

A. I. N° - 303097-3/93
AUTUADO - CINTRA & CIA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ VICENTE NETO
ORIGEM - INFAZ PIRAJÁ
INTERNET - 28/05/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-03/03

EMENTA: ICMS. 1. MÁQUINA REGISTRADORA. a) OPERAÇÕES COM MERCADORIAS ISENTAS E NÃO TRIBUTÁVEIS. AJUSTE ANUAL. **a.1)** VALORES APURADOS A MENOS. **a.2)** FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação prevê que o contribuinte usuário de máquina registradora, sem capacidade de registro alfanumérico, deve proceder anualmente o ajuste para compensar os estornos de débito mensais a menos ou a mais, decorrente da comercialização de mercadorias isentas ou não tributadas. Corrigidos erros no levantamento. **b)** ENTRADAS FICTÍCIAS DE MERCADORIAS ISENTAS. ESTORNO DE DÉBITO INDEVIDO. As quantidades dos produtos isentos, consignadas nas notas fiscais de entradas, que provocaram tais estornos de débito, são incompatíveis com a realidade de suas possíveis aquisições, além do que, não ficou comprovado o seu efetivo pagamento. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE TRANSFERÊNCIAS.** Infração descaracterizada. Irregularidade formal saneada com a remessa aos interessados dos demonstrativos analíticos e a reabertura do prazo de defesa. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/01/93, exige ICMS no valor de CR\$ 18.661.924,00 em decorrência das seguintes infrações:

1. Sendo o contribuinte usuário de máquina registradora, no final de cada exercício financeiro, de acordo com o art. 94, inciso I e II terá que proceder o ajuste anual para apurar eventuais débitos ou créditos sobre mercadorias isentas e não tributadas, tendo encontrado as seguintes irregularidades:
 - a) No exercício de 1989 a empresa não fez o recolhimento do ajuste anual no valor de CR\$27.369,01, base de cálculo de CR\$ 160.994,13.
 - b) No exercício de 1990 a empresa fez o recolhimento a menor no valor de CR\$54.278,00, base de cálculo de CR\$301.547,78.
 - c) No exercício de 1991, a empresa fez o recolhimento a menor no valor de CR\$ 272.502,49, base de cálculo de CR\$ 1.602.955,83.

2. Utilizou como crédito fiscal, indevidamente, os valores expressos nas notas fiscais, nos meses de dezembro de 1990, no valor de CR\$1.138.662,00 e em março de 1991, no valor de CR\$1.316.820,00;
3. Utilizou como crédito fiscal, indevidamente, os valores lançados nos seus livros fiscais, de supostas entradas de mercadorias, em dezembro de 1990, janeiro e março de 1991.

O autuado, através de patrono legalmente constituído, ingressa com defesa, fls. 153 a 160, e aduz as seguintes razões de fato e de direito:

1. Em preliminar de nulidade, que o fiscal autuante ao apresentar as peças constantes do Auto de Infração, omitiu determinados documentos imprescindíveis à elaboração da peça defensiva. Estes documentos foram os demonstrativos analíticos de débito e os respectivos levantamentos, em que o autuante se baseou para encontrar as supostas falhas no recolhimento do ICMS.
2. No mérito, com relação ao item 1.a), diz que o autuante não apresentou qualquer memória de cálculo ou justificativa para tal acusação. Aduz que o valor correto do ajuste anual é de CR\$19.919,66, valor que foi devidamente escriturado no RAICMS, podendo ser comprovado a qualquer tempo por estranho ao feito, caso necessário.
3. No item 1.b), que tendo o fiscal encontrado os valores do ajuste devidamente lançados, imaginou que estavam incorretos e haveria uma diferença a ser recolhido. Refuta que não há qualquer valor a ser recolhido, uma vez que tendo apurado um valor de CR\$745.706,66, conforme demonstrativo anexo, foi este valor efetivamente recolhido aos cofres estaduais.
4. No item 1.c), aponta que o autuante não apresentou qualquer memória de cálculo ou demonstrativo analítico pelo qual teria encontrado a suposta infração. Traz um demonstrativo do seu ajuste no exercício de 1991, onde o valor a ser recolhido é de CR\$278.121,36, que foi efetivamente lançado no RAICMS, e por via de consequência creditado em favor da Fazenda Pública Estadual.
5. Quanto ao item 2 que muito pouco tem a dizer, primeiro porque é impossível defender-se de acusação inespecífica, porquê a acusação é, simplesmente, utilização indevida de crédito fiscal, sem informar o porque do crédito indevido. Aduz que todos os créditos utilizados foram provenientes de documentos fiscais idôneos, que acobertaram mercadorias efetivamente recebidas.
6. No item 3, que passaram despercebidas, ao autuante, as notas fiscais emitidas pela matriz com destino ao estabelecimento autuado. Anexa cópias destas notas fiscais.
7. A final pede a realização de diligência, a ser procedida em todos os itens do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 245 a 248, e rebate a preliminar de nulidade relativa à falta de entrega dos demonstrativos analíticos, arguindo que durante o prazo de defesa o processo estava na repartição fazendária, onde o autuado poderia ter vistas. Esclarece que no item 2, o autuado quando intimado a apresentar o comprovante de pagamento das notas fiscais E-1, não o fez, o que leva a crer que creditou-se duas vezes, ou seja, no documento fiscal emitido pelo fornecedor e o crédito da nota fiscal E-1. No item 3, ressalta que o autuado apresentou as 3^{as} vias das notas fiscais, fls. 188 a 243. Mantém o Auto de Infração.

A Douta Profaz encaminha o PAF ao DICO, para pronunciar-se a respeito dos demonstrativos de ajustes apresentados pelo autuado e pelo autuante, posto que controversos. Também pede que sejam analisadas as notas fiscais de entrada, no sentido de levantar se trata, efetivamente, de operação de entrada de mercadorias.

Auditor fiscal lotado no DICO, emite o Parecer de fls. 254 a 259, decorrente de revisão do lançamento, e chega às seguintes conclusões, com relação ao item 1:

“Que a autuada, ao elaborar seus demonstrativos de ajuste, cometeu erro na determinação dos valores das mercadorias “outras” inventariadas e, conseqüentemente, apurou erradamente o valor ajustado das mesmas. Levantados corretamente pelo Autuante, os números por este apresentados conferem com os Registros no Livro de Registro de Inventário nº 01, da Autuada. Observamos ainda que o Autuante deixou de considerar os valores oferecidos à tributação relativamente aos exercícios de 1989 e de 1991 pela Autuada. Dos levantamentos que fizemos das entradas de mercadorias outras baseados no livro de Registro de Entradas Especial da Autuada, constatamos diferenças nos demonstrativos apresentados pelas partes.”

O diligente produziu novos demonstrativos com os números que levantou, e chegou aos seguintes resultados:

Exercício de 1989:

A autuada deixou de oferecer à tributação o valor da diferença a maior entre as saídas registradas e as saídas ajustadas de mercadorias “outras”. O autuante deixou de considerar o valor que o autuado ofereceu à tributação, tempestivamente, no mês 03/90, no valor de Cr\$19.919,66. Conclui que o valor recolhido a menor foi de Cr\$2.329,12.

Exercício de 1990:

A autuada deixou de oferecer à tributação o valor da diferença a maior entre as saídas registradas e as saídas ajustadas de mercadorias “outras”. Alguns números constantes dos demonstrativos do autuante diferem do que foi apurado pelo diligente. Conforme demonstrado no anexo 3, o valor recolhido a menos foi de Cr\$ 36.513,26.

Exercício de 1991:

O autuado ofereceu à tributação valor superior ao apurado pelo diligente e pelo auditor fiscal.

Quanto ao segundo item do Auto de Infração, item 2.a, que trata da utilização indevida de crédito fiscal, via estorno de débito, por ser o contribuinte usuário de máquina registradora, em razão de entradas fictícias de mercadorias isentas através de notas fiscais E-1, de aquisições de pessoas físicas, (documentos de fls. 111 a 121), através de nota fiscal de Entrada, emitidas pelo Autuado, e que o autuante entende que a comprovação da efetivação da operação deva ser o pagamento ao fornecedor. Assim, duas vezes intimado, o autuado não atendeu às solicitações. Aduz que embora sejam mercadorias isentas, estas geram “estorno de débito”, quando da apuração do imposto, razão do autuante ter exigido o imposto acrescido de multa mais severa, incidente sobre operações fictícias nas entradas. Os valores consignados no termo e no Auto de Infração divergem do somatório dos documentos anexados. O diligente apurou os seguintes valores: em 31.12.90, notas fiscais nºs. 1206, 1208, 1209, 1210 a 1212, no valor de CR\$ 1.138.662,00. Em 31.03.01, Notas fiscais nºs. 1214 a 1217, ICMS de Cr\$ 1.110.270,00.

O item 2.b trata de glosa de créditos fiscais relativamente a diversas notas lançadas no Livro Registro de Entradas, não apresentados ao Autuante. Considera comprovada a regularidade das notas fiscais cujas cópias foram apresentadas às fls. 188 a 243.

Produz novo demonstrativo de débito, com os valores que apurou em Cruzeiros (Cr\$), moeda vigente à época da autuação.

Item	Código	Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Débito (Cr\$)	Multa
1	10	31.12.89	09.04.90	2.329,12	60%
2	10	31.12.90	09.04.91	36.513,26	60%
3	10	31.12.90	09.01.91	1.138.662,00	150%
	10	31.03.91	09.04.91	1.110.270,00	150%
Total				2.287.774,38	

Tendo em vista que a revisão fiscal resultou na juntada de novo demonstrativo de crédito tributário, o autuado foi intimado por Edital de nº 074/98, sobre a reabertura do prazo de defesa, de 30 dias, conforme documentos de fls. 265 a 266.

A 1ª JJF deliberou que o presente PAF fosse encaminhado à Infaz Pirajá, fl.274, com vistas ao seu saneamento, para que fossem adotadas as seguintes providências:

1. Que fosse reaberto o prazo de defesa, de 30 dias;
2. Que o autuado fosse intimado no endereço do escritório do seu advogado, para querendo, manifestar-se acerca da revisão levada a efeito pelo DICO e da informação fiscal prestada pelo autuante;
3. Que fossem entregues ao autuado, juntamente com a intimação supra, cópia dos demonstrativos elaborados pelo autuante e acostados aos autos (fls. 9, 10, 11, 14, 42, 43, 44, 47, 76, 78 e 81) bem como da Informação Fiscal (fls. 245 a 248);
4. Que o autuante prestasse nova informação fiscal, caso o autuado se pronunciasse nos autos.

Não tendo sido realizada a intimação, conforme o pedido acima, novamente a 1ª JJF diligenciou, mantendo os termos relatados, com insistência, para que o autuado fosse intimado no endereço do escritório de seu advogado.

Cumpridas as intimações, conforme AR de fls. 290 a 296, inclusive do advogado, de fl. 292, os interessados não se manifestaram.

VOTO

Inicialmente observo que embora o símbolo da moeda constante do Auto de Infração leve a crer que se trate de Cruzeiro Real (CR\$), na verdade esta moeda não existia na época da lavratura da do lançamento (30/01/2003), devendo, portanto, ser retificado para Cruzeiro (Cr\$) moeda então vigente.

Verifico também que a falta de entrega dos demonstrativos analíticos ao autuado, foi saneada, no momento em que os interessados foram intimados a se pronunciarem acerca da diligência, e foram-lhes enviadas cópias dos mesmos, inclusive com a ressalva da

reabertura do prazo de defesa de 30 dias, o que saneou a falha no processamento do Auto de Infração.

No mérito, o lançamento na infração 1, reporta-se à falta de recolhimento do ajuste anual, no exercício de 1989, e ao recolhimento a menor do mesmo ajuste anual, nos exercícios seguintes de 1990 e de 1991. O autuado assevera em sua peça de defesa que equívocos foram cometidos pelo autuante, na apuração desta exigência tributária. A diligência realizada pelo DICO concluiu o que segue:

No exercício de 1989:

A autuada deixou de oferecer à tributação o valor da diferença a maior entre as saídas registradas e as saídas ajustadas de mercadorias “outras”. O autuante deixou de considerar o valor que o autuado ofereceu à tributação, tempestivamente, no mês 03/90, no valor de Cr\$19.919,66. Conclui que o valor recolhido a menor foi de Cr\$2.329,12.

No exercício de 1990:

A autuada deixou de oferecer à tributação o valor da diferença a maior entre as saídas registradas e as saídas ajustadas de mercadorias “outras”. Alguns números constantes dos demonstrativos do autuante diferem do que foi apurado pelo diligente. Conforme demonstrado no anexo 3, o valor recolhido a menos foi de Cr\$ 36.513,26.

No exercício de 1991: Não há valores a serem exigidos.

Concordo com o resultado da diligência, na qual o auditor fiscal fez o ajuste dos exercícios envolvidos na questão, em conformidade com o estatuído no art. 294 do RICMS/89, consoante demonstrado nas planilhas de fls. 257 a 259 do PAF.

Quanto ao item 2, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal, de valores expressos nas notas fiscais série E, nos meses de dezembro de 1990 e março de 1991, conforme cópias das notas fiscais de fls. 111 a 121, através das quais foram dadas entradas de mercadorias isentas e não tributadas, (hortifrutigranjeiros) adquiridas de diversos comerciantes da CEASA, sem que o pagamento destas entradas tenham sido comprovados. O diligente observa que embora sejam mercadorias isentas, estas geram “estorno de débito”, quando da apuração do imposto, razão do autuante ter exigido o imposto acrescido de multa mais severa, incidente sobre operações fictícias de entradas. O diligente concluiu que os valores consignados no termo e no Auto de Infração são divergentes da soma dos documentos anexados, e em vista disto, apurou os seguintes valores, com os quais concordo:

Em 31.12.90 (Notas Fiscais nºs 1206, 1208, 1209, 1210 a 1212):

Valor das notas	Cr\$ 4.900.000,00
+ TVA Utilizado 29,1%	Cr\$ 1.425.900,00
= Base de cálculo	Cr\$ 6.325.900,00
ICMS 18%	Cr\$ 1.138.662,00

Em 31.03.91: (Notas Fiscais nºs 1214 a 1217):

Valor das notas	Cr\$ 6.000.000,00
+ TVA utilizado 8,85%	Cr\$ 531.000,00

= base de cálculo Cr\$ 6.531.000,00
ICMS 18% Cr\$ 1.110.270,00

Entretanto a multa a ser aplicada, que fora apontada como de 200%, passa a ser de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea "b", da Lei nº 7.014/96, face à retroação benigna contida na regra do art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN, pela utilização indevida do crédito fiscal, no caso através de estorno de débito, quando a mercadoria não houver entrado real ou simbolicamente no estabelecimento.

No item 3, apurou-se que foram utilizados como crédito fiscal, indevidamente, os valores lançados nos Livros Registro de Entradas de Mercadorias, de supostas transferências de mercadorias com Notas Fiscais série B6, as quais não foram localizadas para comprovar a regularidade dos créditos.

O diligente constatou a regularidade dos lançamentos, em decorrência do autuado ter localizado os documentos fiscais, conforme cópias que anexou às fls.188 a 243, com o que concordo.

Do exposto, entendo que o demonstrativo de débito passa a ter a seguinte configuração, em Cruzeiro (Cr\$), moeda vigente à época da autuação.

Item	Código	Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Débito (Cr\$)	Multa
1	10	31.12.89	09.04.90	2.329,12	60%
2	10	31.12.90	09.04.91	36.513,26	60%
3	10	31.12.90	09.01.91	1.138.662,00	150%
	10	31.03.91	09.04.91	1.110.270,00	150%
Total				2.287.774,38	

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **303097-3/93**, lavrado contra **CINTRA & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **Cr\$ 2.287.774,38**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre Cr\$38.842,38, prevista no art. 61, II, "a", da Lei nº 4.825/89 e de 150% sobre Cr\$2.248.932,00, previstas no art. 42, V, "b", da Lei nº 7.014/96, face à retroação benigna contida na regra do art. 106, II, "c", do CTN, e demais acréscimos legais, devendo ser convertido na moeda vigente.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR