR\$ 4.429,80*
- 18.2. Exercício de 1993, CR\$ 41.279,30*
- 18.3. Exercício de 1994, CR\$ 477.994,52*

A infração 14 “*Diferença na apuração do ICMS nos meses de maio, fevereiro e junho de 1993, acarretando pagamento a menos no mês de junho de 1993, no valor de CR\$ 6.731,95.*

Verifica-se nos autos que o Relator da 1ª Instância solicitou diligência às fls. 1189 a 1201 dos itens 08 e 14, além de outros, solicitando quanto a estes que fossem esclarecidas as seguintes questões:

Item 08 – “*A defesa impugnou o lançamento, alegando haver falhas no levantamento fiscal. Além dessas falhas, alega que a empresa teria recolhido imposto a mais no período considerado, no valor de CR\$ 592.687,64.*

*O fiscal autuante não considerou o pedido de compensação do débito com os valores pagos a mais pelo contribuinte. Apenas acatou o abatimento de determinadas parcelas, sem explicar os motivos.*

*Foi determinada a realização de diligência para que a ASTEC refizesse os cálculos, abatendo do débito apurado, também, os valores porventura pagos a mais pelo contribuinte, conforme alega, a não ser que ele tivesse dado entrada em pedido de restituição. Foi recomendado que nos cálculos a ASTEC observasse os critérios estabelecidos no atual RICMS/97, art. 112, dispositivo que neste caso se aplica retroativamente.*

*O auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência informa não ser possível rever os cálculos porque não foram anexadas ao processo as Notas Fiscais que serviram de base para o ajuste de máquina registradora”.*

Relativamente ao item 14 “A defesa (fl. 1032) alega que nesse mês o que houve foi o contrário, pagamento de imposto a mais, pedindo que se fizesse a compensação. O autuante não atendeu ao pleito do contribuinte por considerar que imposto pago a mais deve ser objeto de pedido de restituição, não cabendo ao fisco efetuar compensações.

*Esta Junta determinou a revisão dos cálculos, autorizando que o revisor efetuasse a compensação, desde que pelos valores históricos. Foi recomendado, ainda, que nos cálculos a ASTEC observasse os critérios estabelecidos no atual RICMS/97, art. 112, dispositivo que neste caso se aplica retroativamente.*

*O auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência informa não ser possível rever os cálculos porque tanto os valores constantes nos demonstrativos elaborados pelo autuante quanto os apresentados pelo autuado não coincidem com os valores registrados nas cópias do livro de apuração apensadas ao processo”.*

Diante do que foi informado pelo Diligente fiscal que alegou não ter sido possível realizar a diligência, o Relator considerou que faltava ao lançamento certeza e liquidez, e julgou Nulo os itens 08 e 14, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Ocorre que o diligente informou que efetuou a diligência “com base nos documentos apensos ao PAF, vez que não tivemos acesso aos livros e documentos fiscais originais vez que a empresa não mais desenvolve suas atividades comerciais, inclusive encontra-se com a sua inscrição estadual cancelada”.

Com a devida *venia*, entendo que a diligência relativamente a esses itens foi ineficiente, e portanto, demanda nova diligência para atender ao requerido na diligência anterior, solicitada pelo Relator da decisão, acima referida. Ademais, observo que o diligente fiscal não intimou o autuado para apresentar os livros e documentos necessários ao atendimento nos termos da diligência, que sendo a infração em questão, decorrente de ajuste de Máquina Registradora, requer o exame das notas fiscais de aquisição e os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e de Registro de Apuração do ICMS, pois é neste último que o contribuinte procede os ajustes quanto às mercadorias da cesta básica, isentas, não tributadas, ou enquadradas no regime de substituição tributária.

Por esses fundamentos é que entendo que na forma prevista no § 1º, do art. 18, do RPAF/99, as incorreções e omissões acaso existentes no lançamento deverão ser suprimidas e corrigidas por determinação da autoridade competente, no caso, realizando diligência para escoimar dúvidas e esclarecer como foi apurado os valores exigidos na peça exordial, devendo cientificar o autuado e fornecendo cópia dos novos elementos devolver, se for o caso, o prazo de trinta dias para

defesa ou o previsto de dez (10) dias para querendo sobre o resultado da diligência, se manifestar.

Por todo o exposto, afasto a nulidade, posto que é dever do órgão de Primeira Instância determinar as providências saneadoras que configurem meras irregularidades fáticas. Assim, devolvam-se os autos ao órgão prolator da decisão reformada, para que promova nova diligência, recomendando que examine os documentos e livros do autuado para demonstrar qual o valor devido dos itens em comento, saneando todas as dúvidas suscitadas pelo autuado, e assim possa proferir uma decisão de mérito.

Assim, meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado e modificar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03064700/95, lavrado contra **SUPERMERCADO ATALAIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$433,90**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$430,53, de 70% sobre R\$3,35 e de 150% sobre R\$0,02, previstas no art. 61, III, “b”, VIII, “a”, e IV, “a”, da Lei nº 4.825/89, e no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96 (retroatividade benigna), e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa prevista no art. 61, XV, “d”, da Lei nº 4.825/89, reduzida para **2 UPFs-BA**, com fundamento no § 4º, do art. 60 da mesma lei. E devolver os autos ao órgão prolator da decisão reformada, para apreciação das razões de mérito, relativo aos itens 08 e 14, pois os mesmos não são Nulos.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Ivone de Oliveira Martins, Ciro Roberto Seifert, Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro, José Carlos Boulhosa Baqueiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de Dezembro de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ