

A. I. Nº - 03064700/95
AUTUADO - SUPERMERCADO ATALAIA LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
INFAZ - INFAZ BROTAS
INTERNET - 27.01.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0517/01-03

EMENTA: ICMS. 1. MÁQUINA REGISTRADORA. DIFERENÇA DE AJUSTE DE MÁQUINA REGISTRADORA. MERCADORIAS DA “CESTA BÁSICA”, ISENTAS E NÃO TRIBUTÁVEIS. Falta de liquidez do lançamento. Impossibilidade de revisão do lançamento. Alegado pagamento de imposto a mais que o devido, fato admitido pela fiscalização. Lançamento insubsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Falta de liquidez do lançamento. Impossibilidade de revisão dos cálculos. Consta nos autos que foi pago imposto a mais que o devido no período considerado. Julgados IMPROCEDENTES os itens 8º e 14 do Auto de Infração, mantendo-se o Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 6/1/1995, contém as seguintes imputações:

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 2ªs 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, 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 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 concorda com o sujeito passivo. Refez os demonstrativos.

A PROFAZ determinou que se reabrisse o prazo de defesa.

O processo foi novamente remetido em diligência para que a ASTEC examinasse e esclarecesse determinados aspectos. A diligência foi cumprida. Como o contribuinte não se encontrava mais em funcionamento, foi dada ciência do resultado da diligência através de edital publicado no Diário Oficial de 3/4/2001.

Esta Junta, através do Acórdão JJF 0312-01/02, julgou procedentes os itens 2º, 3º, 4º, 6º, 11, 12, 15, 16 e 18, parcialmente procedentes os itens 1º, 5º, 7º, 9º e 10, improcedentes os itens 13 e 17, e nulos os itens 8º e 14.

A 2ª Câmara, no julgamento do Recurso de Ofício, deu provimento parcial ao recurso, através do Acórdão CJF 0465-12/02, e devolveu os autos a esta Junta, para julgar o mérito dos itens 8º e 14, que haviam sido declarados nulos.

A fim de possibilitar o julgamento dos itens pendentes, foi determinada a realização de diligência pela ASTEC. A diligência não pôde ser cumprida, pois a empresa não existe mais.

VOTO

Em julgamento anterior, nesta Junta, através do Acórdão JJF 0312-01/02, foram julgados procedentes os itens 2º, 3º, 4º, 6º, 11, 12, 15, 16 e 18, parcialmente procedentes os itens 1º, 5º, 7º, 9º e 10, improcedentes os itens 13 e 17, e nulos os itens 8º e 14.

Dando provimento parcial ao Recurso de Ofício interposto, a 2ª Câmara, através do Acórdão CJF 0465-12/02, devolveu os autos a esta Junta, para julgar o mérito dos itens 8º e 14, que haviam sido declarados nulos.

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 (fls. 24-25).

O item 14 acusa diferença na apuração do ICMS nos meses de maio, fevereiro e junho de 1993, acarretando pagamento a menos no mês de junho de 1993 (fl. 28).

Na instrução do processo em 1ª instância, esta Junta determinou a realização de diligência (fls. 1189 a 1201), sendo que, no tocante aos itens 8º e 14, foram solicitadas determinadas providências, expondo-se na solicitação o seguinte:

1. relativamente ao item 8º:

- 1.1 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;
- 1.2 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;

1.3 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, recomendando-se que nos cálculos a ASTEC observasse os critérios estabelecidos no atual RICMS/97, art. 112, considerando-se que aquele dispositivo neste caso se aplica retroativamente;

1.4 o auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência informou 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;

2. relativamente ao item 14:

2.1 a defesa (fl. 1032) alega que no mês em questão o que houve foi o contrário, pagamento de imposto a mais, pedindo que se fizesse a compensação, sendo que 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;

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

2.3 o auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência informou 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 do resultado da diligência, tendo o revisor declarado não ser possível realizar a diligência, a Junta, considerando não haver certeza e liquidez, não tendo o agente fiscal anexado aos autos os documentos fiscais, julgou nulos os itens 8º e 14.

No entanto, conforme já foi anotado, na apreciação do Recurso de Ofício, a 2ª Câmara, através do Acórdão CJP 0465-12/02, deu provimento ao recurso, em decisão não unânime, por entender que a diligência relativamente a esses itens foi ineficiente, e, portanto, demandaria nova diligência para atender ao requerido na diligência anterior. Na conclusão do voto vencedor, é recomendado que as incorreções ou omissões acaso existentes no lançamento sejam suprimidas e corrigidas, vindo os Autos a esta Junta para que seja realizada diligência a fim de escoimar dúvidas e esclarecer como foram apurados os valores lançados, com base nos documentos e livros do contribuinte.

Em atenção à determinação da 2ª Câmara, esta Junta deliberou que fosse renovada a diligência solicitada às fls. 1199 a 1201, no que concerne aos itens 8º e 14.

O auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência informa que intimou o antigo contador da empresa para apresentar os elementos necessários, porém aquele profissional informou que não é mais responsável pela contabilidade da empresa há muito tempo, já tendo devolvido toda a documentação fiscal ao sócio da empresa Manoel dos Santos, não podendo, por isso, atender à intimação. Indagado se tinha algum meio de contato com seu antigo cliente, o contador informou que já tentou inúmeras vezes, no entanto, não conseguiu localizá-lo. O auditor informa que, em visita ao endereço do contribuinte fornecido pelo sistema cadastral da SEFAZ, que é o constante nos autos, ou seja, Av. Barros Reis, nº 630, constatou que no local não mais funciona o estabelecimento da empresa, e sim, uma igreja evangélica. Informações colhidas no local através de comerciantes próximos indicaram que o estabelecimento fora fechado há mais de cinco anos. O auditor pediu que o contador fizesse uma declaração escrita, no que foi atendido, a qual foi anexada aos autos. O auditor conclui que, em face da impossibilidade de ter acesso à

documentação fiscal do autuado, examinou de forma minudente os elementos já integrantes do processo com o intento de proceder à revisão dos cálculos requisitados por esta Junta, porém tanto o item 8º quanto o item 14 para serem revistos exigem o exame das Notas Fiscais que serviram de base para o ajuste de máquina registradora, as quais não foram apensadas ao processo. Segundo o auditor, sem o acesso aos livros fiscais é impossível a revisão, pois há divergências entre os valores constantes nos demonstrativos do autuante, na defesa e nas cópias do livro de apuração apensadas aos autos.

Foi mandado dar ciência ao autuante e ao autuado. As intimações por via postal não lograram êxito. Foi publicado edital convidando a empresa a comparecer à inspetoria “para tomar conhecimento do julgamento do CONSEF, com vistas ao andamento do processo”. Nem o sujeito passivo nem o fiscal autuante se pronunciaram.

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.

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.

Num levantamento de ajuste de máquina registradora, quando há erros para mais e para menos, simultaneamente, o fisco não pode levar em conta apenas os erros para menos. O levantamento é um só, é inincindível, devendo chegar a um resultado. O contribuinte alegou ter pago imposto a mais que o devido no período considerado, e o fiscal admitiu ser verdadeira a alegação, somente não concordando em fazer o cotejo dos valores pagos a mais com os valores pagos a menos. O art. 112 do RICMS/97 autoriza a compensação, neste caso. Considero indevido o lançamento do item 8º.

O item 14 é semelhante, acusando 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.

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. Ou seja, os levantamentos fiscais não são confiáveis, pois os valores apurados nos demonstrativos divergem dos constantes no livro de apuração cujas cópias foram anexadas aos autos. Falta, portanto, certeza e liquidez ao lançamento. Além disso, o contribuinte alegou ter pago imposto a mais que o devido no mês em questão, e o fiscal admitiu ser verdadeira a alegação, somente não concordando em fazer o cotejo dos valores pagos a mais com os valores pagos a menos. O art. 112 do RICMS/97 autoriza a compensação, neste caso. Considero igualmente indevido o lançamento do item 14.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA dos itens 8º e 14 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTES os itens 8º e 14 do Auto de Infração nº **03064700/95**, lavrado contra **SUPERMERCADO ATALAIA LTDA.**, o qual foi julgado **PROCEDENTE EM PARTE**, nos termos do Acórdão CJF 0465-12/02, da 2ª Câmara, devendo ser intimado o autuado 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de dezembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA