

A. I. Nº - 299130.0009/08-0
AUTUADO - SCORPIONS COMÉRCIO DE REPRESENTAÇÕES LTDA. (UNIVERSO DIGITAL)
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 25.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-02/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. **a)** DIFERENÇA CONSTATADA ENTRE O TOTAL GERAL DO ECF PARA OS VALORES ESCRITURADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado mediante revisão fiscal erro na apuração do débito. Infração parcialmente caracterizada. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fato não contestado. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2008, reclama ICMS e MULTA no valor total de R\$21.679,80, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$18.704,27, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no período de 23/02/2006 a abril de 2007, conforme demonstrativo e documentos às fls. 18 a 41.

Em complemento consta:

“O contribuinte possui ECF, tendo sido desenvolvido o roteiro compatível (AUDIF 209, roteiro de ECF). Assim, foram aplicados os procedimentos e identificados os resultados a seguir:

a) Foram levantadas todas as operações de saída, registradas no livro de Registro de Saída de Mercadorias no período em que a empresa passou a operar com o equipamento (período de 23/02/2006 a abril de 2007), mês a mês.

b) Posteriormente o total lançado no livro de Registro de Saída foi comparado com o valor do Totalizador Geral (TG) do ECF, tendo sido constatado uma diferença entre os referidos valores de R\$ 267.203,92 (R\$1.354.944,76 menos R\$1.087.740,84);

c) Tendo em vista que o contribuinte trabalha com equipamentos de informática, tendo o benefício de redução da base de cálculo previsto no artigo 87, inciso V do RICMS, tal benefício foi concedido no cálculo do valor da infração, de forma que o valor da carga tributária incidente corresponda a 7%, ficando o valor do débito em R\$ 18.704,27, conforme planilhas em anexo.”

2. Extravio de documentos fiscais, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 2.760,00. Em complemento consta: “O contribuinte apresentou declaração escrita de que extraviou os livros fiscais de Registro de Inventários dos exercícios de 2003, 2004 e 2007, conforme documento anexo ao presente auto.” (fls.08)
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$215,53, nas aquisições interestaduais de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de junho e julho de 2006, conforme demonstrativos e documentos às fls. 120 a 121

O autuado, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.157 a 166, no tocante à infração 01, inicialmente teceu comentários sobre a relação fisco-contribuinte em obediência ao princípio da legalidade objetiva, para argüir que a autuação violou o princípio da tipicidade ou princípio da legalidade material.

No caso do item “b” acima descrito, alega que o autuante incorreu em equívoco ao arrimar-se no valor grafado no Totalizador Geral (TG), ou seja, R\$ 1.354.944,76, para compará-lo com o total lançado no livro de Registros de Saídas, ferindo, “IPSO FACTUM”, o princípio da legalidade.

Explica que o Totalizador Geral (TG) do ECF nada mais é do que o simples valor acumulado dos registros efetuados no equipamento, sem abater os valores correspondentes aos cancelamentos e descontos concedidos que não raramente ocorrem na sua atividade. Dessa forma, assevera que o valor constante no Totalizador Geral (TG) do ECF nem sempre coincide com o valor real das vendas/saídas de mercadorias efetivadas, isto porque, tendo havido cancelamentos e ou descontos, o valor do TG será sempre maior do que o total constante do livro de Registro de Saídas.

Diferentemente, diz que no livro de Registro de Saídas de Mercadorias são lançados os valores reais das saídas, ou seja, os valores extraídos do Equipamento de Controle Fiscal, feitos, porém, os devidos abatimentos tais como descontos, cancelamentos etc.

Diz que o Mapa Resumo de Equipamento de Controle Fiscal é documento auxiliar utilizado para escrituração do Livro de Saídas, e que nesse documento são lançadas as informações contidas na Redução Z emitida em cada ECF autorizado para uso no estabelecimento, sendo transferidas para o Livro de Saídas, por conseguinte, o livro de Registros de Saídas de Mercadorias, e jamais poderá ser igual ao valor do Totalizador Geral (TG) do ECF. Afirma que o autuante confundiu realidade aparente com a realidade fática, porque não examinou o Mapa Resumo ECF posto à sua disposição.

Assevera que o artigo 323 do RICMS/97 determina que os lançamentos no Registro de Saídas devem ser feitos segundo os dados extraídos dos documentos fiscais ou da Redução Z, conforme é a dicção dos parágrafos 3º e 9º do citado artigo.

Comenta que a atividade administrativa é vinculada e obrigatória, ou seja, sobre a tipicidade cerrada, à luz do artigo 142, parágrafo único do CTN, observando que a não observância às disposições regulamentares, impõe a responsabilidade pessoal do agente fiscal pelos atos ilícitos que praticar no exercício de suas funções, ou mesmo a pretexto de exercê-las, estendendo-se às esferas civil, administrativa e penal.

Prosseguindo, enfatiza que o valor grafado no Totalizador Geral (TG) ECF não corresponde ao valor real das saídas de mercadorias do seu estabelecimento, eis que está o mesmo sujeito aos abatimentos (cancelamentos / descontos) promovidos em muitas operações no período examinado, conforme constam consignadas nos Mapas Resumos ECF (de escrituração diária), mantidos em seu estabelecimento para o fim de auxiliar a escrituração do livro de Registros de Saídas. Diz que deixa de anexar ao processo todos os Mapas Resumos dada a grande quantidade de resumos, porém, como prova, junta a consolidação dos Mapas Resumos de todo o período fiscalizado (docs. fls. 171 a 183), bem como, por amostragem, os docs. de fls. 5 a 16, que correspondem aos Mapas Resumos ECF de alguns dias do período fiscalizado.

Com esses argumentos, sustenta que o presente lançamento foi efetuado com base a partir de mera presunção de omissão de saídas, presunção essa, que no Direito Tributário não é meio

eficaz para a certificação da ocorrência do fato gerador e da conseqüente incidência da tributação, pelo que requer a decretação da nulidade do lançamento ou a sua improcedência.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova permitidos em Direito, inclusive juntada de novos documentos, perícia contábil, se necessária, requerendo, de logo, a determinação de nova diligência fiscal, por preposto fiscal estranho ao feito, para verificar a veracidade dos fatos aqui relatados, nos seus livros e documentos fiscais do autuado que permanecem a disposição da fiscalização.

Através do processo protocolado no SIPRO sob nº 209165/2008-0, foi anexado ao processo uma intimação expedida ao autuado para apresentação dos documentos que foram relacionados pelo mesmo (fls. 193), e um ofício do autuado fazendo a juntada de levantamento de cupons fiscais e cópias de alguns cupons (fls. 192 a 204).

Em 09/12/2008, através do Processo SIPRO nº 272047/2008-7 (fls.216 a 220), o autuado fez a juntada de Mapas Resumos do ECF do período de abril de 2006 a março de 2007, reiterou sua alegação de que houve equívoco no levantamento fiscal, porque foi comparado o Totalizador Geral (TG) do ECF no valor de R\$ 1.354.944,76 com o total lançado no Registro de Saídas de R\$1.087.740,81, sem levar em conta o valor total dos descontos e cancelamentos no valor de R\$ 267.203,92.

Observa que atendeu a intimação expedida (fl.192) para apresentar documentos (fitas de redução Z do ECF). (fl. 192), e posteriormente foi intimado a se manifestar sobre a informação contendo a memória de cálculo (fl.200), que nada informa, não consigna nenhuma explicação, e comete erro grosseiro, isto porque considerou apenas alguns cancelamentos no total de R\$12.736,61, ignorando inúmeros outros cancelamentos e descontos.

Comenta sobre conceitos de prova no processo administrativo tributário, destacando a prova documental, pericial e a indiciária, para argüir que na memória de cálculo, fl.208, apresentada pelo autuante, foi ignorado injustificadamente os cancelamentos e descontos no total de R\$ 267.203,91.

Requeru perícia contábil com base nos seguintes quesitos: a) *"Qual o valor das saídas de mercadorias do estabelecimento da autuada, considerados os descontos e cancelamentos, ao longo do período fiscalizado? b) Há diferença entre os valores declarados/tributados e os valores registrados nos livros fiscais?"*

O autuante presta informação fiscal, fls.484 a 485, e rebateu os argumentos defensivos nos seguintes termos:

Preliminarmente, informou que tendo em vista que o contribuinte apresentou declaração escrita de que extraviou os Livros de Registro de Inventário dos exercícios de 2003, 2004 e 2005, ficou impossibilitado do desenvolvimento do roteiro de estoque, razão porque, aplicou roteiro de auditoria de ECF (AUDIF 209), que resultou na autuação.

Quanto a alegação defensiva de que no roteiro realizado não foram considerados os cupons fiscais relativos aos descontos e cancelamentos efetuados pelo contribuinte no período examinado, o autuante invocou e transcreveu o art. 210, § 3º do RICMS/BA , e informou que ante a impugnação apresentada pela empresa em epígrafe, foi concedido o prazo de 05 (cinco) dias para fosse apresentada a documentação comprobatória das suas alegações (comprovante em anexo fls.192), tendo em vista que as "Reduções Z" e os cupons de descontos e cancelamentos não foram apresentados pelo impugnante, conforme determina o dispositivo regulamentar citado.

Esclarece que do exame da documentação apresentada após a concessão do prazo citado, ficou evidenciado que o impugnante não apresentou todos os cupons e seus respectivos cancelamentos, na forma exigida pelo artigo 210 do RICMS/BA, sendo os documentos regularmente apresentados considerados os valores registrados na planilha que anexada, permitindo a redução do valor do auto de infração lavrado, para o total de R\$18.704,27 para R\$17.812,71, ocasionando, assim, uma diminuição no valor total da autuação, de R\$21.679,80 para R\$20.788,24 [21.679,80 (18.704,27 - 17.812,71 = 891,56)], conforme memória de cálculo anexada,

pugnando pela procedência parcial do auto de infração em questão.

Cientificado o sujeito passivo da informação prestada às fls. 484 a 485, conforme intimação e AR dos Correios, fls.490 a 491, este se manifesta às fls. 493 a 494, reiterou os termos de suas peças defensivas anteriores e acrescentou que os documentos que foram disponibilizados ao autuante são suficientes à instrução processual. Aduz que, visando a verdade material, juntou ao processo os Mapas Resumos ECF (diários), de todo o período fiscalizado, onde estão registrados todos os descontos e cancelamentos ocorridos no período tal qual como estão registrados nas fitas redução Z das máquinas ECF, pelo que requereu o exame de tais provas através de perícia para que sejam respondidos os quesitos enunciados na impugnação anterior.

O autuante à fl. 502, toma ciência da manifestação do autuado, e manteve a autuação em todos os termos das suas informações fiscais anteriores.

Conforme despacho à fl. 508, na Pauta Suplementar do dia 18/11/2009, foi proposta pelo Relator e acatada pelos membros desta Junta de Julgamento Fiscal, baixar o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fosse efetuada uma revisão fiscal nos seguintes termos:

1. Intimasse o autuado a apresentar os cupons fiscais (Redução Z) do período objeto do levantamento, e conferisse os Mapas Resumos do ECF acostados à peça defensiva às fls. 221 a 481, e respondesse os quesitos abaixo formulados pelo autuado:
 - a) *“Qual o valor das saídas de mercadorias do estabelecimento da autuada, considerados os descontos e cancelamentos, ao longo do período fiscalizado?*
 - b) *Há diferença entre os valores declarados/tributados e os valores registrados nos livros fiscais?*
2. Após o atendimento da providência anterior, procedesse as alterações cabíveis no levantamento fiscal, elaborando novos demonstrativos, com a indicação do novo valor do débito a ser considerado, se fosse o caso.

Cumprida a diligência, foi recomendado desse vistas ao autuado dos novos elementos acostados aos autos por ocasião da diligência fiscal, para sua manifestação, e, em seguida, que o processo fosse submetido a apreciação do autuante para nova informação fiscal.

Às fls.509, a ASTEC/CONSEF, informa que aquele setor encontrava-se com uma equipe extremamente reduzida em face do deslocamento de diversos diligentes para atuarem como julgadores suplentes das Juntas de Julgamento Fiscal; que o valor deste PAF é muito relevante; e é perfeitamente possível que a diligência solicitada seja efetivada por um fiscal estranho ao feito lotado na Inspetoria de origem, e sugeriu o encaminhamento, no que foi acolhida pela Presidente do CONSEF, do presente processo à repartição de origem para que o Inspetor Fazendário indicasse um auditor fiscal estranho ao feito para cumprir a diligência determinada pelo órgão julgador.

Conforme despacho à fl. 511 verso, o Inspetor Fazendário encaminhou o processo ao Auditor Fiscal José Roberto Oliveira Carvalho, o qual, após a expedição de diversas intimações, efetuou o trabalho solicitado pelo órgão julgador, tendo acostado aos autos através do Processo SIPRO nº 030408/2011-1, planilhas referentes ao levantamento dos valores das saídas constantes no livro Registro de Saídas, e levantamento dos descontos e cancelamentos apurados no mapa resumo, e resumo do Confronto entre o livro Registro de Saídas x Mapa Resumo, tudo conforme documentos às fls. 528 a 534.

Foi emitido o Parecer nº 006/211, fls. 135 e 136, sendo informado que:

O contribuinte foi intimado em 16/08/2010, fls.515 a 517, e 2^a Intimação em 14/09/2010, fls. 518 a 520, e em 3^a Intimação em 06/01/2011, fls.522 a 524, e como não foi atendido, foram intimados por A.R. a empresa e seus sócios, fls.525 a 527, não sendo entregue pelos Correios que devolveu a intimação, com a informação: MUDOU-SE em 03/02/2011, fl.525, e da sócia Junia Silveira Soares como: DESCONHECDO em 28/01/2011, fl. 526, e do sócio Hugo Amelotti recebida em seu endereço em 31/01/2011, fl. 527.

Informa que obteve no dia 14/09/2011 junto ao autuado, fl.521, os cupons fiscais e Reduções Z do período fiscalizado, não havendo nos mesmos os cupons fiscais de cancelamento, conforme determina o art. 210, § 3º do RICMS/BA.

"Art. 210. Quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.

§ 1º O motivo do cancelamento do documento fiscal será anotado, também, no livro fiscal próprio, na coluna "Observações".

§ 1º No caso de documento copiado, far-se-ão os assentamentos no livro copiado r, arquivando-se todas as vias do documento cancelado.

§ 3º No caso de cancelamento de Cupom Fiscal ou Comprovante Não Fiscal no próprio equipamento que o emitiu, conservar-se-ão todas as vias dos documentos fiscais, inclusive o emitido para cancelamento.

Informa ainda que no dia 08/02/2011 o advogado do autuado, constituído nos autos, peticionou a juntada de documentação, onde afirma que os Mapas Resumos ECF, fls. 3B a 13 da sua petição, que já havia anteriormente, fls. 221 a 481 do presente PAF, demonstrando desconhecer o que preceitua o art. 210, § 3º do RICMS/BA.

Esclarece que apesar de prejudicada a letra (a) da Diligência Fiscal, confrontou os valores do Mapa Resumo do ECF com o Livro Registro de Saídas, constante nas fls.42 a 114, e elaborou duas planilhas:

1ª - Levantamento dos valores de saídas pelo livro Registro de Saídas, fl. 528;

2ª - Levantamento dos Descontos e Cancelamentos pelo Mapa Resumo, fls. 529 a 533.

Conclui que efetuando o confronto, gerou urna diferença relativa a cancelamentos superiores aos registrados nos livros fiscais, fl. 534, conforme quadro abaixo:

| DESCRIÇÃO | R\$ |
|---|--------------|
| Valor Contábil Livro Registro de Saídas | 1.311.040,93 |
| Dedução das Saídas Isentas/NT/ST do Mapa | (575.213,17) |
| Valor Base de Cálculo | 735.827,76 |
| Valor Base de Cálculo do livro Registro de Saídas | |
| Diferença de Base de Cálculo a Recolher | 116.441,51 |
| Alíquota do ICMS | 17% |
| ICMS a Recolher | 19.795,06 |

Assevera que mesmo sem os cupons fiscais de cancelamentos, que são obrigatórios, as respostas das letras (a) e (b) da Diligência Fiscal, em relação a INFRAÇÃO 01 do presente PAF, o valor das saídas seria R\$1.311.040,93 (letra a) e a diferença entre os valores declarados/tributados e os valores registrados seria R\$ 116.441,51.

Conclui que apesar de o autuado não ter apresentado comprovação dos cupons fiscais cancelados, mas considerando os Livros Fiscais de Saídas e o Mapa Resumo do ECF, foi verificada diferença superior ao levantado pelo autuante, conforme novos demonstrativos anexos.

O diligente acostou aos autos através do Processo SIPRO nº 030408/2011-1, planilhas referentes ao levantamento dos valores das saídas constantes no livro Registro de Saídas, e levantamento dos descontos e cancelamentos apurados no mapa resumo, e resumo do Confronto entre o livro Registro de Saídas x Mapa Resumo, tudo conforme documentos às fls. 528 a 534.

Conforme informação à fl. 537, o diligente fiscal encaminhou à SAT/DAT METRO/CCRED/PAF, para que fosse dada vistas ao autuado, da diligência fiscal cumprida, entregando os novos

elementos acostados aos autos das fls. 528 a 536, para sua manifestação, e considerando que o mesmo não foi localizado por AR e os Correios informou que MUDOU-SE, sugeriu a intimação do seu advogado constituído nos autos, fls. 158 a 170, JORGE FREITAS ADVOCACIA EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIA - Rua Portugal, nº 57 - Edf. Status Conj. 710 - Comércio, Salvador - Bahia - CEP 40.015-000 e, em seguida, que o processo fosse submetido a apreciação do autuante para nova informação fiscal, se fosse o caso.

Através do Processo SIPRO nº 021233/2011-4, fls. 539 a 540, o patrono do autuado requer juntada aos autos dos documentos que correspondem aos Mapas Resumo ECF (extraídos dos equipamentos emissores dos cupons fiscais) do período compreendido entre abril/2006 a abril/2007, os quais, diz que como documentos contábeis que são, revelam, legitimamente, todos os descontos e cancelamentos registrados no referido período, tal como foram registrados também nas fitas de redução Z das máquinas ECF (doc. fl.569).

Salienta que a competente legislação que rege a matéria reconhece o caráter oficial dos Mapas Resumo ECF, eis que são os mesmos documentos contábeis, dotados, portanto, de fé pública, constituindo-se em verdadeiros espelhos das operações realizadas no estabelecimento, prestando-se, pois, a implementação da instrução processual, bem como aos fins colimados na perícia já autorizada.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.557 e 558, o advogado Jorge Freitas de Oliveira, foi cientificado da diligência fiscal, sendo-lhe entregue cópias das folhas 508 e 509, 528 a 534, 535 e 536, tendo o mesmo se manifestado às fls.560 a 567, nos seguintes termos.

Comenta sobre os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, à luz dos incisos LIV e LV, ambos do art. 5º da Constituição Federal e do papel hoje dou seja, da postura dos órgãos julgadores no âmbito administrativo.

Feitas essas considerações preliminares, no mérito, apreciando o Parecer nº 006/2011 exarado pelo diligente fiscal, aduz que o resultado apurado é confuso, lacunoso e inconclusivo, e revela as mesmas falhas grosseiras e injustificáveis, além de incorrer em grave equívoco de hermenêutica legislativa. Considerou a informação do diligente de que não conseguiu obter os documentos fiscais, leviana e deselegante ao afirmar que ele desconhece o preceito contido no art. 210, § 3º do RICMS/BA.

Transcreveu o artigo 210, § 3º, do RICMS/97, para demonstrar seu conhecimento sobre a questão relacionada com cancelamento de cupom fiscal.

Quanto ao resultado apurado na revisão fiscal, o patrono do autuado observa que inicialmente a exigência fiscal era no valor de R\$ 18.704,27, posteriormente reduzido pelo próprio autuante para R\$17.812,71, e por ocasião da diligência fiscal teve recomendado seu valor para R\$ 19.795,06, caracterizando, no entender do deficiente, ter-se verificado sucessivos equívocos, ou seja:

O art. 210 do RICMS/BA. – tanto no seu caput como no seu § 3º faz referência a cancelamento de cupom fiscal ou de documento fiscal, e no caso, diz que os cupons fiscais que os auditores alegam não terem sido apresentados pelo autuado, não o foram simplesmente porque eles jamais existiram (não por desconhecer o art. 210 do RICMS/BA). Sustenta que os cupons emitidos e cancelados foram prontamente apresentados. Nos outros casos, verificou-se o cancelamento da venda antes mesmo da emissão do cupom fiscal, e argumenta que se, por algum motivo, a venda não se concretizou, obviamente não houve a emissão do cupom/documento fiscal. E se não houve a emissão do cupom/documento fiscal não há que se falar em cancelamento de algo que não chegou a ser emitido. Desta forma, explica que nem tudo que é acumulado no TG corresponde a venda efetivamente realizada, pois algumas foram canceladas antes mesmo da emissão do correspondente cupom fiscal, outras após a emissão do mesmo.

Interpretando pelo método literal o citado dispositivo regulamentar, entende que quando o legislador diz 1º - “QUANDO o documento fiscal for CANCELADO...” e 2º - “NO CASO DE CANCELAMENTO de cupom fiscal...”, está a indicar, que nem sempre existe cupom ou

documento fiscal cancelado, embora tenha havido o cancelamento da venda (antes da emissão do cupom fiscal).

Salienta que o trabalho não resulta de uma presunção de omissão de saída de mercadorias, mas sim, que conforme demonstrado e comprovado nos Mapas Resumo ECF, já anexados aos autos, foi o cancelamento de vendas no valor de R\$ 252.796,40 (planilha fl.569), antes mesmo de serem emitidos os cupons fiscais, e que este foi o motivo pelo qual o valor registrado no TG - Totalizador Geral é, no presente caso, superior aos valores registrados no livro de Registro de Saídas de mercadorias, dando a impressão (presunção) de que houve omissão de saídas, quando, na verdade, houve o cancelamento de vendas cujos cupons fiscais ainda não haviam sido emitidos.

Transcreveu a jurisprudência do STJ - Superior Tribunal de Justiça, para argüir que já foi pacificado o entendimento de que os valores relativos a cancelamentos, bonificações e descontos não integram a base de cálculo do ICMS, como se pode verificar na dicção do Agravo Regimental interposto no Recurso Especial nº 651.418 – SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

Por fim, ratifica todos os termos e argumentos da sua peça defensiva inaugural, bem como os dos subseqüentes petitórios, especialmente o pedido para que o auto de infração seja julgado improcedente.

O autuante se manifesta à fl. 575, aduzindo que após o cumprimento da diligência solicitada pela 2ª JJF, o Auditor Fiscal estranho ao feito designado pelo Inspetor manifestou-se através do respeitoso e bem fundamentado Parecer Infaz Atacado nº 006/2011 (fls. 535 e 536), destacando que foi dada nova oportunidade ao autuado para manifestar-se, e o mesmo fez uma digressão sobre os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório etc, sinalizou sobre o erro de digitação de uma data, mas não trouxe elementos novos ao processo que possam elidir ou alterar a autuação.

Finaliza concordando com a conclusão da revisão fiscal e mantendo o auto de infração.

O processo foi baixado em diligência a ASTEC/CONSEF para revisão fiscal, para cumprimento das providências especificadas no despacho de fls.580 a 581, sendo informado que:

1) No dia 09/12/2011, o autuado foi intimado (fls.585/588) a apresentar:

a) Demonstrativos ou planilhas indicando os totais diários das leituras "z" e respectivos valores, referentes às saídas de mercadorias no período de 23/02/2006 a abril de 2007.

b) Demonstrativos ou planilhas indicando os números e valores dos cupons fiscais cancelados, no período de 23/02/2006 a abril de 2007.

c) Leituras "z" e cupons fiscais originais demonstradas nos itens 2 e 3.

d) Livros Fiscais e documentos fiscais (DMA/DME) (originais e cópias) que comprovem o valor das saídas de mercadorias do estabelecimento, indicando os descontos e cancelamentos, no período de 23/02/2006 a abril de 2007.

2) E após os ajustes realizados na Base de Cálculo, correspondentes aos itens 1º e 2º acima solicitados, foram apurados os seguintes valores de base de Cálculo e ICMS:

INFRAÇÃO 01

| Totalizador Geral PAF fl. 17 | Saídas ECF PAF fl. 18 | Diferença PAF fl.18 | Cancelamentos PAF fl.200 | Diferença (ajuste) | Redução Base de Cálculo | ICMS |
|---------------------------------|--------------------------|------------------------|-----------------------------|-----------------------|----------------------------|-----------|
| 1.354.944,76 | 1.087.740,84 | 267.203,92 | 12.736,61 | 254.467,31 | 104.780,67 | 17.812,71 |

3) Não foi possível atender ao item 3 solicitado por esta JJF, considerando que o autuado não atendeu a Intimação Fiscal (fls.585/588), feita através do e-mail hugo.amelotti@uol.com.br , do sócio gerente (fl. 5), como se constata nos cadastros da empresa e nas assinaturas que constam nos autos, e tendo em vista que o autuado não foi localizado, apesar das inúmeras tentativas,

uma vez que os telefones, inclusive celular, e demais contatos que constam nos autos não mais pertencem ao contribuinte e no endereço cadastral consta outra empresa (Casa do Cartucho).

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 591 a 592, o advogado do sujeito passivo (Jorge Freitas Advocacia Empresarial e Tributária) foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 583 a 584, sendo-lhe entregues cópias, porém, no prazo estipulado não se manifestou.

À fl. 594 o autuante declara-se ciente do resultado da diligência fiscal.

VOTO

Inicialmente, verifico que não existe lide quanto aos itens 02 e 03, referente a extravio do livro Registro de Inventário, e falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Desta forma, subsiste integralmente a multa no valor de R\$2.760,00 (item 02) e o imposto no R\$215,53 (item 03), respectivamente.

Quanto ao item 01, o fulcro da autuação é de que o autuado deixou de recolher o ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, decorrente da diferença constatada entre o Totalizador Geral (GT) do ECF para os valores escriturados no Registro de Saídas.

Preliminarmente, ao examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que, em relação a este item, a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado, sendo entregues ao autuado cópias dos demonstrativos fiscais, conforme intimação fls. 212.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, nem violação ao princípio da tipicidade cerrada, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito; e falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade que direta ou indiretamente foram suscitadas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

O patrono do autuado em sua peça defensiva alegou que não foram considerados no levantamento fiscal os cancelamentos e descontos concedidos, conforme Mapas Resumo do ECF juntados à peça defensiva às fls. 171 a 183.

O autuante, por seu turno, na informação fiscal, comprovou ter intimado (fl. 192) o autuado para apresentar as fitas de Redução Z do ECF, e os cupons fiscais comprobatórios dos descontos e cancelamentos efetuados nos mapas resumos apresentados na defesa, na forma prevista no artigo 210, parágrafo 3º do RICMS/97. Justificou que somente acolheu os valores que foram comprovados através dos respectivos cupons fiscais, e refez o levantamento fiscal, conforme documentos às fls. 195 a 204, resultando na diminuição do débito para a cifra de R\$ 17.812,71 (fl. 200).

Considerando a manifestação do autuado sobre a informação fiscal, na qual, foram apresentados os mapas resumos diários do período fiscalizado (fls. 221 a 482), na busca da verdade material, o órgão julgador em seu despacho de fls. 508, baixou o processo em diligência para que o autuado apresentasse os cupons fiscais dos cancelamentos, e o diligente procedesse as alterações cabíveis no levantamento fiscal.

A diligência foi realizada por fiscal estranho ao feito lotado na repartição fiscal de origem, conforme Parecer Infaz Atacado nº 006/2011, fls. 535 a 536. Analisando dito trabalho revisional, verifico que o diligente não atendeu ao solicitado pelo órgão julgador, pois ao invés de partir da diferença entre o totalizar geral do ECF e os valores do ECF escriturados no Registro de Saídas, e deduzir os cancelamentos efetivamente comprovados, elaborou o demonstrativo à fl. 134, efetuando cálculo completamente diferente do que foi realizado inicialmente pelo autuante e que serviu de base para a apuração do débito lançado no auto de infração.

Diante desses equívocos, o processo foi encaminhado para a ASTEC/CONSEF, fls. 580 a 581, para que fosse efetuada nova revisão fiscal do lançamento nos seguintes termos:

1. Seguindo a mesma metodologia adotada pelo autuante, ou seja, partindo do valor do Totalizador Geral (TG) = R\$1.354.944,76, fl.17, deduzir as saídas através do ECF escrituradas no Registro de Saídas = R\$1.087.740,84, conforme demonstrativo à fl.18 (sem os valores das notas fiscais), e do resultado apurado, deduzir os valores correspondentes aos cancelamentos constantes dos Mapas Resumo do ECF já comprovados e confirmados pelo autuante no valor de R\$12.736,61, fl.200, e os que efetivamente forem comprovados através dos respectivos cupons fiscais por ocasião da presente diligência.
2. Se após a providência anterior resultar diferença a recolher, calcular o débito concedendo o benefício da redução da base de cálculo (art. 87, V, do RICMS) por se tratar de equipamentos de informática, de modo que resulte na carga tributária equivalente à alíquota de 7%, conforme a autuante aplicou originalmente no levantamento fiscal à fl. 18.
3. Cumpridas as etapas anteriores, responder os quesitos abaixo, devendo ser observado que tais questões dizem respeito exclusivamente às operações do ECF:
 - a) *Qual o valor das saídas de mercadorias do estabelecimento da autuada, considerados os descontos e cancelamentos, ao longo do período fiscalizado?*
 - b) *Há diferença entre os valores declarados/tributados e os valores registrados nos livros fiscais?*

Passo agora a proferir meu voto a partir do resultado da revisão fiscal, Parecer ASTEC/CONSEF nº 177/2011, fls.583 a 584, pois o patrono do autuado foi cientificado do mesmo, conforme intimação e AR dos Correios às fls.591 e 592, e não se manifestou, caracterizando seu silêncio como uma aceitação tácita do resultado da diligência fiscal.

Assim, considerando que a diligente fiscal após intimar o autuado a apresentar os demonstrativos e documentos necessários para a revisão fiscal, efetuou os ajustes na Base de Cálculo, correspondentes aos itens 1 e 2 acima especificados, tendo apurado o débito de R\$ 17.812,71, acolho este resultado, porém verifico que foi aplicada indevidamente a alíquota de 17%, sem considerar a redução da base de cálculo prevista no art.87, V, do RICMS, como foi aplicada no cálculo inicial do débito.

Quanto aos quesitos formulados na defesa, estes ficam prejudicados, pois, conforme informado pela diligente fiscal, não foi possível atender ao item 3 solicitado por esta JJF, considerando que o autuado não atendeu a Intimação Fiscal (fls.585/588), feita através do e-mail hugo.amelotti@uol.com.br, do sócio gerente (fl. 5), como se constata nos cadastros da empresa e nas assinaturas que constam nos autos, e tendo em vista que o autuado não foi localizado, apesar das inúmeras tentativas, uma vez que os telefones inclusive celular e demais contatos que constam nos autos não mais pertencem ao contribuinte e no endereço cadastral consta outra empresa (Casa do Cartucho).

Desta forma, subsiste em parte o item em comento, no valor de R\$17.812,71, calculado à alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida de R\$107.780,67, apurado na revisão fiscal, conforme demonstrativo à fl. 584.

Quanto à argüição de constitucionalidade das multas aplicadas por considerar que elas são confiscatórias, e fere o princípio da capacidade contributiva da empresa, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade, estando as multas aplicadas previstas no art. 42, I, “a”, II, “d”, III, XI, XVIII, “c”, XIX, e XX, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no total de R\$20.788,24, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

| Data Ocor. | Data Vencto. | B. de Cálculo | Aliq. (%) | Multa (%) | Vr.do Débito | INF. |
|------------|--------------|---------------|-----------|-----------|--------------|------|
| 3/4/2007 | 9/5/2007 | 104.780,67 | 17 | 70 | 17.812,71 | 1 |
| 31/3/2008 | 31/3/2008 | - | 17 | 2.760,00 | 2.760,00 | 2 |
| 30/6/2006 | 9/7/2006 | 725,12 | 17 | 60 | 123,27 | 3 |
| 31/7/2007 | 9/8/2006 | 542,71 | 17 | 60 | 92,26 | 3 |
| TOTAL | | | | | 20.788,24 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299130.0009/08-0, lavrado contra **SCORPIONS COMÉRCIO DE REPRESENTAÇÕES LTDA. (UNIVERSO DIGITAL)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.028,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$215,53 e de 70% sobre R\$17.812,71, previstas no artigo 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor e **R\$2.760,00**, prevista no inciso XIV do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR