

PROCESSO - A. I. Nº 113840.0015/00-4  
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0188-02/03  
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 13/07/2005

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0205-11/05

**EMENTA:** ICMS. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES ACUMULADOS NO EQUIPAMENTO DE PDV E OS LANÇAMENTOS EFETUADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Modificada a Decisão. Não sendo possível identificar todas as operações realizadas pelo recorrente, os seus equipamentos passam a ter a característica daqueles não dotados de sistema alfanumérico, e o imposto deve ser apurado adotando a sistemática do art. 295, do RICMS/89. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão nº 0188-02/03, da 2ª JJF, que julgou o presente Auto de Infração Procedente, por Decisão unânime de seus membros, lavrado em 29/03/2000, que se refere a exigência de R\$114.577,55 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na escrituração e apuração do imposto referente às saídas de mercadorias realizadas através de Terminal de Ponto de Venda (PDV), período de dezembro de 1995 a junho de 1996.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de gado para abate com ICMS recolhido de uma só vez, com base de cálculo invariável nas operações internas subsequentes, relativamente aos meses de fevereiro e março de 1996.

Somente a título de esclarecimento, este Auto de Infração foi submetido aos seguintes julgamentos:

1. 4ª JJF – Acórdão nº 1760/00 – julgados nulo o primeiro item e procedente o segundo;
2. 1ª CJF – Acórdão nº 2226/00 – apreciando o Recurso de Ofício, julgou-o Provídeo, restabelecendo, na totalidade o item 1;
3. Câmara Superior – Acórdão CS nº 0790/01 – Negou Provimento ao Recurso Especial interposto pelo contribuinte;
4. Câmara Superior – Acórdão CS nº 2104-21/01 – concedeu provimento parcial aos Embargos de Declaração, para que houvesse pronunciamento quanto ao pedido sobre a concessão dos benefícios da Lei nº 7767/00, por entender que existiu obscuridade na Decisão anterior;
5. Câmara Superior – Acórdão CS nº 0036-21/02 – Proveu o Recurso de Revista, para anular a Decisão de 2ª Instância, porque esta julgou o mérito após Prover o Recurso de Ofício, onde afastou a nulidade de 1ª Instância, sem determinar o retorno do PAF a ela, que era o foro competente para apreciação do mérito da questão, cuja nulidade foi afastada;

6. 1<sup>a</sup> CJF – Acórdão nº 0238-11/02 – reapreciando o Recurso de Ofício processado pela 4<sup>a</sup> JJF ao Acórdão nº 1760/00, lhe deu provimento e determinou o retorno do PAF à 1<sup>a</sup> Instância;
7. 2<sup>a</sup> JJF – Acórdão JJF nº 0331-02/02 – julgou procedente o Auto de Infração;
8. 1<sup>a</sup> CJF – Acórdão CJF nº 0447-11/02 – declarou a nulidade da Decisão da 2<sup>a</sup> JJF, em razão da existência de Recurso Especial, ainda não apreciado;
9. Câmara Superior – Acórdão CS nº 0035-21/03 – Negou Provimento ao Recurso Especial, mantendo a Decisão de 2<sup>a</sup> Instância que afastou a nulidade do item 1;
10. 2<sup>a</sup> JJF – Acórdão JJF nº 0188-02/03 – julgou procedente o Auto de Infração. Esta é a Decisão que ora se encontra sob Recurso Voluntário.

O recorrente se insurge, somente, contra o item 1 do Auto de Infração, e o relator da 2<sup>a</sup> JJF resumiu, da seguinte forma, as suas razões defensivas, que permanecem no Recurso Voluntário:

*“O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou tempestivamente impugnação, na qual se insurge contra o Auto de Infração, alegando que adquiriu equipamentos incompatíveis com as necessidades da empresa, face à quantidade de itens que comercializa, e por isso, foi constatada insuficiência de memória no banco de dados das balanças eletrônicas para cadastrar todas as mercadorias vendidas a peso. Por isso, o equipamento não aceitava a leitura dos produtos não cadastrados, o que resultou na criação de um código com a denominação “produtos sem código de barra” para todas as mercadorias com pesos variáveis e produtos não identificados pelo código de barra. Disse que foi comunicado o fato à SEFAZ, e após tramitação de dois processos foi exarado Parecer recomendando à repartição fiscal da circunscrição proceder ao levantamento do imposto devido no período com base na sistemática de apuração estabelecida no art. 293 [295], do RICMS-BA, sendo aceito o processo protocolado anteriormente como denúncia espontânea para efeito de imposição de penalidade. Disse que foi lavrado o presente Auto de Infração sem estornar as parcelas das mercadorias isentas ou não tributadas e da cesta básica; que o procedimento adotado pelo autuante relativamente ao período de dezembro/95 a junho/96 deixou de considerar que mercadorias registradas com o código “produtos sem código de barra” eram registrados no PDV como mercadorias tributadas. Informou que reconhece a procedência parcial dos lançamentos da primeira infração. Assim, alegando que pretende defender-se da parcela que realmente não se considera devedor, o autuado informou que reconhece que utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nos meses de fevereiro e março de 1996, nos valores de R\$1.058,40 e R\$739,20, respectivamente.”*

Após a interposição do Recurso Voluntário, o PAF foi submetido a três diligências, sendo que a primeira foi a pedido da Representante da então PROFAZ, para que fossem respondidos os questionamentos apresentados pelo recorrente.

Cumprida esta diligência (fls. 490 a 498), em que os quesitos do recorrente foram respondidos, este se manifestou pedindo que fosse instado o revisor a responder o que chamou de “quesitos explicativos” com base na documentação apresentada e nos seus livros e documentos, conforme fls. 504 a 509.

A representante da PGE/PROFIS sugeriu o encaminhamento do Processo Administrativo Fiscal à ASTEC, para que o próprio fiscal revisor complementasse a diligência.

Ocorre que esta diligência não poderia ser deferida, na forma que fora proposta, pois, como relator, considerei que o diligente já respondeu a todos os quesitos formulados anteriormente, e os novos visam levá-lo a se pronunciar quanto ao mérito da acusação, o que lhe é defeso, por ser de prerrogativa exclusiva dos Conselheiros desta CJF.

Entretanto, considerando que, para que se decida quanto ao mérito – se correta a sistemática de apuração adotada pelo autuante, ou a alternativa apontada pelo recorrente – é necessário

conhecer o valor da possível condenação, esta 1<sup>a</sup> CJF deliberou que o PAF retornasse à ASTEC, para que o mesmo diligente apurasse o imposto através da sistemática preconizada pelo art. 295, do RICMS/89, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, confrontando esta apuração com os demonstrativos trazidos pelo recorrente.

Ocorre que este, no seu Parecer nº 0164/2004, declarou entender ser impossível a apuração do imposto pelo regime previsto no art. 295, citado, porque atingiria um mês de um exercício e seis de outro, e é vedado a mudança de procedimento durante o exercício, além de ser necessário o ajuste anual com base no lucro apurado.

Esclareci que, em primeiro lugar, não existe previsão, neste artigo, para que se proceda ao ajuste anual, e também que o que é vedado pelo seu Parágrafo único é a alternância entre as sistemáticas dos art. 294 e 295, dentro do mesmo exercício financeiro, devendo o contribuinte optar por um ou por outro.

Só que a solicitação foi para adotar somente um destes métodos, e não alterná-los.

Assim, o PAF retornou à ASTEC para que se cumprisse o que fora solicitado.

Desta feita, foi atendida a solicitação, conforme Parecer ASTEC nº 0015/2005, onde o diligente concluiu que, utilizando-se a sistemática do art. 295 do RICMS/89, o valor ainda devido seria de R\$72,61, diferente do que apontou o autuante, de R\$112.779,95.

O patrono do recorrente se manifestou sobre o resultado da diligência, e pediu a procedência parcial deste item 1, no valor ali discriminado.

A representante da PGE/PROFIS, na sua última manifestação, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, seguindo o Parecer da ASTEC.

## VOTO

O item sob Recurso Voluntário trata do recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na escrituração e apuração do imposto referente às saídas de mercadorias realizadas através de Terminal de Ponto de Venda (PDV), período de dezembro de 1995 a junho de 1996.

Encontra-se comprovado nos autos, inclusive com laudo expedido por técnico (fl. 356), que o recorrente adquiriu equipamentos incompatíveis com as necessidades da empresa, face à quantidade de itens que comercializa, e por isso, foi constatada insuficiência de memória no banco de dados das balanças eletrônicas para cadastrar todas as mercadorias vendidas a peso, e, devido a isso, o equipamento não aceitava a leitura dos produtos não cadastrados, o que resultou na criação de um código com a denominação “produtos sem código de barra” para todas as mercadorias com pesos variáveis e produtos não identificados pelo código de barra.

Como os equipamentos não identificavam todas as mercadorias vendidas, o autuante concluiu que aquelas não identificadas seriam tributadas.

Já o contribuinte afirmou que procurou orientação junto à SEFAZ, e lhe teria sido dito para apurar o imposto devido utilizando a sistemática prevista no art. 295, do RICMS/89.

Lembro que a controvérsia ocorreu somente no período de dezembro de 1995 a junho de 1996, sendo que o autuado já providenciou a troca de seus equipamentos, encerrando, assim, este tipo “irregularidade”.

Entendo que, independente da existência da mencionada orientação, o fato é que, não sendo possível identificar todas as operações realizadas pelo recorrente, os seus equipamentos passam a ter a característica daqueles não dotados de sistema alfa-numérico.

O art. 293, do RICMS/89, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, previa que, se o contribuinte operar, exclusivamente, com equipamentos dotados ou não de memória fiscal e que

tenham condição de quantificar e discriminar as mercadorias ou serviços (sistema alfanumérico), registrando-os separadamente por somadores distintos (totalizadores parciais ou departamentos), de acordo com as diversas situações tributárias, o registro das operações na máquina registradora deverá ser realizado de acordo com as supramencionadas situações tributárias.

Já o art. 294, do mesmo Regulamento, estabelecia que, se os equipamentos do contribuinte, na sua totalidade, não preencherem os requisitos previstos no artigo anterior, a apuração do imposto seria feita pela sistemática conhecida no jargão da SEFAZ como “ajuste de máquina registradora”, e o art. 295, dizia que, em substituição a esta, o usuário de máquina registradora poderá optar pelo tratamento ali descrito.

Este cálculo foi feito pelo preposto da ASTEC que concluiu que ainda restaria devido o montante de R\$72,60, diferente do que apontou o autuante, de R\$112.779,95.

Penso que esta é a única solução viável para o presente caso, pois não há como se presumir que todas as saídas não identificadas sejam de mercadorias tributadas, e o imposto deveria ter sido apurado adotando a sistemática do art. 295, do RICMS/89, como se os equipamentos não fossem dotados de “sistema alfa-numérico”, que de fato foi o que ocorreu.

Pelo que expus, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para modificar a Decisão recorrida, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 113840.0015/00-4, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.870,20**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$72,60, prevista no art. 61, IV, “a”, da Lei nº 4.825/89; 60% sobre R\$1.797,60, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS