

A. I. Nº - 298943.0002/03-3
AUTUADO - MAXITEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARCILIO JOSÉ AMORIM DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ BONOCÔ
INTERNET - 14/02/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0027-03/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Em diligência fiscal foi refeito o levantamento, com redução do imposto devido. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Penalidade mantida, tendo em vista que as notas fiscais que originaram a aplicação da multa foram excluídas da auditoria de estoques, por acobertarem mercadorias que foram efetivamente entregues em outros estabelecimentos do autuado, o que beneficiou o contribuinte, na medida em que se reduziu a diferença de omissão de saídas apurada. Ademais, a multa relativa ao levantamento quantitativo de estoques de 70% se refere a operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente pelo sujeito passivo sem a emissão de notas fiscais, nada tendo a ver com a penalidade aplicada nesta infração, que se relaciona à falta de registro de notas fiscais de entradas de produtos. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 31/03/03, para exigir o ICMS no valor de R\$258.862,23, acrescido da multa de 70%, além da multa de R\$109.948,25, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (1998) - R\$ 258.862,23;

2. Falta de registro, na escrita fiscal, de entradas, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação (março e abril de 1998) - multa de R\$ 109.948,25.

O sujeito passivo apresentou defesa, por meio de advogado (fls. 148 a 164), alegando, no tocante à infração 2, que os fornecedores das mercadorias consignaram o nome de seu estabelecimento, nos documentos fiscais que serviram de base a autuação, apenas para fins de cobrança, porém, com o endereço de entrega de outras filiais, todas localizadas neste Estado, nas quais as mercadorias de fato ingressaram e onde foram escrituradas as referidas notas fiscais. Informou que as notas fiscais foram escrituradas nos livros nos seguintes estabelecimentos: nº 95312 (filial Comércio); nº 95311 (filial Pituba); nº 3348 (filial Feira de Santana); nº 3347 (filial Pituba); nº 3346 (filial Comércio); e nº 3344 (filial Comércio).

Aduz que, “embora conste nos referidos documentos fiscais, o endereço da matriz (sede regional na Bahia), não poderia a fiscalização modificar a realidade da operação de compra destinadas as filiais, e, então, responsabilizar o estabelecimento autuado (matriz) pelo descuido do fornecedor remetente da mercadoria, em mencionar o endereço de cobrança da matriz como se fosse o destino comercial” e que “deve-se atentar para o fato de que a simples menção do endereço do estabelecimento matriz nas notas fiscais não tem o condão de transmudar a real e efetiva destinação das mercadorias para as filiais, pois desse irrelevante detalhe na emissão das notas fiscais não decorreu nenhum benefício para a autuada, não podendo a mesma ser punida com a aplicação da multa como pretende a Fiscalização”.

Argumenta que deve prevalecer o princípio da verdade material em detrimento da verdade formal, uma vez que os registros das notas fiscais nos livros fiscais e contábeis das filiais “refletem a real circulação das mercadorias e deste fato decorre a inexistência de prejuízo para a Fazenda Estadual, vez que não implicou em falta de recolhimento do ICMS já que, em sendo as mercadorias registradas nos livros próprios, ocorreu o adimplemento da obrigação principal quando da saída das mercadorias destas filiais”.

Para comprovar a sua alegação, diz que está acostando fotocópias das notas fiscais, do livro Registro de Entradas das filiais e do livro Razão Acumulado (fls. 168 a 185).

Salienta que, caso não seja considerada a efetiva destinação das mercadorias e o registro das notas fiscais no livro Registro de Entrada das filiais, a multa indicada de 10%, nos termos do § 5º do artigo 915 do RICMS/97, fica absorvida pela multa de 70% referente ao descumprimento da obrigação principal pela diferença de omissão de saídas apontada na infração 1, tendo em vista que os documentos fiscais em questão foram incluídos no levantamento quantitativo das entradas.

Argumenta, ainda, que a multa aplicada na infração 2 não pode prevalecer, por entender estarem presentes, no caso em tela, os requisitos estabelecidos pelo § 6º do artigo 915 do RICMS/97 para o seu cancelamento, frisando que não incorreu em dolo, fraude ou simulação, e que o suposto descumprimento da obrigação acessória não implicou a falta de pagamento do imposto.

Quanto à infração 1, alega que a omissão de saídas não ocorreu no montante indicado, pois foram incluídas indevidamente, no levantamento das entradas, as Notas Fiscais nºs 95312, 95311, 3344, 3346, 3347 e 3348, as quais, embora conste como destinatário, foram registradas em outros estabelecimentos filiais porque as mercadorias foram lá entregues, conforme relatado na impugnação da infração 2 acima.

Aduz, ainda, que outra parte da diferença apurada pelo autuante é decorrente da elaboração de *kits* “Maxi 10”. Esclarece que, para a montagem de tais *kits*, ordenava a seus fornecedores que entregassem os celulares adquiridos, diretamente à empresa *Brightpoint* do Brasil Ltda. (situada

no Estado de São Paulo), que os montava em uma caixa de papelão, juntamente com o manual de instrução e o cartão “Alô Card”, e os enviava para seu estabelecimento. Dessa forma, conclui que a *Brightpoint* do Brasil Ltda. apenas utilizava insumos de sua propriedade, os quais eram entregues diretamente pelos fornecedores em seu nome e a operação era viabilizada da seguinte forma:

1. o fornecedor emitia uma nota fiscal de remessa simbólica dos celulares para seu estabelecimento;
2. seu estabelecimento emitia uma nota fiscal de remessa simbólica para a *Brightpoint* do Brasil Ltda.;
3. posteriormente a *Brightpoint* do Brasil Ltda. enviava os kits “Maxi 10”, por meio de outro documento fiscal.

Na situação em tela, explica que a empresa Ericsson Telecomunicações S/A enviou simbolicamente para seu estabelecimento, através das Notas Fiscais nºs 132485 e 132581 (fls. 186 e 187), 17.000 celulares, os quais foram entregues à *Brightpoint* do Brasil Ltda., por conta e ordem, para que fosse feita a montagem dos kits. Em razão disso, diz que emitiu as Notas Fiscais de Remessa nºs 19 e 318 para a mencionada *Brightpoint*, tendo sido considerado pelo autuante apenas a Nota Fiscal nº 19 (12.000 aparelhos), sem levar em conta a Nota Fiscal nº 00318, correspondente a 5.012 aparelhos de celular.

Finaliza dizendo que, retificados os equívocos, chegou à conclusão de que houve omissão de entradas de apenas 57 aparelhos celulares, com base de cálculo de R\$38.303,25 e ICMS de R\$6.511,57.

Requer a realização de diligência, para atestar que os documentos fiscais foram registrados nas filiais recebedoras das mercadorias, bem como para proceder à revisão fiscal da presente Auditoria de Estoque.

Por fim, pede a improcedência da infração 2 e a redução do débito da infração 1 para a importância de R\$ 6.511,57, protestando por todos os meios de prova em direito admitidos.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 194 a 197), inicialmente esclarece que o estabelecimento autuado e suas filiais foram constituídos para a comercialização, no atacado, de celulares e acessórios, além de outros produtos relacionados à telefonia celular da Banda B, e que atualmente estes estabelecimentos não estão mais funcionando, face à adequação dos negócios da empresa concessionária que hoje realiza tanto a prestação de serviço de telecomunicação quanto a revenda dos produtos.

Sobre o produto *KIT Celular Max 10*, o autuante justificou a sua inclusão no levantamento de que cuida a infração 1, dizendo que se trata de um conjunto composto de um aparelho celular, acessórios e cartão de telefonia, cuja montagem foi realizada por empresas especializadas, localizadas em outras unidades da Federação, sendo considerado no levantamento de estoques como um produto novo, cujas entradas foram os retornos das montagens e as saídas, a remessa para a manufatura ou a embalagem.

Feitas estas considerações, o preposto fiscal reconhece que, apesar de os documentos fiscais terem sido endereçados ao estabelecimento autuado, foram regularmente escriturados nos estabelecimentos filiais, “não sendo, portanto, justo a exigência de tal tributo no montante apurado inicialmente”. Dessa maneira, concorda com a comprovação feita pelo autuado apenas das Notas Fiscais nºs 95311, 95312, 3347 e 3348, por terem sido lançados nos livros Registro de Entradas dos estabelecimentos filiais.

Quanto à Nota Fiscal de saída nº 00318, referente a 5.012 aparelhos celular Ericsson Telecomunicações S/A, diz que a alegação defensiva não procede, uma vez que, além de o documento fiscal não ter sido acostado pelo sujeito passivo, foi presumidamente emitido no período seguinte ao do levantamento, tendo em vista que o último lançamento no livro Registro de Saídas de 1998 foi a Nota Fiscal nº 00300, conforme os documentos de fls. 126 a 141 dos autos.

Efetuou as modificações no levantamento quantitativo de estoques, conforme documentos anexados às fls. 197 a 205, resultando na diminuição do débito para o valor de R\$ 218.332,75, calculado sobre a omissão de saídas no montante de R\$ 1.284.310,33.

Quanto a infração 2, rebate a alegação defensiva dizendo que as mercadorias destinadas a um determinado estabelecimento não devem ser escrituradas em outro estabelecimento, ainda que pertencente ao mesmo titular, e que, nos termos do artigo 201, § 6º do RICMS/97, não é permitida a alteração do destinatário por documento de correção. Quanto às Notas Fiscais nºs 3344 e 3346, reconheceu ser descabida a sua inclusão no cálculo da exigência fiscal, pois as mesmas foram consideradas no levantamento quantitativo de estoques, e baseado no artigo 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, diz que a multa a elas inerentes deve ser absorvida pela multa pelo descumprimento da obrigação principal. Refaz o demonstrativo do débito, resultando na multa no valor de R\$43.175,44, correspondente às notas fiscais nºs 95312, 95311, 3348 e 3347.

Intimado pela repartição fazendária, conforme documentos às fls. 208 e 209, o autuado apresentou nova manifestação (fls. 212 a 221) aduzindo que o autuante, apesar de reconhecer a necessidade de exclusão de determinadas notas fiscais, incorreu em erro ao calcular o valor da exigência fiscal da infração 1. Argumenta que, se excluídas da base de cálculo original da autuação (R\$1.522.718,99) o valor das Notas Fiscais nºs 95311, 95312, 3347 e 3348 (R\$431.754,36), a base de cálculo e o imposto deveriam ser alterados para R\$1.090.964,63 e R\$185.463,99, respectivamente, e não o valor indicado pelo autuante em sua informação fiscal (R\$218.332,75). Assevera que o próprio autuante já reconheceu que as Notas Fiscais nºs 95311, 95312, 3347 e 3348 foram escrituradas nos estabelecimentos para onde as mercadorias foram remetidas.

Em relação às Notas Fiscais nºs 3344 e 3346, afirma que a situação é idêntica à dos demais documentos fiscais mencionados e pede a sua exclusão da autuação, tendo acostado aos autos cópias das mesmas e do livro Registro de Entradas do estabelecimento onde foram escriturados tais documentos fiscais (fls. 223 a 228).

Relativamente à Nota Fiscal nº 318, o autuado discorda do argumento de que a mesma foi emitida em período seguinte ao levantamento, dizendo que o referido documento acobertou operação de remessa simbólica de aparelhos celulares para a montagem de kits, haja vista que os celulares eram entregues diretamente pelo fabricante à empresa responsável pela montagem dos kits sem passar pelo seu estabelecimento, e “que seria impossível a remessa para industrialização de 5.012 aparelhos em 05 de janeiro de 1999 se antes da mencionada saída não aconteceram correspondentes entradas desses aparelhos celulares no estabelecimento da autuada em 1999”, e no livro Registro de Inventário de 1998 tais aparelhos também não existiam em estoque.

Ressalta que é descabida a autuação, pois o lançamento extemporâneo de nota fiscal de remessa simbólica não é fato gerador de imposto, não sendo lícito ao autuante desconsiderar a materialidade dos fatos.

Apresenta um fluxograma para explicar as operações realizadas com as empresas Ericsson Telecomunicações S/A e *Brightpoint* do Brasil Ltda. da seguinte forma:

1. adquiria celulares da empresa Ericsson Telecomunicações S/A;

2. a Ericsson emitia uma nota fiscal de remessa simbólica para seu estabelecimento e enviava as mercadorias para a *Brightpoint* do Brasil Ltda., por sua conta e ordem;
3. seu estabelecimento emitia uma nota fiscal de remessa para industrialização para a empresa *Brightpoint* do Brasil Ltda;
4. a *Brightpoint* do Brasil Ltda. manufaturava os *Kits Maxi 10* e os enviava ao seu estabelecimento através de uma nota fiscal de retorno de remessa para industrialização;
5. os estabelecimentos filiais que efetivamente adquiriam as mercadorias escrituravam as notas fiscais de entrada dos *Kits Maxi 10*.

Na situação em análise esclarece que a Ericsson Telecomunicações S/A enviou simbolicamente para a Maxitel Telecomunicações Ltda., por meio das Notas Fiscais nºs 132485 e 132581, 17.000 celulares, os quais foram entregues na empresa *Brightpoint* do Brasil Ltda., por conta e ordem da Maxitel (o autuado), para que fosse efetuada a montagem dos kits.

Para acobertar tais operações, diz que emitiu as Notas Fiscais de remessa simbólica nºs 19 e 318 para a *Brightpoint*, porém o autuante somente considerou a Nota Fiscal nº 19, deixando de incluir o outro documento fiscal. Conclui que, se houve irregularidade, esta é de caráter acessório, pois se resume à mera emissão e o lançamento extemporâneo do referido documento.

No que concerne à infração 2, salienta que, conforme restou comprovado, as compras das mercadorias foram efetuadas de fato pelas filiais que escrituraram as respectivas Notas Fiscais nºs 95311, 95312, 3347, 3348, 3344 e 3346, na condição de reais destinatárias dos produtos adquiridos.

Observa que os lançamentos efetivados nos livros Registros de Entradas das filiais refletem a real circulação das mercadorias, não tendo ocorrido a entrada, sequer simbólica, das mencionadas mercadorias e “a simples menção do endereço do estabelecimento matriz nas notas fiscais não teria o condão de transmudar a real e efetiva destinação das mercadorias para as filiais” já que não houve benefício para si ou prejuízo para o Estado.

Finalmente, argumenta que, restando comprovado que não houve a “entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita (sic) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal” (fato descrito na autuação), é improcedente a multa formal imposta na infração 2.

Reitera os termos de sua peça defensiva, pede a decretação da insubsistência da infração 2 e ratifica o seu pedido de redução da exigência fiscal, indicada na infração 1, para o valor de R\$6.511,57.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos e ressalta que o “pagamento parcial deste não pode ser entendido como anuência ou concordância com esta autuação, vez que foi compelida a tal conduta por razões que refogem ao âmbito dessa manifestação”.

O autuante, diante da impugnação apresentada pelo sujeito passivo, se pronunciou aduzindo que não é mais necessário prestar quaisquer informações adicionais por entender que o processo encontra-se instruído com demonstrativos e documentos de fácil compreensão, e já foi garantido ao sujeito passivo o exercício pleno do direito de defesa. Requer que o “PAF seja julgado nos termos da solicitação efetuada na Informação Fiscal Inicial”.

A 2^a Junta de Julgamento Fiscal prolatou o Acórdão JJF nº 0374-02/03 (fls. 236 a 241) decidindo pela procedência parcial do Auto de Infração, para manter o débito exigido na infração 1 e excluir o valor indicado na infração 2, pelo fato de a multa formal estar absorvida pela penalidade referente ao descumprimento da obrigação principal (infração 1).

O contribuinte foi intimado do Acórdão acima aludido (fls. 243 e 245) e interpôs Recurso Voluntário para a segunda instância deste CONSEF (fls. 247 a 267), suscitando a nulidade da decisão recorrida “por omissão de pronunciamento no tocante ao pedido de diligência comprobatória da inexistência de prejuízo para a Fazenda Estadual, pelo fato do registro das NFs nº 95312, 95311, 3344, 3346, 3347 e 3348 nos efetivos estabelecimentos recebedores das mercadorias delas constantes, sem transitar pelo estabelecimento autuado”.

No mérito do *decisum* argumenta que houve contradição entre a parte dispositiva (motivação) e a própria decisão e que o julgador *a quo* aumentou indevidamente a base de cálculo da infração 1 apurada pelo autuante em sua informação fiscal, uma vez que este último é a “autoridade competente para constituir o crédito tributário” e, “após a revisão do lançamento pela autoridade autuante, a autuação na sua forma originária deixa de existir juridicamente, não estando mais apta a gerar efeitos, na medida em que o próprio sujeito emissor daquela situação individual e concreta reconheceu haver vício na sua emissão”.

Finalmente, apresenta os mesmos argumentos já expendidos em suas manifestações anteriores, acrescentando, apenas, que a decisão da 2ª JJF, em relação à infração 2, embora inatacável pela declaração de improcedência, merece reforma quanto à sua fundamentação, “pois está sobejamente demonstrado ao longo deste recurso a efetiva entrega e a correta escrituração das mercadorias constantes das notas fiscais elencadas aos estabelecimentos filiais”.

A PGE/PROFIS (fl. 271), após ressaltar que “com efeito, a decisão exarada pela dourta JJF não emite qualquer juízo de valor quanto o (sic) pedido de diligência requerido pelo contribuinte” e “tratando-se de matéria eminentemente fática e levando em consideração as dúvidas suscitadas pelo recorrente desde a sua defesa inicial, bem como as provas documentais acostadas ao PAF, sugiro o encaminhamento do Processo Administrativo Fiscal, para que fiscal estranho ao feito verifique a ocorrência de equívocos no levantamento quantitativo de estoque elaborado pelo autuante”.

O autuante foi cientificado do Acórdão JJF nº 0374-02-03 à fl. 274 dos autos.

O opinativo da PGE/PROFIS para realização de diligência foi indeferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal e aquele órgão jurídico emitiu Parecer (fl. 278) pelo provimento do Recurso Voluntário para a decretação de nulidade da decisão da primeira instância, considerando ter havido cerceamento do direito de defesa do contribuinte, ao ter sido realizado o julgamento sem a emissão de nenhum juízo de valor acerca do pedido de diligência efetuado pelo autuado.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal exarou o Acórdão CJF nº 0002-11/04 (fls. 282 a 287), considerando prejudicado o Recurso de Ofício interposto e provendo o Recurso Voluntário para julgar nula a decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à primeira instância “para apreciar o pedido de diligência e proferir nova Decisão”.

O sujeito passivo foi intimado do Acórdão CJF nº 0002-01/04, conforme os documentos de fls. 290 e 291.

Este PAF foi remetido à 3ª JJF que deliberou convertê-lo em diligência à ASTEC (fls. 298 a 300) para que fiscal estranho ao feito prestasse algumas informações e refizesse o levantamento de estoques.

O diligente exarou o Parecer ASTEC nº 216/2004 (fls. 305 a 309) apresentando as seguintes conclusões:

Solicitação: verifique se as mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 95312, 95311, 3348, 3347, 3346 e 3344 realmente adentraram nos estabelecimentos das filiais e se os documentos fiscais

foram escriturados nos livros fiscais e contábeis de cada destinatário, conforme alegado pelo autuado. Em caso positivo, refaça o levantamento quantitativo de estoques excluindo os referidos documentos do demonstrativo de entradas do trabalho fiscal.

Resposta: as notas fiscais acima mencionadas estão escrituradas nos livros Registro de Entradas das filiais nºs 48.083.827, 48.055.657 e 48.041.751. Excluindo-as do levantamento de estoques, diz que as entradas do produto “Celular Motorola Novo – Todos os Modelos” passam de 1.500 unidades para 376 unidades.

Solicitação: informe como eram realizadas as operações de fabricação dos *Kits Maxi 10* pela empresa *Brightpoint* do Brasil Ltda., bem como quais os documentos emitidos, anexando-os ao PAF a título de exemplo.

Resposta: o diligente descreve a sistemática adotada na montagem dos *Kits Maxi 10* da seguinte forma:

1. o autuado fez compras de 36.460 telefones celulares à empresa Ericsson que, primeiramente, emitiu as notas fiscais de fatura contra o adquirente (o autuado);
2. em seguida a Ericsson emitiu notas fiscais de simples remessa para o adquirente, com destaque do ICMS, fazendo constar a observação de que as mercadorias seriam enviadas para a Brightpoint, empresa montadora dos Kits, por conta e ordem do autuado;
3. observa que devem existir notas fiscais do fabricante para a Brightpoint, com suspensão do imposto, para dar trânsito às mercadorias, porém não lhe foram entregues sob o argumento de que se trata de operações entre terceiros;
4. destaca, ainda, que, conforme o Anexo I, as Notas Fiscais nºs 124917 e 132485 possuem como destinatário outras filiais, mas foram registradas nos livros fiscais do autuado;
5. o sujeito passivo emitia notas fiscais simbólicas de remessa para montagem para a Brightpoint, com o destaque do ICMS, procedimento que está em desconformidade com a legislação, uma vez que tal operação deve se processar com suspensão tributária;
6. salienta que a Nota Fiscal nº 19, de remessa simbólica para montagem de 12.000 telefones foi emitida em 12/11/98, quando o autuado não possuía estoque da mercadoria, já que apenas em 01/12/98 o fabricante emitiu as Notas Fiscais nºs 132485 e 132581, disponibilizando para a empresa montadora 17.000 telefones por conta e ordem do adquirente;
7. ressalta que a Nota Fiscal nº 00197, emitida em 09/12/98 pelo autuado para transferir 13.460 telefones para uma filial em Minas Gerais, faz referência à Nota Fiscal nº 137174 da empresa Ericsson, documento este que somente foi emitido no dia seguinte e processado pelo sujeito passivo oito dias depois, em 18/12/98;
8. a Brightpoint, após realizar a montagem dos telefones em Kits, emitia nota fiscal destacando o imposto dando trânsito às mercadorias até o estabelecimento autuado, mas que tal procedimento estava em desacordo com a legislação, que prevê a suspensão do imposto e destaque do ICMS apenas em relação ao valores agregados nas operações;

Salienta que, segundo informações obtidas junto a prepostos do autuado, os 36.460 telefones foram enviados à Brightpoint para a montagem dos *Kits Maxi 10*, porém diz que comprovou a saída de apenas 17.002 Kits.

Afirma que observou também que a Nota Fiscal nº 000197 trata de transferência de 13.460 telefones do autuado para a filial de Belo Horizonte, fazendo referência a “material entregue por conta/ordem pela nossa NF 198 de 09/12/98, na BRIGHTPOINT” e que solicitou cópia da nota fiscal

emitida pela Brightpoint para dar trânsito à mercadoria, da filial de Belo Horizonte, mas não lhe foi fornecida.

Aduz que a Nota Fiscal nº 00001 indica uma transferência física de 6.000 telefones do sujeito passivo para a sua filial com inscrição estadual nº 48.083.827. Como todos os 36.460 telefones saíram do fabricante para a Brightpoint, conforme as notas fiscais de compra acostadas ao PAF, afirma que solicitou a apresentação de documento fiscal que respaldasse o estoque para a transferência mencionada, porém, mais uma vez, não foi atendido.

Solicitação: refaça o trabalho fiscal levando em consideração apenas as notas fiscais que implicaram a entrada ou a saída efetiva de mercadorias do estabelecimento do autuado.

Resposta: tendo em vista que parte da mercadoria não transitou fisicamente pelo estabelecimento do autuado, em razão de um terceiro contribuinte participar da operação e também pela necessidade de “fechar o ciclo das duas mercadorias (telefones que após montagem se transformaram em Kits) nesse levantamento quantitativo se faz necessário considerar as notas de remessa simbólica”.

Solicitação: informe a Nota Fiscal nº 00318 se refere a remessa simbólica ou saída física e a inclua no levantamento fiscal apenas se houve a movimentação física dos produtos.

Resposta: a Nota Fiscal nº 00318, emitida em 05/01/99 refere-se a remessa simbólica de 6.000 telefones da Maxitel para a Brightpoint (fl. 228) e, para esse tipo de operação, a legislação prevê suspensão tributária, mas foi destacado o ICMS.

Finalmente, apresentou três demonstrativos: a) o Anexo II, para o caso de serem considerados os destinatários constantes nas notas fiscais de entradas nºs 95312, 95311, 3348, 3347, 3346 e 3344 (objeto da infração 2); b) o Anexo III, na hipótese de serem excluídas, do levantamento de estoques, as Notas Fiscais acima aludidas e de ser incluída a Nota Fiscal nº 318; c) o Anexo III, caso não seja incluída a Nota Fiscal nº 318 no levantamento de estoques.

O contribuinte foi intimado do resultado da diligência (fls. 331 e 332) e se pronunciou às fls. 335 a 345 inicialmente discorrendo sobre a função da diligência fiscal e argumentando que o diligente da ASTEC extrapolou os limites de sua competência, “abordando questões que não foram objeto de questionamento pela 3ª JJF”, “suscitando questões, que se acatadas implicariam em mudança do fulcro da autuação, chegando a ponto de alterar a base imponível através da modificação do preço unitário de mercadoria em sua reconstituição do levantamento de estoques”.

Em relação às respostas fornecidas às indagações nºs 1 e 2 do pedido de diligência, ressalta que o estranho ao feito elaborou os Anexos II, III e IV, porém requer que não seja acatado o Anexo II, considerando que o diligente: a) o diligente reincluiu no levantamento de estoques as Notas Fiscais nºs 95312, 95311, 3348, 3347, 3346 e 3344, que foram registradas em outros estabelecimentos da empresa, contrariando, inclusive, a determinação deste órgão julgador; b) excluiu do quantitativo de entradas as Notas Fiscais nºs 124917 e 132485, referentes a celulares Ericsson, que teriam como destinatários outros estabelecimentos, mas foram efetivamente registradas em seus livros fiscais, pois entende que deve prevalecer o “mesmo critério de reconhecimento da realidade do lançamento na escrita fiscal da entrada da mercadoria no estabelecimento autuado, como base do levantamento quantitativo”.

Quanto às respostas oferecidas às indagações nºs 3 e 4 do pedido de diligência, salienta que:

1. o diligente reconheceu que “os aparelhos adquiridos na Ericsson jamais transitaram pelo Estabelecimento Autuado e saíam direto do fabricante para o estabelecimento montador”;

2. a “operação de fabricação de KITS MAXI 10 informada pelo diligente é idêntica a operação esclarecida pelo Autuado em sua impugnação”;
3. o estranho ao feito apresentou inúmeras observações que fogem completamente ao objeto da diligência e implicam mudança do fulcro da autuação, como, por exemplo, a suposta desconformidade de seu procedimento com a legislação; questões atinentes ao registro pelo seu estabelecimento de notas fiscais destinadas a outros contribuintes, falhas na emissão de notas fiscais;
4. o diligente desconsiderando o pedido feito pela 3^a JJF, entendeu ser necessário considerar as notas de remessa simbólica no levantamento quantitativo, alegando que “parte da mercadorias não transitou fisicamente pelo estabelecimento da autuada em face de estabelecimento de terceiro participar também da operação e também a necessidade de fechar o ciclo das duas mercadorias (telefones que após montagem se transformaram em KITS)”.

Argumenta que, dessa forma, não procede a exclusão da Nota Fiscal nº 318, por incoerência com a premissa acima, e que “muito embora o diligente não tenha cumprido exatamente o solicitado pela 3^a JJF, vez que inclui em seu demonstrativo de entradas e saídas (ANEXO I), tanto as notas de remessa simbólica como as que implicam em movimentação física, ao reconhecer no Item 5 que a nota fiscal nº 318 refere-se a remessa simbólica não deixa qualquer dúvida quanto a razoabilidade dos argumentos defensivos, na medida em que evidencia a improcedência da omissão de saída do demonstrativo de auditoria de estoque elaborado pelo autuante”.

Observa que o diligente cometeu um equívoco, pois a quantidade constante na Nota Fiscal nº 318 é de 5.012 telefones, e não 6.000 unidades e que restou claro que a emissão extemporânea do referido documento fiscal (em 05/01/99) “se deu apenas para regularizar uma situação pretérita, qual seja a complementação do envio de 17.000 aparelhos remetidos fisicamente da Ericsson para a Brightpoint, por conta e ordem da Maxitel”, razão pela qual deve ser desconsiderado o Anexo IV apresentado pelo estranho ao feito.

Alega que o diligente alterou o preço médio unitário do produto “Celular Motorola”, de R\$50,54 para R\$396,26, porém não indicou em seu parecer a motivação e os critérios adotados para a determinação do referido preço. Por isso, entende que a majoração da base imponível é improcedente, porque está desmotivada e porque foi “promovida por agente fiscal incompetente para aumentar a base de cálculo do lançamento original objeto da diligência”.

Finalmente, aduz que “resta claro que o demonstrativo de Débito que deverá prevalecer no caso em tela é o de nº III, por ser o único que leva em consideração um critério justo, vez que considera a real destinação das mercadorias conforme o registro nos livros fiscais, especialmente nas NFs nºs 95312, 95311, 3348, 3347, 3346 e 3344, bem como incluía NF 00318, por se referir a remessa simbólica de aparelhos da Autuada para a Brightpoint, ressaltado obviamente a ilegal majoração em todos os anexos do Parecer do preço médio unitário do Celular Motorola pelo Diligente de R\$50,54 para R\$396,26”.

Tendo em vista a controvérsia existente no PAF, esta 3^a JJF deliberou converter o PAF em diligência, pela segunda vez, para que outro diligente refizesse o levantamento de estoques e esclarecesse equívocos cometidos (fls. 397/399), nos seguintes termos:

1. refaça o levantamento de estoques referentes aos itens “KIT Celular maxi 10” e Celular Ericsson- Todos os modelos “ levando em consideração apenas as notas fiscais que implicaram a entrada ou a saída efetiva, ainda que não física, de mercadorias do estabelecimento do autuado;

2. caso não seja possível ou conveniente refazer o levantamento quantitativo com a inclusão apenas das notas fiscais que implicaram a saída ou entrada efetiva das mercadorias no estabelecimento, que o diligente esclareça as razões da impossibilidade;
3. esclareça quais foram as notas fiscais emitidas para dar trânsito às mercadorias acima especificadas;
4. recacule o preço médio das mercadorias (Kit Celular Maxi 10 e celular Ericsson – Todos os modelos) caso seja constatada omissão de saídas (real ou presumida);
5. exclua do levantamento do estoque, as Notas Fiscais nºs 95312, 95311, 3348, 3347, 3340 e 3344 e inclua as Notas Fiscais nºs. 124917 e 132485, referentes à celulares Ericsson, que teriam como destinatários outros estabelecimentos, mas foram efetivamente registradas nos livros fiscais do sujeito passivo;
6. quanto a Nota Fiscal 00318, informe se trata de remessa simbólica ou de saída física de mercadoria e apresente dois demonstrativos com a sua inclusão, e a não consideração no levantamento fiscal;
7. analise a veracidade dos argumentos apresentados pelo autuado em sua última manifestação (fls. 378 a 385), especialmente:
 - a) a alegação de que existe duplicidade de lançamento para uma mesma operação relativamente à Nota Fiscal de transferência para a filial nº 197 e a Nota Fiscal nº 198, de remessa simbólica dos produtos contidos na Nota Fiscal 197, para a empresa BRIGHTPOINT;
 - b) a alegação de que o levantamento de estoques foi realizado de forma equivocada.

Em atendimento às solicitações do pedido de diligência, (fls. 402/405) foram as seguintes as respostas dadas pelo diligente:

1^a e 2^a - manteve os levantamentos do autuante para os ‘KIT Celular Maxi 10’ e refez o levantamento do Celular Ericsson.

3^a - Indicou na planilha do levantamento quantitativo os CFOPs.

4^a - Confirmou o preço unitário de R\$240,00 apurado pelo autuante nas saídas dos Celulares Ericsson, conforme consta à fl. 17 dos autos.

5^a - Excluiu e incluiu as notas fiscais indicadas substanciadas nas duas planilhas às fls. 406 e 407 com a sua inclusão e exclusão.

6^a - Constatou que a nota fiscal 318, trata da saída física e não de remessa simbólica, elaborando as planilhas com a sua inclusão e exclusão.

7^a - Ao analisar em seu aspecto fático, as operações realizadas pelas notas fiscais 197 e 198 considerou apenas a nota fiscal 197 no levantamento, assim como fez originariamente o autuante.

Informou ainda que retificou o valor unitário do Celular Motorola de R\$399,26 para R\$377,19, (fl. 406), argüido pelo autuado às fls. 380 dos autos.

Intimado a se manifestar (fl. 412) o autuado não se pronunciou.

VOTO

O presente lançamento exige o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias apurada em levantamento quantitativo de estoques no exercício de 1998 (infração 01), e multa por

descumprimento de obrigação acessória referente à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (infração 02).

Observo que o valor lançado na infração 2 encontra-se demonstrado à fl. 08 com a indicação das Notas Fiscais de entradas nºs 95312, 95311, 3348, 3347, 3346 e 3344, as quais não foram escrituradas no livro fiscal próprio do estabelecimento, cujos documentos fiscais também foram incluídos no levantamento quantitativo de estoques (fls. 18 a 20), origem do débito exigido na infração 1 do PAF.

Em sua primeira impugnação, o autuado comprovou que as notas fiscais haviam sido escrituradas no Registro de Entradas de outros estabelecimentos filiais da mesma empresa, com exceção das notas fiscais nºs 3344 e 3346, cuja prova foi apresentada posteriormente. O autuante, em sua informação fiscal, concordou em parte com a comprovação feita pelo autuado e procedeu à exclusão, do levantamento de estoques, das Notas Fiscais nºs 95312, 95311, 3348 e 3347. Após a diligência realizada por preposto da ASTEC, restou comprovado que estes últimos documentos fiscais também foram registrados nos livros fiscais da filial inscrita sob o nº 48.083.827, razão pela qual todas as notas fiscais foram, ao final, retiradas do levantamento fiscal, pelo diligente, por determinação deste órgão julgador.

Nestas circunstâncias, realmente houve o descumprimento de obrigação acessória por parte do autuado, porque adquiriu mercadorias e não efetuou o lançamento dos documentos fiscais em seus livros fiscais. Quanto às filiais, ao terem escriturado documentos pertencentes a outro estabelecimento, utilizaram indevidamente o crédito fiscal, haja vista a vedação expressa na legislação tributária.

Entretanto, restando comprovado que as mercadorias adentraram em outro estabelecimento que não o do autuado, não há como incluir as mercadorias, constantes nas notas fiscais objeto da infração 2, em levantamento quantitativo de estoques realizado no estabelecimento do sujeito passivo, considerando que se deve atentar para o princípio da verdade material dos fatos. Saliento que o próprio autuante concordou em excluir parte das notas fiscais, aceitando a tese acima esposada.

Ultrapassada essa questão, verifico que o problema, então, consiste apenas na decisão sobre se deve, ou não, ser considerada, no levantamento de estoques realizado no exercício de 1998, a Nota Fiscal de remessa simbólica nº 318, a qual foi emitida pelo autuado em 05/01/99.

Constato, às fls. 406, que o diligente refez o levantamento quantitativo, excluindo as Notas Fiscais de nos. 95312, 95311, 3348, 3347, 3346 e 3344, incluindo- as NFS 124917 e 132485 e considera a N.F 318, apurando o valor de R\$ 26.280,41.

Após análise do levantamento efetuado pelo diligente, acato o valor apurado na planilha acima citada e mantendo, procedente em parte, a presente infração.

Na infração 2, como dito anteriormente, exige-se a multa, por descumprimento de obrigação acessória, pelo fato de o autuado ter deixado de escriturar as notas fiscais de entradas relacionadas no demonstrativo elaborado pelo autuante e acostado à fl. 08 dos autos.

O autuado alegou que a multa indicada de 10%, nos termos do § 5º do artigo 915 do RICMS/97, deve ser absorvida pela multa de 70% referente ao descumprimento da obrigação principal pela diferença de omissão de saídas apontada na infração, tendo em vista que os documentos fiscais em questão foram incluídos no levantamento quantitativo de estoques.

Não acato o argumento defensivo, pelas razões seguintes:

1. ficou devidamente comprovada a falta de escrituração, nos livros fiscais do autuado, das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fl. 08;
2. os documentos fiscais citados foram excluídos do levantamento de estoques (infração 1), conforme resultado da última diligência fiscal da ASTEC, considerando que as mercadorias, apesar de destinadas ao autuado, efetivamente foram entregues em outro estabelecimento, o que beneficiou o sujeito passivo na medida em que reduziu a diferença de omissão de saídas apurada;
3. a multa relativa ao levantamento quantitativo de estoques de 70%, por descumprimento de obrigação principal, se refere a operações de **saídas** de mercadorias realizadas pelo sujeito passivo sem a emissão de notas fiscais, nada tendo a ver com a penalidade aplicada nesta infração, que se relaciona à falta de registro de notas fiscais de **entradas** de produtos.

Também não acato o pedido de cancelamento da penalidade, considerando que o autuado demonstrou que este não é um fato isolado, havendo mesmo um certo descaso no cumprimento das obrigações acessórias, haja vista a forma como foram emitidos os documentos fiscais de remessa simbólica para a montagem dos Kits Maxi 10, conforme relatado na infração 1.

Pelo exposto, mantenho a multa de R\$109.948,25, apontada na infração 2, por entender que está correto o procedimento fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298943.0002/03-3 lavrado contra **MAXITEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.280,41**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, além da multa no valor de **R\$109.948,25**, prevista no art. 42, IX, da citada Lei, e dos acréscimos moratórios incidentes em ambos os valores.

Esta Junta recorre de ofício 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, 06 de fevereiro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR